

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES



FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
(C H I L E)

REVISTA
DE CIENCIAS
SOCIALES

PUBLICACIÓN DE LA
FACULTAD
DE DERECHO

ISSN 0719-8442 versión en línea
ISSN 0716-7725 versión impresa






VALPARAÍSO
N° 87
SEGUNDO SEMESTRE 2025

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES
FACULTAD DE DERECHO

DIRECTORA
ROMMY ÁLVAREZ ESCUDERO 

EDITOR EN JEFE
ROMMY ÁLVAREZ ESCUDERO 

EDITOR ASISTENTE
CARLOS PALACIOS OSORIO 

CORRECTORES DE TEXTOS
BASTIÁN FERRARI BUSTAMANTE 
JAVIERA GUZMAN ROJAS 
FRANCO ROJAS MUÑOZ 

DISEÑO GRÁFICO
Marigloria Díaz-Valdés Tagle

COMITÉ CIENTÍFICO

Dra. Daniela Accatino Scagliotti, Universidad Austral de Chile (Chile)
Dr. Rodrigo Coloma Correa, Universidad Alberto Hurtado (Chile)
Dr. Hernán Corral Talciani, Universidad de Los Andes (Chile)
Dr. Jaime Couso Salas, Universidad Diego Portales (Chile)
Dra. María Isabel Garrido Gómez, Universidad de Alcalá (España)
Dr. Joaquín García-Huidobro Correa, Universidad de Los Andes (Chile)
Dr. Hugo Eduardo Herrera Arellano, Universidad Diego Portales (Chile)
Dra. María Isabel Huertas Martín, Universidad de Salamanca (España)
Dra. Carmen Jerez, Universidad Autónoma de Madrid (España)
Dr. Claudio Nash Rojas, Universidad de Chile (Chile)
Dr. Carlos Pizarro Wilson, Universidad Diego Portales (Chile)
Dr. Alfonso Ruiz Miguel, Universidad Autónoma de Madrid (España)
Dr. Pablo Ruiz-Tagle Vial, Universidad de Chile (Chile)
Dra. Yanira Zúñiga, Universidad Austral de Chile (Chile)

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES

Representante legal: Profesor Dr. Ricardo Saavedra Alvarado, Decano de la Facultad de Derecho.
Directora: Profesora Dra. Rommy Álvarez Escudero.
Dirección Postal: Av. Errázuriz 2120, casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

E-mail: revistacs@uv.cl.

ÍNDICE

EDITORIAL	9
-----------------	---

ESTUDIOS:

ADRIANA GOMES NEVES:

<i>Proteção digital de crianças e adolescentes: Direitos, Riscos e Desafios.....</i>	17
--	----

VINCENZO BARBA:

<i>Derecho a la identidad digital y protección de niños, niñas y adolescentes frente a la exposición prematura en redes.....</i>	45
--	----

ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ:

<i>El principio de no discriminación arbitraria sobre niños, niñas y adolescentes: De la Convención sobre los Derechos del Niño a la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia</i>	93
---	----

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE:

<i>La autonomía progresiva de los niños niñas y adolescentes: Alcances y criterios de aplicación.....</i>	125
---	-----

MARISA HERRERA:

<i>Aplicación del principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el derecho argentino: El caso de las adolescencias trans</i>	149
--	-----

NICOLÁS IBÁÑEZ MEZA:

<i>El principio de interés superior del niño y el interés manifestado del niño. La relación y colisión entre dos piezas fundamentales del paradigma de protección integral.....</i>	195
---	-----

PILAR BENAVENTE MOREDA:

El interés superior del menor (NNA) en el ámbito de la salud. El consentimiento informado de niños, niñas y adolescentes. Especial referencia a menores de edad transexuales e intersexuales en la nueva legalidad española 233

FABIOLA LATHROP GÓMEZ:

Coherencia normativa: Ley de Garantías y justicia de familia..... 299

ALEXIS MONDACA MIRANDA:

Incumplimiento del principio de corresponsabilidad parental por parte del progenitor no custodio y su sanción en el artículo 49 bis de la Ley de Menores 323

FEDERICO NOTRICA:

El cuidado de niños, niñas y adolescentes en la normativa argentina y la importancia de la socioafectividad 347

NATALIA DE LA TORRE:


Pluriparentalidad y socioafectividad una lectura de la jurisprudencia argentina 375

EDITORIAL

Rommy Álvarez Escudero*

La consideración de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho plantea una serie de desafíos en nuestras sociedades. En el ámbito jurídico, el cambio de paradigma fue impulsado, a nivel internacional, por la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989, catálogo de derechos humanos de niñez y adolescencia que impone a los Estados parte el compromiso de adecuar su normativa interna, con objeto de dotar de efectividad a los derechos de que son titulares, aportando en el equilibrio necesario para lograr el posicionamiento de este grupo de personas en situación de vulnerabilidad atendida su edad dentro de ordenamientos jurídicos tradicionalmente estructurados desde un enfoque adultocéntrico.

Conforme las directrices emanadas del Comité de los Derechos del Niño, particularmente, aquellas contenidas en la Observación General N°5 de 2003, relativa a Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, la garantía de una protección legal reforzada sustentada en los principios del interés superior del niño, niña o adolescente, no discriminación, el derecho a participar y ser oído conforme su autonomía progresiva y el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, han ido integrándose

* Doctora en Derecho y Máster en Derecho de Familia por la U. Autónoma de Barcelona, España. Magíster en Derecho por la Pontificia U. Católica de Valparaíso, Chile. Académica e investigadora de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile.  0000-0002-0447-6394. Dirección postal: Errazuriz 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: revistacs@uv.cl.

paulatinamente dentro de los sistemas jurídicos internos, proyectándose en forma transversal, consolidando su análisis y estudio una disciplina jurídica específica, el derecho de la niñez y la adolescencia.

La tarea, sin embargo, no se encuentra concluida, son numerosos los retos que subsisten para los ordenamientos en la incorporación armónica de reconocimientos de prerrogativas, el otorgamiento de su debida tutela y las contribuciones que, desde el ámbito jurídico, apunten a establecer las condiciones que propicien el desarrollo holístico e integral de niñas, niños y adolescentes conforme su interés prevalente.

Conscientes de los múltiples desafíos globales que el tema entraña, variadas iniciativas se han venido desarrollando en las últimas décadas, una muestra de ello la constituyen los Congresos Mundiales por los Derechos de la Niñez y la Adolescencia que se desarrollan desde 2003 impulsados por el Dr. Carlos Villagrasa Alcaide, profesor de la Universidad de Barcelona, movimiento al que la Universidad de Valparaíso tuvo ocasión de adherir siendo anfitriona de uno de los encuentros preparatorios del X Congreso Mundial.

El mencionado pre congreso, realizado en abril de 2024 en la Universidad de Valparaíso, ha sido la base para convocar los aportes de especialistas en el ámbito jurídico que, desde distintas latitudes, han contribuido al número temático que hoy presentamos.

El presente número de la Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, dedicado a los derechos de la niñez y la adolescencia, se compone de once artículos de investigación que revisan temas jurídicos contingentes, analizan la aplicación de principios y la configuración de las prerrogativas de niñas, niños y adolescentes, los que a continuación brevemente reseñamos.

La entrega inicia con el trabajo titulado “Proteção digital de crianças e adolescentes: Direitos, riscos e desafios”, de Adriana Gomes Neves en el que la autora analiza críticamente la protección digital de niños, niñas y adolescentes desde una perspectiva global y, poniendo énfasis en los derechos de infancia, revisa los riesgos emergentes y los desafíos regulatorios en el derecho contemporáneo. En el interesante ámbito del entorno digital y los derechos de la personalidad de niños, niñas y adolescentes, el profesor Vincenzo Barba, en su artículo “Derecho a la identidad digital y protección de niños, niñas y adolescentes frente a la exposición prematura en redes”, desde una perspectiva civilista y comparada entre los ordenamientos español e italiano, propone una revisión crítica del tratamiento jurídico de la identidad digital de niños, niñas y adolescentes frente al fenómeno del *sharenting*.

En materia de principios de niñez y adolescencia y su aplicación, el profesor Isaac Ravetllat Ballesté en su manuscrito intitulado “El principio de no discriminación arbitraria sobre niños, niñas y adolescentes: De la Convención sobre los Derechos del Niño a la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia”, estudia la cláusula general de no discriminación enunciada como principio tanto a nivel internacional en la Convención sobre los Derechos del Niño, como a nivel interno, en Chile, en la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, con objeto de indagar acerca de la respuesta ofrecida por tales normas ante el fenómeno de la denominada discriminación interseccional sobre niños, niñas y adolescentes. Prosigue el desarrollo del número con el trabajo de la profesora Maricruz Gómez de la Torre, “La autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes: Alcances y criterios de aplicación”, en que examina los fundamentos jurídicos del principio de autonomía progresiva, su relación con el interés superior del niño y su derecho a ser oído en la Convención sobre los Derechos del Niño, para luego referir los desafíos prácticos y culturales en su implementación efectiva en Chile en la Ley N°21.430. Seguidamente, en el trabajo titulado “Aplicación del principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el derecho

argentino: El caso de las adolescencias trans”, la autora Marisa Herrera se ocupa del principio de autonomía progresiva y su aplicación en un supuesto específico dentro del sistema jurídico argentino.

En el artículo “El principio de interés superior del niño y el interés manifestado del niño. La relación y colisión entre dos piezas fundamentales del paradigma de protección integral”, el autor Nicolás Ibáñez Meza analiza la relación entre ambos tópicos proponiendo lineamientos frente a su colisión con el fin de evitar que las decisiones adoptadas puedan abrir paso a una anulación de la calidad de sujeto de derecho del niño, niña o adolescente. Dentro de un ámbito específico en el ordenamiento español, el mencionado principio rector del derecho de niñez y adolescencia, también es abordado por la profesora Pilar Benavente Moreda en su artículo “El interés superior del menor en el ámbito de la salud. El consentimiento informado de niños, niñas y adolescentes. Especial referencia a menores de edad transexuales e intersexuales en la nueva legalidad española”.

La autora Fabiola Lathrop Gómez en el trabajo titulado “Coherencia normativa: Ley de Garantías y justicia de familia”, se dedica a examinar el proyecto de ley presentado al Parlamento chileno con objeto de adecuar la Ley de Tribunales de Familia y otros cuerpos legales a la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, revisando, en particular, las modificaciones relativas al procedimiento de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes en casos de vulneración. En el artículo “Incumplimiento del principio de corresponsabilidad parental por parte del progenitor no custodio y su sanción en el artículo 49 bis de la Ley de Menores”, pasando revista al principio de corresponsabilidad parental, el autor Alexis Mondaca Miranda analiza, en el caso chileno, una de las sanciones establecidas por la ley ante el incumplimiento de la función parental de relación directa y regular por parte de alguno de los progenitores de un niño, niña o adolescente.

Finalmente, dos trabajos desde el sistema jurídico argentino dan cuenta de la creciente consideración de la socioafectividad en el ámbito del derecho de las familias contemporáneo con especial impacto en el desarrollo de niños, niñas y adolescentes. Federico Notrica en “El cuidado de niños, niñas y adolescentes en la normativa argentina y la importancia de la socioafectividad” revisa las tensiones que ha generado en la práctica la ausencia de su reconocimiento legal buscando demostrar, a través del análisis de jurisprudencia relevante pronunciada por tribunales argentinos, cómo se han ido articulando soluciones que integran el principio rector del interés superior del niño, niña o adolescente con la noción de socioafectividad. Por su parte, la autora Natalia de la Torre, en su trabajo “Pluriparentalidad y socioafectividad. Una lectura de la jurisprudencia argentina”, analiza el impacto que ha tenido la socioafectividad en el reconocimiento de vínculos filiales que traspasan la regla binaria, intentando repensar la vinculación entre filiaciones plurales o múltiples y la socioafectividad a partir de una relectura de la jurisprudencia argentina.

No puedo concluir esta editorial sin antes agradecer a cada una de las autoras y los autores que confían sus envíos a nuestra revista para la difusión de sus trabajos e investigaciones; y, a cada una de las evaluadoras y los evaluadores externos que con la rigurosidad de sus revisiones contribuyen valiosamente a asegurar la calidad de nuestras publicaciones.

Desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, invitamos a la comunidad jurídica nacional e internacional a la visita y lectura de los sugerentes artículos que conforman el número 87 de la Revista de Ciencias Sociales, dedicado a un ámbito que nos convoca transversal y globalmente, los derechos de la niñez y la adolescencia, en la tarea de aportar desde la ciencia jurídica en su visibilidad y efectividad en nuestras sociedades.

ESTUDIOS

PROTEÇÃO DIGITAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: DIREITOS, RISCOS E DESAFIOS¹

PROTECCIÓN DIGITAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: DERECHOS, RIESGOS Y DESAFIOS


DIGITAL PROTECTION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS: RIGHTS, RISKS, AND CHALLENGES

Adriana Gomes Neves*

Resumo:

Este artigo analisa criticamente a proteção digital de crianças e adolescentes em perspectiva global, com ênfase nos direitos reconhecidos à infância, nos riscos emergentes nos ambientes digitais e nos desafios regulatórios contemporâneos. Considerando a crescente presença de menores em plataformas digitais — como redes sociais, jogos online, aplicações baseadas em algoritmos e inteligência artificial — torna-se urgente garantir sua privacidade, segurança e participação significativa em decisões que os afetam.

¹ Artículo recibido el 22 de julio de 2025 y aceptado el 6 de octubre de 2025.

* Doutora, Instituto Superior de Serviço Social do Porto, Centro Lusíada de Investigação em Serviço Social e Intervenção Social (CLISSIS).  0000-0002-5667-3883. Endereço postal: Av. Dr. Manuel Teixeira Ruela, 4460-161 Senhora da Hora, Portugal. e-mail: adrianagomes-neves.50538p@gmail.com.

A análise fundamenta-se no marco jurídico internacional, especialmente na Convenção sobre os Direitos da Criança, examinando como diferentes países vêm respondendo à digitalização da vida infantil. São discutidos riscos como a exposição indevida de dados pessoais, inclusive por práticas parentais como o sharenting, o grooming, o cyberbullying, o uso não autorizado de imagens, as deepfakes e os impactos da vigilância algorítmica.

O artigo também examina medidas legais recentes, como o aumento da idade mínima para acesso a redes sociais, a introdução de mecanismos de verificação etária (age assurance), a responsabilização das plataformas digitais e a proibição da coleta automatizada de dados de menores. Essas respostas refletem a tentativa de equilibrar liberdade digital e proteção de direitos fundamentais.

Como recomendações, propõe-se a adoção de tecnologias seguras e audíveis, o fortalecimento de políticas públicas de educação digital, a regulação do uso de inteligência artificial envolvendo menores e o incentivo à participação ativa de crianças e adolescentes na elaboração de políticas digitais.

Conclui-se que a proteção digital da infância e adolescência requer um equilíbrio entre inovação tecnológica, regulação jurídica e respeito aos direitos fundamentais, por meio da atuação coordenada entre governos, setor privado, escolas, famílias e os próprios menores como agentes ativos na construção de um ambiente digital mais seguro e inclusivo.

Palavras-chave:

Direitos da criança, Proteção digital, Infância e adolescência, Riscos online.

Resumen:

Este artículo analiza críticamente la protección digital de niños, niñas y adolescentes desde una perspectiva global, con énfasis en los derechos reconocidos a la infancia, los riesgos emergentes en los entornos digitales y los desafíos regulatorios contemporáneos.

Considerando la creciente presencia de menores en plataformas digitales —como redes sociales, videojuegos en línea, aplicaciones basadas en algoritmos e inteligencia artificial—, se vuelve urgente garantizar su privacidad, seguridad y participación significativa en las decisiones que les afectan.

El análisis se basa en el marco jurídico internacional, especialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, examinando cómo distintos países han respondido a la digitalización de la vida infantil. Se abordan riesgos como la exposición indebida de datos personales, incluso por prácticas parentales como el *sharenting*, el *grooming*, el *ciberbullying*, el uso no autorizado de imágenes, las *deepfakes* y los impactos de la vigilancia algorítmica.

El artículo también examina medidas legales recientes, como el aumento de la edad mínima para acceder a redes sociales, la implementación de mecanismos de verificación de edad (*age assurance*), la responsabilidad de las plataformas digitales y la prohibición de la recolección automatizada de datos de menores. Estas respuestas reflejan el intento de equilibrar la libertad digital con la protección de los derechos fundamentales.

Como recomendaciones, se propone la adopción de tecnologías seguras y auditables, el fortalecimiento de políticas públicas de educación digital, la regulación del uso de inteligencia artificial que involucre a menores y el fomento de la participación activa de niños, niñas y adolescentes en la elaboración de políticas digitales.

Se concluye que la protección digital de la infancia y adolescencia requiere un equilibrio entre innovación tecnológica, regulación jurídica y respeto a los derechos fundamentales, mediante una actuación coordinada entre gobiernos, sector privado, escuelas, familias y los propios menores como agentes activos en la construcción de un entorno digital más seguro e inclusivo.

Palabras claves:

Derechos del niño, Protección digital, Infancia y adolescencia, Riesgos en línea.

Abstract:

This article critically analyzes the digital protection of children and adolescents from a global perspective, with emphasis on the rights recognized in childhood, emerging risks in digital environments, and contemporary regulatory challenges.

Given the growing presence of minors on digital platforms —such as social networks, online games, and applications based on algorithms and artificial intelligence— it becomes urgent to ensure their privacy, safety, and meaningful participation in decisions that affect them.

The analysis is grounded in the international legal framework, especially the Convention on the Rights of the Child, examining how different countries have responded to the digitalization of childhood. Risks such as the improper exposure of personal data —including through parental practices like *sharenting*—, *grooming*, *cyberbullying*, unauthorized use of images, *deepfakes*, and the impacts of algorithmic surveillance are discussed.

The article also examines recent legal measures such as increasing the minimum age to access social media, the introduction of *age assurance* mechanisms, holding digital platforms accountable, and banning the automated collection of minors' data. These responses reflect an attempt to balance digital freedom with the protection of fundamental rights.

As recommendations, the article proposes the adoption of secure and auditable technologies, the strengthening of public policies on digital education, the regulation of artificial intelligence involving minors, and the promotion of active participation of children and adolescents in the development of digital policies.

It concludes that the digital protection of children and adolescents requires a balance between technological innovation, legal regulation, and respect for fundamental rights, through coordinated action by governments, the private sector, schools, families, and the minors themselves as active agents in building a safer and more inclusive digital environment.

Keywords:

Children's rights, Digital protection, Childhood and adolescence, Online risks.

1. INTRODUÇÃO

O avanço da transformação digital tem reconfigurado, de maneira célere e substancial, as experiências vividas por crianças e adolescentes em todo o mundo. O acesso a dispositivos conectados às redes sociais e a aplicações modificou significativamente as formas de socialização, aprendizagem e desenvolvimento destes grupos etários. Embora as tecnologias digitais por um lado, ofereçam oportunidades para o conhecimento, o acesso à informação e à participação social, por outro também apresentam riscos concretos à integridade física, emocional e à privacidade das crianças e dos adolescentes². Em Portugal, segundo o estudo EU Kids Online³, cerca de 90% das crianças entre 9 e 17 anos utilizam a internet diariamente, sendo que mais de 60% afirmam estar conectadas através de smartphones de uso pessoal. A investigação revelou ainda que muitos dos jovens portugueses têm dificuldades em reconhecer situações de risco online, e uma parte significativa já foi exposta

2 LIVINGSTONE et al. (2019).

3 EU KIDS ONLINE (2020).

a conteúdos como discursos de ódio, imagens violentas ou propostas sexuais não solicitadas⁴. A crescente autonomia digital dos menores, nem sempre acompanhada de competências críticas e apoio parental, levanta preocupações sobre a sua proteção e bem-estar. Alias a Organização Mundial da Saúde (OMS) alerta para os impactos da vida digital sobre a saúde mental e física de crianças e adolescentes. Num relatório recente⁵, destaca-se o aumento de casos de ansiedade, distúrbios do sono, cyberbullying e exposição precoce a comportamentos de risco, agravados pela hiperconectividade, especialmente após a pandemia de COVID-19. A OMS recomenda mesmo políticas integradas de promoção da saúde digital e desenvolvimento de competências socioemocionais e tecnológicas, desde a infância.

Neste cenário, o reconhecimento e a proteção dos direitos digitais da infância e adolescência tornam-se imperativos inadiáveis. Os direitos previstos em tratados internacionais, como a Convenção sobre os Direitos da Criança⁶, ganham uma nova dimensão diante das especificidades do ambiente digital, em que questões como a recolha, armazenamento e o uso de dados pessoais, o controlo parental, a exposição a conteúdos inadequados, o assédio online e a vigilância através de algoritmo desafiam estruturas jurídicas e sociais tradicionais⁷. Além disso, a rápida evolução tecnológica, marcada pelo uso crescente de inteligência artificial, big data e mecanismos automatizados de decisão, impõe desafios inéditos para os legisladores, os educadores, as famílias e a sociedade civil. As mencionadas transformações exigem que as políticas públicas e as normas legais acompanhem, de forma eficaz, os riscos emergentes, garantindo o cumprimento do princípio do melhor interesse da criança e o respeito à sua dignidade. Ao mesmo tempo, destaca-se a importância da participação ativa de crianças e adolescentes na construção dessas políticas, respeitando o seu estatuto enquanto sujeitos de direito e respeitando a sua autonomia, conforme previsto pelos artigos 12 e 13 da Convenção da ONU.

4 PONTE e BATISTA (2019).

5 WHO (2023).

6 ONU (1989).

7 LIVINGSTONE e THIRD (2016); PONTE e BATISTA (2022).

Este artigo adota uma abordagem qualitativa, baseada na análise documental e na revisão bibliográfica, para compreender os direitos digitais das crianças e dos adolescentes, os riscos no ambiente digital e os desafios para a sua proteção. Foi realizado um levantamento sistemático dos principais instrumentos jurídicos universais e nacionais relativos à proteção digital da infância e adolescência, com destaque para a Convenção sobre os Direitos da Criança e as legislações específicas de Portugal, Espanha e Chile. Esta análise comparativa permite identificar avanços e lacunas normativas nos diferentes contextos culturais e jurídicos. Em simultâneo, a revisão bibliográfica envolveu estudos académicos, relatórios de organizações internacionais e documentos técnicos que abordam riscos como cyberbullying, grooming, recolha indevida de dados e vigilância através do algoritmo, além dos debates sobre tecnologias emergentes como inteligência artificial e mecanismos de verificação etária (age assurance). A análise crítica destes materiais possibilita avaliar a efetividade das políticas públicas e instrumentos jurídicos vigentes, bem como propor recomendações alinhadas com os direitos humanos e a proteção integral da infância e adolescência no ambiente digital.

Este artigo propõe assim uma análise crítica dos principais direitos digitais das crianças e adolescentes, os riscos a que estão expostos e os desafios enfrentados para a sua proteção efetiva. Neste sentido, analisa-se o marco normativo internacional, identificam-se as principais ameaças no contexto digital e discutem-se quais as respostas legais recentes, com foco especial em países como Portugal, Espanha e Chile.

Por fim, são apontadas recomendações para a construção de um ambiente digital mais seguro, inclusivo e que respeite os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

2. OS DIREITOS DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA NO CONTEXTO DIGITAL

A emergência das tecnologias digitais tem exigido a adaptação dos conceitos tradicionais dos direitos humanos para o ambiente digital, sobretudo no que concerne às crianças e adolescentes. Os direitos digitais referem-se à extensão dos direitos fundamentais –como o direito à privacidade, à liberdade de expressão, à informação e à proteção– para o contexto das interações e atividades digitais. Este reconhecimento é essencial para que crianças e adolescentes sejam considerados sujeitos ativos de direitos, com capacidade para exercer a sua autonomia e participar socialmente, e não meramente objetos de proteção passiva. Conforme destaca UNICEF⁸, os direitos digitais da infância envolvem a garantia do acesso seguro à informação, o respeito à privacidade, a proteção contra conteúdos nocivos e o estímulo à participação responsável na vida digital. Livingstone et al.,⁹ reforçam que a proteção digital deve equilibrar riscos e oportunidades, promovendo o desenvolvimento integral das crianças e adolescentes.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU, constitui o principal marco jurídico internacional para a defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes. Embora tenha sido redigida antes da era digital, os seus artigos são plenamente aplicáveis ao ambiente digital contemporâneo, com as devidas adaptações. Assim, destacam-se, neste contexto, os artigos que asseguram o direito à participação (art. 12), à privacidade (art. 16), ao acesso à informação (art. 17) e à proteção contra todas as formas de violência e abuso (art. 19). Autores como Ponte e Batista (2022)¹⁰ argumentam que estes direitos ganham nova dimensão no mundo digital, onde o acesso à informação, as possibilidades de comunicação e os riscos de violação da privacidade e exposição a conteúdos nocivos se tornam mais complexos. A Convenção sobre os Direitos da Criança reforça, assim, a

8 UNICEF (2017).

9 LIVINGSTONE et al. (2019).

10 PONTE e BATISTA (2022).

necessidade de estruturas jurídicas e sociais que reconheçam e garantam os direitos das crianças e adolescentes no ambiente digital, de modo a assegurar seu bem-estar integral.

De acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança, salientamos três princípios que orientam a aplicação dos direitos da infância e adolescência no contexto digital: autonomia, interesse superior da criança e participação. Em primeiro, o princípio da autonomia reconhece que as crianças e adolescentes possuem capacidades e maturidade para tomar decisões informadas sobre a sua vida digital, devendo ser estimulados a exercer essa autonomia conforme seu desenvolvimento cognitivo e emocional. Em segundo lugar, o princípio do melhor interesse da criança, previsto na Convenção sobre os Direitos da Criança, exige que todas as ações e políticas relacionadas ao ambiente digital priorizem o bem-estar, a segurança e a dignidade das crianças e adolescentes. Por fim, o princípio da participação destaca o direito dessas pessoas de serem ouvidas e de contribuírem para a formulação de políticas e normas que afetam experiências digitais, para promoção do seu protagonismo e da sua cidadania ativa¹¹. A aplicação conjunta desses princípios desafia legisladores, educadores e famílias a construir espaços digitais seguros e inclusivos, respeitando a diversidade e as necessidades específicas desse público.

Desta forma, a efetivação dos direitos da infância e adolescência no contexto digital requer uma abordagem integradora que reconheça estes sujeitos não apenas como objetos de proteção, mas como agentes autônomos e participativos na esfera digital. Conforme destaca Livingstone “a garantia dos direitos digitais das crianças é imprescindível para a construção de uma sociedade democrática e inclusiva, na qual os jovens possam exercer plenamente sua cidadania e autonomia”¹². Assim, a articulação dos princípios da autonomia, do melhor interesse da criança e da participação constitui

11 UNICEF (2020); PONTE e BATISTA (2022).

12 LIVINGSTONE (2016).

um desafio para legisladores, educadores e famílias na criação de políticas públicas e estruturas jurídicas que promovam espaços digitais seguros, inclusivos e favoráveis ao desenvolvimento integral das crianças e adolescentes.

3. RISCOS DIGITAIS PARA A INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

Os avanços tecnológicos têm contribuído para diversos riscos no ambiente digital, nomeadamente a exposição e recolha de dados pessoais, o cyberbullying, o assédio online, o grooming, a exploração sexual online, a vigilância através do algoritmo e as deepfakes.

3.1. Exposição e recolha de dados pessoais

A exposição de dados pessoais é um dos principais riscos enfrentados por crianças e adolescentes no ambiente digital. Assim sendo, com o uso intenso de dispositivos conectados as redes sociais e aplicações, são frequentemente recolhidas, armazenadas e, por vezes, utilizadas sem o devido consentimento ou compreensão plena por parte dos menores as suas informações sensíveis. Esta vulnerabilidade compromete a privacidade e pode resultar em consequências graves, como roubo de identidade, perseguição ou até exploração comercial e criminal¹³. Em Portugal, conforme dados do estudo EU Kids Online¹⁴, cerca de 45% das crianças já tiveram as suas informações pessoais acedidas por terceiros sem autorização, o que evidencia a fragilidade das práticas atuais de proteção. A vulnerabilidade da exposição de dados pessoais entre crianças e adolescentes é ampliada pela complexidade e opacidade das práticas de recolha e processamento de informações nas plataformas digitais. Muitas vezes, os termos de uso e políticas de privacidade são extensos, técnicos e difíceis de serem compreendidos mesmo por adultos, quanto mais por menores de idade, o que dificulta o exercício do consentimento informado. Além disso, os sistemas automáticos recolhem dados não apenas explicitamente fornecidos, mas também comportamen-

13 OLIVEIRA e NEVES (2024).

14 EU KIDS ONLINE (2020).

tais, por meio de rastreamento constante das atividades online. Esta recolha massiva de dados cria perfis detalhados que podem ser usados para uso de publicidade, influenciar comportamentos e, em casos mais graves, abrir oportunidades para manipulação e exploração. Assim, a privacidade dos menores é comprometida não só pela sua vulnerabilidade individual, mas também pela arquitetura e economia das plataformas digitais, que lucram com o uso extensivo destes dados¹⁵.

Esta situação torna-se ainda mais crítica diante da insuficiência de mecanismos eficazes para proteger os dados pessoais das crianças, especialmente em contextos onde a fiscalização e a educação digital são limitadas. Em Portugal, o estudo EU Kids Online¹⁶ destaca que, muitas famílias e escolas ainda desconhecem ou não aplicam plenamente as ferramentas disponíveis para a proteção de dados, como controlos parentais e configurações de privacidade. A ausência de alfabetização digital adequada dificulta a identificação dos riscos e a adoção de comportamentos seguros. Além disso, casos concretos de roubo de identidade e de exploração comercial que envolvem menores têm evidenciado que as normas legais precisam ser constantemente atualizadas e acompanhadas por políticas públicas integradas, que incluam educação, conscientização e tecnologia apropriada para garantir a proteção efetiva dos dados pessoais das crianças e dos adolescentes¹⁷.

3.2. O cyberbullying, o assédio online, o grooming e a exploração sexual online

O cyberbullying configura uma das formas mais frequentes e prejudiciais de violência digital contra crianças e adolescentes. Trata-se do uso intencional de tecnologias digitais para ameaçar, humilhar ou intimidar vítimas, causando danos emocionais e psicológicos profundos. O assédio online, que pode envolver perseguição digital, sexting não consensual e grooming, agrava ainda

15 OLIVEIRA e NEVES (2024); ZUBOFF (2019).

16 EU KIDS ONLINE (2020).

17 CNPD PORTUGAL (2021); OLIVEIRA e NEVES (2024).

mais a violência digital. O cyberbullying distingue-se do bullying tradicional pela sua persistência, amplitude e invisibilidade aos olhos dos adultos. As mensagens ofensivas, humilhações públicas e ameaças, muitas vezes disseminadas nas redes sociais ou em aplicações de mensagens, permanecem acessíveis por tempo indefinido, alcançando assim grandes audiências e intensificando o sofrimento das vítimas. A repetição e a impossibilidade de escapar —mesmo em casa— aumentam o risco de depressão, isolamento social, automutilação e, em casos extremos, suicídio¹⁸. Este tipo de violência é ainda agravada pela sensação de anonimato dos agressores, pela ausência de testemunhas presenciais e pela banalização da agressividade em ambientes digitais. Segundo dados da UNICEF¹⁹, mais de um terço dos jovens em idade escolar em países europeus já foram vítimas de cyberbullying, sendo que uma parte significativa não relata os abusos por medo ou vergonha.

A violência digital pode também manifestar-se pelo grooming e pela exploração sexual online que configuram formas particularmente graves de violência, pois envolvem manipulação emocional por parte de adultos para conquistar a confiança de crianças e adolescentes com fins abusivos. O grooming pode incluir conversas aparentemente inofensivas que evoluem para troca de conteúdos íntimos ou propostas de encontros presenciais. Já a exploração sexual online caracteriza-se por práticas como a coação para produção de material pornográfico, a transmissão de abusos em tempo real e o tráfico de imagens por redes clandestinas.

Em muitos países, como Portugal, essas condutas são tipificadas penalmente, mas a identificação e punição dos autores ainda enfrentam desafios técnicos e legais —sobretudo quando operam em ambientes transnacionais e plataformas com jurisdições diversas. A Convenção de Lanzarote²⁰, ratificada por diversos países europeus, estabelece obrigações específicas para o combate a essas formas de violência, exigindo cooperação internacional,

18 LIVINGSTONE et al.(2019).

19 UNICEF (2022).

20 CONVENÇÃO DE LANZAROTE (2007).

formação de profissionais e criação de canais de denúncia acessíveis e seguros para crianças. Além disso, é essencial a aposta na educação sexual digital, com base nos direitos humanos, para prevenir a revitimização e promover a autonomia informada dos jovens no ambiente online.

3.3. A Manipulação através do algoritmo, deepfakes e inteligência artificial (IA)

O avanço das tecnologias de inteligência artificial e dos algoritmos trouxe novos desafios para a proteção digital das crianças e dos adolescentes. A manipulação do algoritmo, pode afetar profundamente a forma como crianças e adolescentes consomem os conteúdos digitais, moldando as suas percepções do mundo sem que muitas vezes tenham consciência disso. As plataformas como YouTube, TikTok e Instagram utilizam algoritmos que priorizam a recolha de preferências e o tempo de visualização, o que pode resultar na exposição repetitiva a conteúdos sensacionalistas, violentos ou distorcidos. Esta lógica algorítmica pode reforçar padrões discriminatórios inclusivamente de género, raça ou aparência e limitar o acesso a informações diversificadas. A ausência de transparência nos critérios de funcionamento destes sistemas, aliada à falta de regulamentação legal específica, agrava a vulnerabilidade dos menores, que não dispõem de ferramentas críticas ou legais suficientes para compreender e controlar o que consomem online²¹. A situação torna-se ainda mais preocupante quando estas tecnologias são utilizadas para fins comerciais ou políticos, explorando dados comportamentais de crianças com fins de manipulação.

Refira-se ainda os deepfakes e outras tecnologias baseadas em IA generativa que abrem espaço para formas inéditas de violência e exploração digital. O uso destas ferramentas para produzir vídeos falsos com aparência realista, com a inserção de rostos de menores em contextos inapropriados ou sexualizados, representa uma ameaça concreta à sua dignidade e integridade emocional. Além disso, estas manipulações dificultam a verificação etária,

21 EPRS (2021); CNPD (2022).

criando um ambiente propício à desinformação e à manipulação. As crianças e adolescentes, por falta de competências críticas e maturidade, tornam-se alvos fáceis destas práticas de manipulação da IA.

4. DADOS EM PORTUGAL, ESPANHA E CHILE

Os dados empíricos sobre os riscos digitais evidenciam a necessidade urgente de estratégias integradas para a proteção de crianças e adolescentes. Em Portugal, o estudo EU Kids Online²² revelou que mais de 60% das crianças enfrentam alguma forma de risco online, incluindo exposição a conteúdos violentos ou sexuais e interações com desconhecidos. Já em Espanha, por sua vez, tem aumentado o número dos casos de cyberbullying e grooming, motivando reformas legislativas e programas educativos liderados pelo Instituto Nacional de Juventude (INJUVE). No Chile, o Ministério da Educação tem implementado campanhas para conscientização e capacitação de estudantes e educadores, em resposta aos dados alarmantes de violência digital em ambientes escolares²³. Estas experiências nacionais ilustram tanto os desafios comuns como as abordagens diversificadas na América Latina e Europa, apontando para a necessidade de cooperação internacional e políticas públicas robustas.

No plano nacional, Portugal tem adotado iniciativas relevantes para a proteção digital da infância e adolescência, nomeadamente a transposição do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) por meio da Lei N°58/2019 estabeleceu um quadro jurídico sólido quanto à recolha e uso de dados pessoais, com atenção específica às crianças e adolescentes. A Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) tem exercido um papel ativo ao emitir pareceres sobre práticas escolares, plataformas educativas, biometria e verificação etária, alertando para os riscos da exposição precoce a ambientes digitais inseguros. Mais recentemente, em Junho de 2025, o Ministério da Educação determinou a proibição do uso de smartphones nos estabelecimentos

²² EU KIDS ONLINE (2020).

²³ MINISTERIO DE EDUCACIÓN DE CHILE (2023).

de 1º e 2º ciclo, exceto em situações pedagógicas autorizadas. A medida visa combater a distração em sala de aula, mitigar o cyberbullying e promover a saúde mental, reforçando assim o compromisso com uma educação digital mais segura e saudável. Apesar dos avanços, persistem lacunas importantes na implementação prática das normas, especialmente no que diz respeito à formação dos professores e ao envolvimento das famílias, onde ainda há baixa literacia digital e desconhecimento dos riscos associados.

Já Espanha tem se destacado pelo seu impulso normativo no campo digital, nomeadamente em 2021, com a Carta de Direitos Digitais, que, embora não seja vinculativa, funciona como um marco ético-político para a regulação digital centrada nos direitos fundamentais, com ênfase na proteção da infância. Em 2024, o país avançou com a aprovação da chamada Lei dos Influenciadores Digitais, que regula a atividade de criadores de conteúdo com grande audiência, exigindo que indiquem claramente conteúdos publicitários e que cumpram regras específicas quando os seus conteúdos forem dirigidos ou acedidos por menores. A norma visa proteger as crianças da publicidade oculta, da monetização abusiva e da exposição indevida de menores, inclusive dos filhos dos próprios influenciadores. Além disso, o governo espanhol debate uma proposta de lei para obrigar à verificação de idade em plataformas e redes sociais, e aprovou um plano nacional que restringe o uso de telemóveis no ensino básico, reforçando medidas de prevenção contra dependência digital e cyberbullying. A atuação espanhola combina iniciativas preventivas, educativas e regulatórias, refletindo uma abordagem articulada com os princípios da Convenção sobre os Direitos da Criança.

No contexto chileno, embora o processo regulatório tenha se desenvolvido de forma gradual, observa-se nos últimos anos um incremento significativo na atenção pública e legislativa voltada aos riscos digitais que afetam a infância. A Lei N°21.096, que introduz a proteção de dados como direito fundamental na Constituição, representa um marco constitucional relevante, mas não atualiza o regime infraconstitucional de proteção de dados nem contempla dispositivos específicos sobre o tratamento de dados

de menores²⁴. Tais avanços são propostos pela Lei Nº21.719, ainda pendente de vigência, que estabelece exigências como o consentimento informado e reforça a responsabilidade das plataformas digitais no tratamento de dados de crianças e adolescentes²⁵. No que se refere à segurança cibernética, o Projeto de Lei Marco sobre Cibersegurança, já aprovado e em vigor, não oferece resposta normativa à criminalidade informática, lacuna suprida pela Lei Nº21.459 sobre delitos informáticos, que tipifica condutas como o grooming, a exploração sexual online e o acesso não autorizado a dados sensíveis de menores²⁶. Paralelamente, a legislação chilena começa a incorporar preocupações relativas ao uso de inteligência artificial e à vigilância algorítmica, embora tais temas ainda careçam de regulamentação específica. Em contraste, a Lei de Inteligência Artificial da União Europeia encontra-se plenamente vigente, constituindo um referencial normativo robusto. Apesar das limitações estruturais, o Chile avança progressivamente na direção de uma maior harmonização com os padrões internacionais, reconhecendo a urgência de salvaguardar os direitos digitais da infância em um ecossistema tecnológico cada vez mais complexo e desafiador.

Apesar dos avanços, todos estes países enfrentam o desafio de harmonizar normas técnicas com práticas pedagógicas e contextos socioculturais específicos, que contribuem para políticas integradas e intersetoriais. Abaixo está uma tabela comparativa entre Portugal, Espanha e Chile, que sintetiza as principais normas jurídicas relativas aos seguintes riscos digitais enfrentados por crianças e adolescentes:

24 Lei Nº21.096, de 2018.

25 Lei Nº21.719, de 2024 (entra em vigor em 1 de dezembro de 2026).

26 Lei Nº21.459 de 2022.

Tema / País	Portugal	Espanha	Chile
Dados Pessoais	Regulamento de Proteção de dados Pessoais transposto para a Lei Nº58/2019; Comissão Nacional de Proteção de dados orienta proteção especial para menores.	Regulamento de Proteção de dados Pessoais (Lei Orgânica 3/2018); exige consentimento dos pais para menores de 14 anos.	Lei Nº19.628 (em reforma); nova Lei de Proteção de Dados (Lei Nº21.096) reconhece direitos digitais.
Ciberbullying	Código Penal (art. 171.º e 176.º-A).	Código Penal reformado em 2021 inclui grooming como crime autónomo.	Lei Nº21.325 tipifica grooming; Código Penal ampliado após caso “Antonia Barra”.
Assédio Online / Grooming	Código Penal (art. 171.º e 176.º-A).	Código Penal reformado em 2021 inclui grooming como crime autónomo.	Lei Nº21.325 tipifica grooming; Código Penal ampliado após caso “Antonia Barra”.
Exploração Sexual Online	Lei Nº103/2015; crimes sexuais contra menores punidos com penas agravadas.	Penalizado pela LO 10/1995 do Código Penal; agravantes quando há material digital.	Lei Nº20.594 e Lei Nº21.325; tratado de Budapeste ratificado.
Vigilância através do algoritmo	Comissão Nacional de Proteção de dados alertou sobre riscos da biometria e; sem legislação específica.	Carta de Direitos Digitais debate IA com foco infantil.	Sem regulação específica; em debate no contexto do anteprojeto de Lei Marco de IA e Cibersegurança.

Deepfakes e IA	Comissão Nacional de Proteção de dados alertou sobre riscos da biometria e; sem legislação específica.	Carta de Direitos Digitais debate IA com foco infantil.	Sem regulação específica; em debate no contexto do anteprojeto de Lei Marco de IA e Cibersegurança.
-----------------------	--	---	---

Tabela Nº 1 - tabela comparativa entre Portugal, Espanha e Chile sobre violência digital (Elaboração própria).

A tabela comparativa evidencia os principais marcos jurídicos sobre proteção digital da infância e adolescência em Portugal, Espanha e Chile, organizados por temas como exposição de dados pessoais, cyberbullying, assédio online, exploração sexual e riscos emergentes ligados à inteligência artificial (IA), algoritmos e deepfakes. No campo da proteção de dados, Portugal e Espanha aplicam o Regulamento de Proteção de dados Pessoais com adaptações nacionais para menores, enquanto o Chile ainda discute atualizações legislativas nesse sentido. Quanto ao cyberbullying e ao grooming, os três países já possuem dispositivos penais, com destaque para a legislação espanhola, que trata o grooming como crime autônomo, embora persistam desafios na prevenção e acessibilidade aos mecanismos de denúncia. No que diz respeito à exploração sexual online, há normas específicas em vigor nos três países, ainda que com níveis variados de proteção. As tecnologias emergentes, por sua vez, ainda carecem de regulamentação específica voltada à infância, apesar de discussões em andamento na União Europeia, como o AI Act. A análise geral revela avanços significativos, mas também lacunas preocupantes, especialmente diante da rápida evolução tecnológica. Isso reforça a urgência de uma harmonização regulatória mais efetiva, com foco nos direitos das crianças e adolescentes, considerando a sua vulnerabilidade e a complexidade do ambiente digital contemporâneo.

Em síntese, a análise comparativa das experiências regulatórias em Portugal, Espanha e Chile demonstra esforços relevantes para proteger crianças e adolescentes no ambiente digital, especialmente no que toca à proteção

de dados, combate ao cyberbullying, assédio online e exploração sexual. No entanto, persistem lacunas significativas, sobretudo nos riscos emergentes ligados à inteligência artificial, algoritmos e conteúdos manipulados, como deepfakes. A ausência de uma regulação específica e integrada voltada à infância digital evidencia a necessidade de políticas públicas mais articuladas, atualizadas e sensíveis às transformações tecnológicas. Uma proteção eficaz requer não apenas normas robustas, mas também mecanismos de fiscalização, educação digital e escuta ativa das próprias crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos.

5. RECOMENDAÇÕES E CAMINHOS FUTUROS

A crescente complexidade do ambiente digital exige uma resposta política e normativa que vá além da regulação jurídica. É necessário um compromisso estruturado com a proteção dos direitos de crianças e adolescentes, articulando legislações eficazes, educação digital crítica e mecanismos que garantam a participação ativa dos próprios menores na construção das soluções. A União Europeia tem sido uma referência neste campo através do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, em vigor desde 2018, onde introduziu princípios fundamentais como o consentimento explícito, a minimização da recolha de dados e a exigência de proteção reforçada para menores de idade²⁷. Mais concretamente, o artigo 8.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados que exige que o tratamento de dados pessoais de crianças com menos de 16 anos seja autorizado pelos pais ou responsáveis, permitindo que os Estados-membros definam idade mínima inferior, não inferior a 13 anos. Além disso, o Digital Services Act, aprovado em 2022, impõe obrigações mais rigorosas às plataformas digitais, tais como a transparência algorítmica, o controle de conteúdos ilícitos e a avaliação de riscos sistêmicos, com especial atenção à proteção de menores²⁸. A proposta de AI Act, prevê salvaguardas para o uso de sistemas de inteligência artificial

27 UNIÃO EUROPEIA (2016).

28 UNIÃO EUROPEIA (2022).

classificados como *de alto risco*, incluindo aqueles usados em vigilância biométrica, manipulação emocional com implicações significativas para a proteção de crianças e adolescentes²⁹.

As recomendações para o futuro passam, em primeiro lugar, pela promoção de uma educação digital crítica, inclusiva e participativa, que vá além de uma instrução técnica e desenvolva competências como pensamento crítico, literacia mediática, reflexão ética e autonomia digital. Como observam Livingstone, Stoilova e Nandagiri³⁰, as crianças não devem ser apenas protegidas no ambiente digital, mas também empoderadas para nele atuar de forma segura e consciente. Neste sentido, é essencial incorporar a educação para a cidadania digital nos currículos desde os primeiros ciclos de ensino, incluindo discussões sobre privacidade, segurança, identidade online e inteligência artificial. Esta abordagem deve vir acompanhada de formação docente contínua e campanhas públicas de sensibilização³¹. A Convenção sobre os Direitos da Criança³² sustenta esta proposta ao reconhecer, nos artigos 17, 28 e 29, o direito das crianças à informação apropriada, à educação e ao desenvolvimento pleno das suas capacidades. A educação digital torna-se, portanto, um direito essencial para o exercício de outros direitos na esfera digital. Como reforçam Ponte e Batista, preparar crianças e adolescentes para uma cidadania digital ativa é uma exigência das democracias contemporâneas e requer o envolvimento de todos os setores como educação, comunicação, tecnologia e famílias³³.

Em segundo lugar, destaca-se a necessidade de uma regulação normativa centrada na criança, capaz de acompanhar os avanços tecnológicos e preservar os direitos fundamentais da infância. Esta regulação deve ser pautada por princípios como o interesse superior da criança, a autonomia e o direito à

29 EUROPEAN COMMISSION (2023).

30 LIVINGSTONE et al. (2019).

31 PONTE e BATISTA (2022).

32 ONU (1989).

33 PONTE e BATISTA (2022).

participação, tal como estabelecidos nos artigos 3, 5 e 12 da Convenção³⁴. A Observação Geral Nº25 reforça que qualquer política digital deve prever avaliações de impacto sobre os direitos da criança, especialmente em contextos de tecnologias emergentes³⁵. Neste sentido, torna-se prioritária a implementação de mecanismos como verificação etária (age assurance), designs centrados na infância, avaliações de risco específicas, e a proibição da monetização de dados infantis. Tais medidas são necessárias para mitigar os riscos associados ao uso de algoritmos, perfis automatizados e conteúdos gerados por inteligência artificial. Como alertam Oliveira e Neves, tecnologias como sistemas de IA e deepfakes podem agravar a desinformação e manipulação emocional de públicos infantojuvenis, sendo urgente uma regulação ética e eficaz sobre essas ferramentas³⁶.

Por fim, essa regulação deve incluir a participação ativa das crianças e adolescentes na elaboração de políticas públicas digitais. De acordo com o artigo 12 da Convenção³⁷, os menores têm o direito de serem ouvidos e de terem suas opiniões consideradas conforme sua idade e maturidade. Criar espaços de escuta qualificada —como consultas públicas, conselhos infantojuvenis e fóruns digitais seguros— é essencial para garantir que as políticas reflitam as necessidades reais daqueles que pretende proteger. Somente com escuta ativa e envolvimento direto das crianças e adolescentes será possível construir ambientes digitais verdadeiramente seguros, éticos e inclusivos. A proteção digital de crianças e adolescentes, portanto, exige abordagens intersetoriais, informadas por evidências e centradas no princípio do melhor interesse da criança.

34 ONU (1989).

35 COMITÉ DOS DIREITOS DA CRIANÇA (2021).

36 OLIVEIRA e NEVES (2024).

37 ONU (1989).

6. CONCLUSÃO

A proteção digital de crianças e adolescentes revela-se um campo em rápida transformação, impulsionado pela evolução tecnológica e pela crescente presença da infância no ambiente digital. Este artigo analisou criticamente os principais direitos digitais infantojuvenis, os riscos associados à exposição online e os desafios regulatórios enfrentados em Portugal, Espanha e Chile, à luz de marcos normativos nacionais e internacionais. A partir dessa análise, evidenciou-se que, apesar de avanços significativos na formulação de políticas e leis, ainda persistem lacunas na implementação prática, na fiscalização e na inclusão efetiva da perspectiva das crianças nas decisões que lhes dizem respeito.

Reafirma-se, assim, a centralidade dos direitos digitais como extensão dos direitos fundamentais já consagrados na Convenção sobre os Direitos da Criança³⁸. Os Princípios como o interesse superior da criança, o direito à participação, à privacidade, à proteção contra abusos e à educação devem orientar todas as ações no plano digital mas a simples transposição desses princípios para o ambiente online não é suficiente. É necessária uma abordagem proativa, multidisciplinar e jurídica, que compreenda a especificidade da infância digital e enfrente os riscos emergentes como a vigilância algorítmica, as deepfakes e a monetização de dados pessoais infantis.

Por fim, este artigo aponta caminhos futuros tanto para a pesquisa acadêmica —que deve aprofundar os impactos sociais, psicológicos e legais das tecnologias emergentes sobre os menores— quanto para a ação política e institucional, com foco na educação digital crítica, regulamentação centrada na criança e construção participativa de políticas públicas. A promoção de um ecossistema digital seguro, inclusivo e orientado pelos direitos humanos das crianças e adolescentes é um desafio coletivo, e sua superação exige o compromisso de governos, setor privado, academia, famílias e das próprias crianças enquanto sujeitos ativos de direitos.

38 ONU (1989).

BIBLIOGRAFIA CITADA

ALMEIDA, Ana Nunes (2009): Para uma sociologia da infância: Jogos de olhares, pistas para a investigação. (Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais).

ASTORGA-AGUILAR, Cristel e SCHMIDT-FONSECA, Ileana (2019): “Peligros de las redes sociales: Cómo educar a nuestros hijos e hijas en ciberseguridad”, em: Revista Electrónica Educare (Vol.23 N°3), pp. 339-362.

BUCKINGHAM, David (2010): Youth media production in the digital age: some reflections – and a few provocations. Disponível em:

. [Data do último acesso: 11.10.2025].

COMISSÃO EUROPEIA(2009): “Recomendação da Comissão, de 20 de Agosto de 2009 , sobre literacia mediática no ambiente digital para uma indústria audiovisual e de conteúdos mais competitiva e uma sociedade do conhecimento inclusiva”, em: Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em:

[Data do último acesso:11.10.2025].

COMITÉ DOS DIREITOS DA CRIANÇA (2021): “Observação General N°5 sobre os direitos das crianças no ambiente digital”, em: Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/comentario-general-n-25-2021.pdf> [Data do último acesso: 11.10.2025].

CRUZ, Ana Catarina Calixto da (2011): “O cyberbullying no contexto português”. Tese de doutorado. Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/5958/1/disserta%c3%a7ao%20mestrado%20cyberbullying.pdf>. [Data do último acesso: 11.10.2025].

CRUZ, Rossana Martingo (2016): “A divulgação da imagem do filho menor nas redes sociais e o superior interesse da criança”, em: *Direito e Informação na Sociedade em Rede: Atas do IV Colóquio Luso-Brasileiro Direito e Informação*, pp. 279-293.

DAZA RODRÍGUEZ, Johanna Vanessa (2024): “Menores y tecnología: repaso a la normativa de protección de niñas, niños y adolescentes en el entorno digital” Tese de graduação. Disponível em:

[Data do último acesso: 11.10.2025].

EUROPEAN COMMISSION (2023). Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts (Bruxelas, Comissão Europeia).

GONÇALVES, Anabela; SOUSA, Bruna; NEVES, Adriana; OLIVEIRA, Madalena; LIMA, Angélica; AZEVEDO, Anna; ANTÓNIO, Nazaré; HOMEM, Sílvia de Carvalho; LADEIA, Yuri; LIMA, Rita (2024): “A proteção e promoção dos direitos das crianças na era digital: enquadramento legal, riscos e desafios”, em: *6º Anuário de Direitos Humanos*.

LIVINGSTONE, Sonia y SEFTON–GREEN, Julian (2016): *The Class: Living and Learning in the Digital Age* (New York, New York University Press).

LIVINGSTONE, Sonia; STOILOVA, Mariya y NANDAGIRI, Rishita (2019): *Children’s data and privacy online: Growing up in a digital age* (London, London School of Economics and Political Science).

MAMUN, Mohammede GRIFFITHS, Mark (2019): “The assessment of internet addiction in Bangladesh: Why are prevalence rates so different?”, em: *Asian Journal of Psychiatry*, (Vol. 40), pp. 46-47.

MOURA, Pedro (2020): “As culturas das crianças e dos jovens encontram os desafios da participação – Entrevista com Henry Jenkins”, em: Comunicação e Sociedade (Vol. 37), pp. 187-199.

PEREIRA, Sara (2011): “As crianças ainda vêem TV?”, em: A Página da Educação. Disponível em:

. [Data do último acesso: 11.10.2025].

PEREIRA, Sara (2019): “Os direitos das crianças no mundo digital”, em Forum de Proteção de Dados (Nº6), pp. 8-17. Disponível em:

[Data do último acesso: 11.10.2025].

PEREIRA, Sara (1998): A televisão na família: Processos de mediação com crianças em idade pré-escolar (Braga, Instituto de Estudos da Criança).

PEREIRA, Sara (2021): Crianças, jovens e media na era digital. Centro de Estudos de Comunicação e Sociedade (Braga, UMinho Editora).

PINTO, Manuel (2000): A televisão no quotidiano das crianças (Porto, Edições Afrontamento).

PONTE, Cristina e BATISTA, Susana (2019): EU Kids Online Portugal. Usos, competências, riscos e mediações da internet reportados por crianças e jovens (9-17 anos) (Lisboa, EU Kids Online e NOVA FCSH).

PONTE, Cristina e BATISTA, Susana (2022a): “A cidadania digital das crianças e os seus direitos”, em: PONTE, Crisitina (org.): Crianças e Internet em Portugal (Lisboa, ICS), pp. 55-72.

PONTE, Cristina e BATISTA, Susana (2022b): “Direitos digitais e cidadania de crianças e jovens: Uma abordagem crítica”, em: Revista Comunicando (Vol. 11Nº 1), pp. 35-52.

RUIZ PULGAR, Rocío de Jesús (2019): “Protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes en el entorno digital”. Tesis para optar a maestría de derecho informático y nuevas tecnologías. Disponível em:

[Data do último acesso: 11.10.2025].

STAAB, Slike (2013). “Protección social para la infancia y la adolescencia en Chile”, em: Repositório digital: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponível em:

[Data do último acesso: 11.10.2025].

UNITED NATIONS (1989): “Convention on the Rights of the Child”, em: United Nations Human Rights. Disponível em:

[Data do último acesso: 11.10.2025].

WORLD HEALTH ORGANIZATION (2023): Digital media and child health: Impacts and recommendations (Geneva, WHO Press).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Convenção sobre os direitos da criança. Assembleia Geral das Nações Unidas, 20 de novembro de 1989.

Lei Nº21.096, que consagra o direito à proteção dos dados pessoais. Diário Oficial, de 16 de junho de 2018.

Lei Nº21.302, que cria o Serviço Nacional de Proteção Especializada à Infância e Adolescência e altera as normas legais que indica. Diário Oficial, de 5 de janeiro de 2021.

Lei Nº21.459, que estabelece normas sobre crimes informáticos, revoga a Lei Nº19.223 e altera outros diplomas legais como objetivo de os adequar à Convenção de Budapeste. Diário Oficial, de 20 de junho de 2022.

Lei Nº21.719, que regula a proteção e o tratamento dos dados pessoais e cria a Agência de Proteção de Dados Pessoais. Diário Oficial, de 13 de dezembro de 2024.

Real Decreto Nº1138/2023, de 19 de dezembro, que regula o Registo Estatal de Prestadores do Serviço de Comunicação Audiovisual, de Prestadores do Serviço de Partilha de Vídeos através de Plataformas e de Prestadores do Serviço de Agregação de Serviços de Comunicação Audiovisual, bem como o procedimento de comunicação prévia de início de atividade. Boletim Oficial do Estado Nº304, de 21 de dezembro de 2023.

Regulamento (UE) Nº2016/679, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

Regulamento (UE) Nº2022/2065, relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE (Regulamento dos Serviços Digitais). Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de outubro de 2022.

DERECHO A LA IDENTIDAD DIGITAL Y PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES FRENTE A LA EXPOSICIÓN PREMATURA EN REDES¹⁻²

RIGHT TO DIGITAL IDENTITY AND PROTECTION OF CHILDREN FROM SHARENTING

Vincenzo Barba*


Resumen:

El artículo propone una revisión crítica del tratamiento jurídico de la identidad digital de niños, niñas y adolescentes (NNA) frente al fenómeno del *sharenting*. Desde una perspectiva civilista y comparada entre los ordenamientos español e italiano, y en el marco del derecho europeo, se subraya que NNA son titulares plenos de derechos de la personalidad también en el entorno digital.

Se destaca que, cuando NNA cuentan con suficiente madurez —y, en todo caso, a partir de los 14 años según el derecho europeo—, tienen capacidad para consentir la difusión de su imagen, por lo que cualquier publicación sin su autorización puede generar responsabilidad civil, incluso por parte de sus

1 Artículo recibido el 05 de junio de 2025 y aceptado el 24 de septiembre de 2025.

2 El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación: “Best interests of the child and progressive autonomy. Overcoming the current paradigm of the total incapacity to act of the person under the age of 18” P.I. Vincenzo Barba.

* Doctor en Derecho de los Contratos y Economía de la Empresa por la Universidad de Roma “La Sapienza”. Catedrático de Derecho Civil de la U. de Roma “La Sapienza”.  0000-0003-0819-181X. Dirección postal: Via del Castro Laurenziano, n. 9, Roma. Correo electrónico: vincenzo.barba@uniroma1.it.

progenitores. En los casos en que no puedan consentir, la responsabilidad parental debe ejercerse conforme al interés superior del hijo o hija, evitando exposiciones indebidas.

El trabajo defiende el reconocimiento de la identidad digital como manifestación autónoma de la personalidad y propone un régimen específico de responsabilidad por daño digital. Sugiere crear un procedimiento administrativo ante la autoridad de protección de la infancia que permita a NNA solicitar la retirada de contenidos lesivos, articulando así un equilibrio real entre autonomía progresiva y protección efectiva.

Palabras clave:

Interés superior de NNA, Identidad digital, Derechos de la personalidad, *Sharenting*, Autonomía progresiva.

Abstract:

The article offers a critical review of the legal treatment of the digital identity of children and adolescents in light of the growing phenomenon of *sharenting*. From a civil law perspective and through a comparative analysis of the spanish and italian legal systems, within the broader framework of european law, it emphasizes that children and adolescents are full holders of personality rights, including in the digital environment.

It highlights that, when children and adolescents possess sufficient maturity—and in any case from the age of 14 under european law—they have the capacity to consent to the dissemination of their image. Consequently, any publication without their authorization may give rise to civil liability, even on the part of their parents. In cases where children and adolescents are not in a position to provide valid consent, parental authority must be exercised in accordance with the best interests of the child, avoiding any undue exposure.

The paper advocates for the recognition of digital identity as an autonomous manifestation of personality rights and proposes a specific liability framework for digital harm. As an original contribution, it suggests the establishment of an administrative procedure before the child protection authority, allowing children and adolescents to directly request the removal of harmful content, thereby promoting a genuine balance between progressive autonomy and effective protection.

Keywords:

Best interests of children, Digital identity, Personality rights, Sharenting, Evolving capacities.

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo exponencial de las tecnologías digitales y la expansión global de las redes sociales³ han transformado radicalmente las dinámicas de comunicación interpersonal, alcanzando incluso las esferas más íntimas del entorno familiar. En este contexto, se ha consolidado una práctica cada vez más frecuente por parte de los progenitores: la publicación sistemática de imágenes, vídeos y otros datos personales relativos a sus propios hijos e hijas en plataformas digitales. Esta conducta, conocida comúnmente bajo la expresión anglosajona *sharenting* —acrónimo de *sharing* (compartir) y

3 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS e INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN (2009), definen las redes sociales como servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios “generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de los usuarios afines o no al perfil publicado”. Esta concepción subraya el carácter interactivo y público de estas plataformas, así como su potencial para la difusión de datos personales. En el contexto europeo, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 —órgano consultivo independiente de la entonces Directiva 95/46/CE— sostuvo en su Opinión 5/2009 que los servicios de redes sociales pueden definirse, en términos generales, como “plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes”. Grupo de Trabajo del Artículo 29, Dictamen 5/2009 sobre redes sociales en línea, WP 163, 12 de junio de 2009, p. 4. Esta definición resalta la función social de dichas plataformas, al tiempo que advierte sobre los riesgos inherentes a la circulación masiva de información personal en entornos digitales.

parenting (criar)—, plantea interrogantes de creciente relevancia jurídica⁴, particularmente cuando afecta a niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), sujetos cuya capacidad para consentir válidamente dichas publicaciones está jurídicamente limitada o incluso ausente⁵.

Lejos de constituir un fenómeno anecdótico o trivial, el *sharenting* incide directamente sobre bienes jurídicos de máxima relevancia: la imagen, la intimidad y la identidad de NNA. Esta práctica da lugar a una identidad digital temprana, a menudo configurada incluso antes del nacimiento mediante la difusión de ecografías o anuncios del embarazo. Estudios como los de AVG Technologies del año 2010 indican que el 92 % de los NNA en EE. UU. tienen presencia digital antes de los dos años, y que más de la mitad de los progenitores publican contenidos potencialmente vergonzosos o identificativos⁶. Aunque estos datos proceden del contexto estadounidense, reflejan una tendencia generalizada también en Europa.

Pese a ello, ni el Código Civil español ni el italiano ofrecen una regulación específica que delimite la potestad representativa parental en el entorno digital, especialmente cuando su ejercicio puede resultar lesivo para la personalidad en formación de NNA. Esta laguna normativa es preocupante, pues exige repensar el equilibrio entre el ejercicio de la responsabilidad parental y el respeto a los derechos fundamentales del hijo o hija, cuya dignidad e integridad no pueden quedar subordinadas a la voluntad unilateral de quienes lo representan legalmente.

4 Entre los trabajos específicamente dedicados al tema, cabe señalar, entre otros: AMMERMAN YEBRA (2018); CABEDO SERNA (2020), PLANAS BALLVÉ (2020); GARCÍA GARCÍA (2021) y CARAPEZZA FIGLIA (2023).

5 BALLESTER CASANELLA y ARISÓ CRUZ (2024), pp. 37 y ss.: “A pesar de que, aparentemente, puede no conllevar ningún peligro, esta nueva práctica social está exponiendo de manera continuada a los menores sin tener en absoluto en cuenta, por un lado, la huella digital que dejan las fotos en internet, y, por otro lado, también están ignorando que ellos no han dado en ningún momento su consentimiento para subir ese contenido”.

6 GARCÍA GARCÍA (2021), p. 463.

En este marco emerge una paradoja que interpela de manera directa al derecho civil contemporáneo: por un lado, NNA son reconocidos como titulares plenos de derechos de la personalidad; por otro, se les priva, en la práctica, de mecanismos efectivos para oponerse o remediar intromisiones cuando estas provienen precisamente de quienes están jurídicamente llamados a protegerles. En nombre de una supuesta libertad parental para decidir sobre la crianza y socialización de sus hijos e hijas, se perpetúa una forma de representación no sujeta a supervisión ni a límites, que permite la ejecución de actos digitales capaces de generar consecuencias jurídicas y personales de carácter irreversible. Entre estas se encuentran la afectación de la identidad digital, la imposibilidad de controlar la propia imagen en el futuro o el menoscabo de la esfera privada.

Ahora bien, desde la perspectiva del derecho civil, la ausencia de consentimiento por parte del titular constituye un requisito esencial para que pueda hablarse de una intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad. En este sentido, cuando NNA poseen un grado de madurez suficiente para prestar un consentimiento válido, cualquier decisión adoptada por sus progenitores sin contar con su aprobación expresa debe considerarse ilegítima y constitutiva de una intromisión no justificada. Por el contrario, en los casos en que NNA no disponen aún de la capacidad necesaria para consentir por sí mismos, no toda publicación realizada por quienes ejercen la representación legal será, en principio, lícita. A lo largo del presente estudio se analizarán en detalle los límites del poder representativo en el entorno digital, así como los supuestos en los que, incluso actuando en nombre de hijos e hijas sin capacidad de discernimiento, los actos de exposición pública pueden vulnerar el interés superior del representado y dar lugar a una intromisión ilegítima en su esfera personal.

En relación con el derecho español, resulta particularmente relevante el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LO 1/1982), el cual dispone que la protección de los derechos al honor, a la intimidad personal

y familiar y a la propia imagen “quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. Esta disposición introduce un criterio de relatividad contextual, al vincular la delimitación de la esfera protegida a los comportamientos del propio individuo y a los usos sociales vigentes⁷. Sin embargo, aunque la identidad digital no se identifica plenamente con los derechos al honor, a la intimidad o a la imagen, existe entre ellos un notable solapamiento. Este cruce conceptual exige valorar si, en determinados supuestos, la conformidad de las prácticas de *sharenting* con los usos sociales podría excluir la ilicitud de la conducta. A mi parecer, esta posibilidad debería ser rechazada. La identidad digital constituye un bien

7 En la práctica jurisprudencial española, los tribunales han aplicado el criterio de los “usos sociales” consagrado en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982 para valorar la existencia de intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen. A partir de esta cláusula, se ha sostenido que no existe vulneración cuando la difusión de imágenes de NNA en redes sociales se limita a un círculo restringido de familiares y amigos, es decir, cuando se realiza a través de cuentas privadas y sin vocación de publicidad general. En consecuencia, únicamente se consideraría ilegítima la intromisión cuando las imágenes son compartidas en perfiles públicos o accesibles a terceros no vinculados con el entorno familiar o social inmediato (véase la jurisprudencia citada por CABEDO SERNA (2020), pp. 988 ss. espec. notas: 46, 47, 49, 50)). V., en particular, SAP B 4797/2015, de 22 de abril de 2015 (ECLI:ES:APB:2015:4797), FD 3: “No se ha acreditado que las fotos que publica la actora en redes sociales atenten al derecho a la imagen del hijo común, pues ninguna prueba documental se aporta al respecto, habiendo alegado la Sra. Maribel que las destina únicamente a sus parientes y amigos. La Juzgadora de 1ª Instancia ha referido con buen criterio, que ambas partes son cotitulares de la potestad parental sobre su hijo y ambos deben velar por la protección integral de su hijo restringiendo la privacidad de las imágenes del menor remitiendo sus fotos únicamente a sus familiares y amistades más cercanos, sin que se haya acreditado que ello no haya sido así”; AAP LE 379/2017 de 28 de marzo (ECLI:ES:APLE:2017:379ª), FD 2.

No obstante, este argumento plantea serias reservas si se traslada sin matices al ámbito de la identidad digital. Aunque puede resultar admisible —en términos relativos— en el caso del derecho a la propia imagen, difícilmente puede extenderse de forma automática al concepto de identidad digital, el cual presenta una dimensión más amplia, proyectiva y estructural. A diferencia del derecho a la imagen, que se vincula a la captación y difusión de una representación visual en contextos determinados, la identidad digital se refiere a la construcción continuada y acumulativa de una presencia en línea que, incluso en ámbitos restringidos, puede generar efectos duraderos sobre la autopercepción, la reputación y el desarrollo personal de NNA. Por tanto, reducir el análisis de legitimidad a la naturaleza pública o privada de la cuenta desde la que se difunden los contenidos resulta insuficiente cuando lo que está en juego es la consolidación anticipada e involuntaria de una identidad digital que escapa al control de su verdadero titular.

jurídico autónomo, indisponible por terceros, y cada persona tiene derecho a construir libremente su identidad sin quedar condicionada por decisiones ajenas que anticipen y definan una proyección pública no consentida.

La presente investigación tiene por objeto construir, desde una óptica estrictamente civilista, un marco de análisis crítico sobre el fenómeno del *sharenting* y su repercusión en los derechos de la personalidad de NNA. No se pretende abordar la cuestión desde perspectivas éticas, psicológicas o pedagógicas, sino interrogar al derecho civil sobre su aptitud —o eventual insuficiencia— para enfrentar una realidad consolidada, que pone de manifiesto importantes carencias tanto en el plano conceptual como en el remedial. El propósito es determinar hasta qué punto el derecho privado está en condiciones de asumir un rol activo en la salvaguarda de la personalidad digital de NNA, asegurando que el proceso de construcción identitaria no quede condicionado por decisiones unilaterales de terceros, aun cuando actúen formalmente en ejercicio de la representación legal.

Con este objetivo, el estudio analizará los instrumentos actualmente vigentes en los ordenamientos civiles de España e Italia para la protección de la imagen, la intimidad y la identidad de NNA, poniendo de manifiesto sus debilidades normativas y operativas. Asimismo, se examinarán las posibles vías de responsabilidad civil derivadas de conductas digitales lesivas llevadas a cabo por los progenitores, y se valorarán los mecanismos preventivos y compensatorios que podrían activarse dentro del marco legal existente. Como parte de esta reflexión, se propondrán ajustes normativos orientados a consolidar un sistema de protección que reconozca la identidad digital como un bien jurídico específico, merecedor de tutela autónoma incluso frente a quienes ejercen la representación del NNA.

La finalidad última de este trabajo es doble: por un lado, reivindicar la capacidad dogmática del derecho civil para dar respuesta a los retos de la sociedad digital sin ceder su función estructurante a otras ramas del ordenamiento; por otro, sentar las bases de un enfoque jurídico capaz de ofrecer

una protección efectiva a la dignidad, la libertad y el desarrollo personal de NNA desde el núcleo mismo de las instituciones propias del derecho privado, sin recurrir a categorías externas o extrajurídicas. En esta clave, el derecho a la identidad digital no puede permanecer en el plano retórico o declarativo: debe afirmarse como una categoría jurídica plena, con eficacia sustantiva y procesal, oponible incluso frente a quienes están llamados a velar por su realización integral.

2. NNA COMO SUJETOS DE DERECHO: CAPACIDAD, REPRESENTACIÓN E INTERÉS SUPERIOR

El reconocimiento de NNA como sujetos plenos de derecho constituye uno de los avances más significativos en la evolución contemporánea del derecho civil, consolidado tanto en el ordenamiento español como en el italiano. Esta afirmación, sin embargo, no puede permanecer en el plano meramente declarativo: exige una traducción técnico-jurídica rigurosa, que considere las consecuencias sistemáticas derivadas del binomio capacidad jurídica/capacidad de obrar, el régimen de representación durante la minoría de edad y la incorporación transversal del principio del interés superior como eje rector de toda actuación en nombre de NNA⁸. Se trata, en definitiva, de deslindar de forma precisa los marcos normativos que permiten afirmar que NNA no son meros objetos de protección, sino titulares de derechos sustantivos cuya garantía debe prevalecer incluso frente a las decisiones de quienes ostentan su representación legal.

8 GARCÍA RUBIO (2020), pp. 24 y ss.: “«otra cuestión particularmente controvertida afecta al significado exacto que haya de darse a la *primary consideration* que el interés del menor ha de tener, según la terminología original del artículo 3.1 de la Convención. Comenzaré por decir que en la versión original *primary consideration* no significa que el interés del menor sea superior a otros, ni que sea estrictamente preferente a los demás, ni mucho menos que haya de ser tomado en consideración de modo exclusivo y excluyente cuando se produzca un choque con otro tipo de intereses, como equivocadamente parecen dar a entender los ya antecitados artículos 2.1 y 2.4 LOPJM».”.

Desde una perspectiva estructural, tanto el Código Civil español (art. 29 CC) como el italiano (art. 1 c.c.) reconocen la personalidad jurídica desde el nacimiento con vida, lo que sitúa a NNA, desde el inicio de su existencia jurídica, como centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas. No obstante, esta titularidad no se traduce en una capacidad de ejercicio inmediata. Por regla general, la minoría de edad se asocia a una presunción de incapacidad de obrar (art. 1263 CCES⁹ y art. 2 CCIT), siendo sustituida por un régimen representativo que otorga a los progenitores la facultad —y el deber— de actuar legalmente en nombre de sus hijos e hijas en todos los actos que les conciernen.

Este modelo dual de titularidad y ejercicio, característico del derecho privado, requiere sin embargo una revisión crítica cuando se proyecta sobre el sujeto en desarrollo. En particular, la paulatina afirmación del principio de *autonomía progresiva* de NNA¹⁰ impone matizar, y en ciertos aspectos

9 Conviene destacar que el derecho español, en el marco de la trascendental reforma operada por la Ley 8/2021, ha dado un paso decisivo hacia la plena adecuación del ordenamiento jurídico a los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, especialmente en lo que respecta al reconocimiento del ejercicio efectivo de la capacidad jurídica. Creo que esta reforma representa hoy una de las expresiones más avanzadas y coherentes de implementación de dicho tratado internacional en el ámbito civil. En este contexto, resulta particularmente significativa la modificación del artículo 1263 del Código Civil, relativa a la capacidad para contratar de quienes no han alcanzado la mayoría de edad. En lugar de mantenerse en el esquema rígido del binomio capacidad/incapacidad, la nueva redacción del precepto introduce una fórmula más flexible y funcional, al disponer que los NNA podrán celebrar válidamente aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con la asistencia de sus representantes, así como aquellos relativos a bienes y servicios propios de la vida corriente y adecuados a su edad, conforme a los usos sociales. MARTÍN BRICEÑO (2021), p. 7: “«La redacción actual del artículo 1263 C. c. no solo prescinde del segundo párrafo dirigido a quienes tenían limitada su capacidad, sino que mejora además el lenguaje empleado por el legislador al referirse a la capacidad contractual de los menores de edad no emancipados. Se opta por una redacción de naturaleza afirmativa, y, por tanto, se descarta aquella otra de carácter negativo»”.

10 BARBA (2023a), pp. 65 y ss. Para corroborar la extraordinaria relevancia del principio de autonomía progresiva en el actual contexto jurídico internacional, resulta especialmente oportuno mencionar que el X Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, celebrado en Roma los días 14 y 15 de noviembre de 2024 bajo el título “Empoderar y acompañar niñas, niños y adolescentes: tensiones y desafíos entre autonomía progresiva y protección efectiva de derechos”, centró sus trabajos precisamente en la necesidad de repensar y fortalecer este principio como eje fundamental de toda política de infancia. El Congreso concluyó con una Declaración final de alto valor programático, en la que se insta a los Estados, instituciones

reformular, las bases tradicionales de la representación¹¹. En este sentido, ambos ordenamientos han comenzado a integrar, con diferente intensidad, mecanismos de escucha y reconocimiento progresivo de capacidad en función del grado de madurez de NNA¹². Así, el artículo 154 del Código Civil español impone a los progenitores el deber de educar a los hijos con respeto a su personalidad, reconociendo márgenes crecientes de autodeterminación conforme a su desarrollo. De forma convergente, el artículo 315-*bis* del Código Civil italiano consagra el derecho del hijo a ser escuchado en todos los procedimientos que le afecten, anticipando una forma incipiente de capacidad de ejercicio condicionada al discernimiento.

Particularmente relevante resulta, en esta línea, el artículo 162.1 del Código Civil español, que exceptúa de la representación legal “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”¹³. Esta previsión consagra una ruptura con la ficción de representación absoluta, y establece que en el ámbito de los derechos de la personalidad —como la imagen, el honor, la intimidad o la identidad digital—, el criterio determinante ya no es la voluntad de los

y operadores jurídicos a adoptar medidas concretas que aseguren el ejercicio efectivo de los derechos por parte de NNA, en función de su madurez y capacidades evolutivas, reafirmando así la vigencia del enfoque niocéntrico en la interpretación y aplicación del derecho. Dicha declaración, puede leerse íntegramente en la página oficial del evento:

11 BALLARANI (2008), pp. 33 y ss., y BATTELLI (2021), p. 25: “con riguardo ai diritti della personalità, pertanto, si ritiene che sia opportuno svincolarsi dai rigidi parametri della capacità di agire, dovendo avere la valutazione come parametro di riferimento non l'età (o le c.d. fasce d'età: infanzia, adolescenza, ecc.) dell'individuo, bensì la sua capacità di discernimento e la concreta capacità di intendere e di volere connessa al minore quale persona nel suo essere in divenire”.

12 Acerca de la evaluación de la madurez de NNA, véase: Tribunal Supremo Español 4217/2019, de 17 de diciembre.

13 AMMERMAN YEBRA (2018), p. 254 señala que el artículo 162.1 CCES ha sido modificado por la Ley 26/2015, añadiéndose un inciso que permite la intervención de los progenitores “en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”, incluso en aquellos casos en que el menor cuente con la madurez suficiente para ejercer por sí mismo derechos de la personalidad. No obstante, la autora critica esta incorporación por considerar que podría resultar incompatible con el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, que establece que el consentimiento en estos casos debe ser prestado directamente por el menor si sus condiciones de madurez lo permiten, sin exigir ningún otro requisito adicional.

padres, sino la capacidad de NNA para comprender y decidir por sí mismo¹⁴. Cuando dicha madurez está presente, la representación legal cede paso al ejercicio directo por el propio titular del derecho¹⁵.

Este reconocimiento adquiere especial fuerza a la luz del Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) de la Unión Europea, que establece estrictas normas para el tratamiento de los datos personales de NNA. En particular, su artículo 8 dispone que el tratamiento de datos personales de personas menores de 16 años por parte de servicios de la sociedad de la información solo será lícito si se ha obtenido el consentimiento de quien ostente la responsabilidad parental. Sin embargo, permite a los Estados miembros fijar una edad inferior, siempre que no sea menor de 13 años. En ejercicio de esta facultad, tanto Italia como España han establecido dicho umbral en los 14 años¹⁶, reconociendo a partir de esa edad la capacidad autónoma de los adolescentes para decidir sobre el tratamiento de sus datos personales¹⁷.

14 En el ámbito del derecho civil catalán, diversas disposiciones reconocen expresamente la capacidad progresiva de NNA para ejercer personalmente los derechos de la personalidad, en función de su edad y grado de madurez. Así, el artículo 211-5 a) del Código Civil de Cataluña (CCC) les permite realizar por sí mismos actos relacionados con tales derechos, criterio que se reitera en el artículo 222-47.2 a), referido al régimen de tutela, y en el artículo 236-18.2 a), relativo a la patria potestad. Del mismo modo, la Ley de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia (LDOIA), en su artículo 17.1, refuerza este enfoque al establecer como principio general que, salvo que la ley disponga lo contrario, los NNA pueden ejercer y defender directamente sus propios derechos.

15 CABEDO SERNA (2020), p. 982: “de acuerdo con la legislación civil general y especial citadas, debe concluirse que es necesario el consentimiento del menor de edad, si tiene suficiente madurez, para publicar fotografías de su imagen en las redes sociales; de manera que, cuando los padres publican fotografías de sus hijos menores, pero con madurez suficiente sin su consentimiento, están incurriendo en una intromisión ilegítima en el ámbito del derecho a la propia imagen de los mismos”. ÁLVAREZ (2020), pp. 61 y ss.

16 Vale la pena recordar que el Proyecto de Ley Orgánica para la Protección de las Personas Menores de Edad en los Entornos Digitales (121/000052) propone elevar la edad mínima para el consentimiento en el tratamiento de datos personales de los 14 a los 16 años. Sin embargo, las justificaciones ofrecidas para este incremento no resultan del todo convincentes, especialmente en un contexto como el actual, en el que muchos adolescentes de 14 años ya cuentan con un grado de desarrollo y madurez suficientes para adoptar decisiones informadas en este ámbito. Además, la edad actualmente vigente —14 años— se muestra más coherente con la regulación general del consentimiento contenida en el artículo 1263 del Código Civil español.

17 CAMARDI (2019), pp. 121 y ss., GERACI (2021), pp. 806 y ss. y LA SPINA (2024), pp. 923 y ss.

Este reconocimiento normativo no constituye una mera excepción técnica en materia de protección de datos, sino que implica un giro conceptual de gran relevancia civil. A partir de los 14 años, NNA dejan de estar sujetos al consentimiento parental para el tratamiento de sus datos —incluida la publicación de su imagen— y adquieren la titularidad activa para decidir sobre su difusión. Se trata de una capacidad funcional directamente vinculada a la madurez del sujeto y al carácter personalísimo del derecho ejercido¹⁸. En consecuencia, si NNA de 14 años o más se opone a la publicación de su imagen o al uso de ciertos datos que conforman su identidad digital, su voluntad debe prevalecer, incluso frente a decisiones de sus progenitores.

En los supuestos en los que se mantiene un régimen de representación sustitutiva por parte de los progenitores, es esencial subrayar que la responsabilidad parental no implica un poder absoluto ni discrecional sobre los derechos del hijo o hija. Su ejercicio se encuentra sujeto a límites estructurales que garantizan el respeto a la autonomía y dignidad de NNA, siendo el interés superior el criterio jurídico fundamental que condiciona, orienta y legitima toda decisión adoptada en su nombre. La actuación de quienes ejercen la representación legal debe responder, en todo momento, al objetivo de favorecer el desarrollo integral de NNA, y no puede amparar injerencias arbitrarias o desproporcionadas en el ámbito de sus derechos fundamentales, especialmente cuando estos afectan a su esfera personalísima¹⁹.

18 CARAPEZZA FIGLIA (2023), p.1106 afirma que, a partir de los 14 años, NNA con suficiente madurez deben poder decidir sobre la difusión de su imagen en redes, como expresión de su autonomía personal. Dado que estas decisiones afectan a su identidad y esfera privada, el consentimiento de NNA maduros debe prevalecer sobre la voluntad parental, y los progenitores no deberían poder publicar su imagen sin autorización. Alcanzada la “mayoría digital”, el adolescente podrá exigir la supresión de contenidos publicados por sus padres (art. 17 RGPD), al cesar la base legal que los legitimaba. Mientras tanto, cualquier publicación requerirá el consentimiento expreso de quienes ejerzan la responsabilidad parental.

19 CABEDO SERNA (2020), p. 986: “aun cuando los menores de edad carezcan de madurez para ejercitar por sí mismos su derecho a la imagen, de modo que no sea exigible su consentimiento y sean los progenitores quienes lo otorgan en su nombre, éstos no pueden actuar sin contar con la opinión del menor en los términos ya expuestos”.

En este marco, el principio del interés superior de NNA²⁰ adquiere un carácter transversal y vertebrador del régimen representativo. Aunque su origen normativo se encuentra en instrumentos internacionales —como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989—, tanto el ordenamiento español como el italiano lo reconocen expresamente como un principio de aplicación directa y vinculante. La Observación General N°14, de 2013 del Comité de los Derechos del Niño ofrece una elaboración sistemática que el derecho civil debe asumir plenamente, identificando tres dimensiones complementarias: como derecho sustantivo²¹, impone que el interés de NNA sea considerado prioritario en toda medida que lo afecte; como principio interpretativo, orienta la resolución de conflictos normativos; y como norma de procedimiento, exige que su valoración esté integrada en todos los procesos de toma de decisiones que incidan en su persona, bienestar o entorno vital.

Entre estas funciones, una de las más relevantes es la de constituir un límite interno al ejercicio de la representación legal²². Esta no puede entenderse como una delegación sin condiciones, y menos aun cuando se trata del ejercicio de derechos personalísimos, como la imagen, la intimidad, el honor o la identidad digital. En estos casos, el principio del interés superior exige una evaluación rigurosa y concreta que descarte cualquier forma de sustitución automática. Solo será admisible la intervención de los progenitores si se acredita que responde a un beneficio real, actual y objetivamente verificable para el representado, y no a la simple voluntad de quien ostenta la responsabilidad parental. De este modo, el interés superior actúa como parámetro determinante para valorar la validez del consentimiento otorgado por representación en materias que afectan a la esfera más íntima de NNA.

20 Por todos: GARCÍA RUBIO (2020), BARBA (2023a); LENTI (2016), pp. 86 y ss.; BARBA (2023b) y ESCOBAR GALLARDO y HERNÁNDEZ CÁDIZ (2018).

21 VARELA CASTRO (2016), pp. 3 y ss.

22 SENIGAGLIA (2021), p. 24: “nella relazione tra genitori e figli le scelte educative e, più in generale, di promozione della persona²⁰ sono prerogativa esclusiva dei genitori, presidiate da un principio di libertà, la cui estensione è delimitata dal best interest of the child”.

Esta concepción restrictiva del poder representativo se encuentra reflejada en las disposiciones de ambos códigos civiles. El artículo 154 del Código Civil español establece que la responsabilidad parental debe ejercerse siempre en beneficio de los hijos e hijas, con pleno respeto a su integridad física y psíquica; mientras que el artículo 316 del *Codice Civile* italiano supedita su ejercicio al interés moral y material del hijo o hija. Estas previsiones excluyen cualquier interpretación que permita a los progenitores disponer libremente de derechos fundamentales de NNA, particularmente cuando se compromete el núcleo esencial de su dignidad y capacidad de autodeterminación.

Prácticas contemporáneas como el *sharenting* dejan ver los riesgos de una concepción desmedida y acrítica de la representación legal. Frente a tales conductas, debe revertirse la carga argumentativa: no puede presumirse su licitud, sino que incumbe al representante demostrar que dichos actos responden de manera efectiva y comprobable al interés de NNA, evitando que la responsabilidad parental se convierta en una herramienta de exposición pública no consentida.

3. LA IDENTIDAD DIGITAL COMO BIEN JURÍDICO CIVILMENTE TUTELABLE

La identidad digital²³ constituye, en el contexto jurídico contemporáneo, una manifestación ineludible de la personalidad en el entorno tecnológico. Desde una perspectiva estrictamente civilista, puede definirse como la proyección electrónica de la personalidad jurídica de un individuo, esto es, el conjunto de signos, datos, informaciones y representaciones que permiten identificar, directa o indirectamente, a una persona natural dentro del espacio digital. Para NNA, esta proyección adquiere particular relevancia, dado que suele configurarse desde edades muy tempranas, frecuentemente sin su participación o consentimiento informado, y bajo la exclusiva iniciativa de quienes ostentan su representación legal.

23 BATUECAS CALETRÍO (2022), pp. 923 y ss.; RAZQUIN LIZARRAGA (2022); ORTEGA PUENTE (2024).

A diferencia de otros ámbitos jurídicos, el derecho civil no dispone de una definición expresa de *identidad digital* como categoría autónoma²⁴. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han comenzado a atribuirle una entidad propia, en cuanto fenómeno vinculado a los derechos de la personalidad²⁵. Se trata, en esencia, de una construcción jurídico-doctrinal que responde a la necesidad de adaptar los instrumentos tradicionales de protección de la persona al nuevo entorno digital, caracterizado por la circulación masiva e incontrolada de datos personales, imágenes, comentarios y otras formas de expresión que contribuyen a formar la imagen pública de una persona²⁶.

24 BATUECAS CALETRÍO (2022), pp. 938 y ss., precisa que la identidad, aunque tradicionalmente no ha sido tratada como un derecho autónomo, ha ido adquiriendo progresiva relevancia en diversos sectores del ordenamiento jurídico. Señala que ha sido reconocida de manera indirecta a través de instituciones como el nombre, la filiación o el derecho a la imagen, pero subraya que todavía carece de una formulación sistemática y autónoma en el marco jurídico español. En ese sentido, defiende su inclusión implícita dentro de los derechos de la personalidad, si bien reconoce la ausencia de consenso tanto doctrinal como normativo. Resalta, además, la estrecha conexión de la identidad con otros derechos como el honor, la imagen y el nombre, pero insiste en que la identidad no debe quedar diluida en estos derechos conexos, sino que debe concebirse como fundamento común y eje estructural de todos ellos.

25 Ibid., pp. 926 y ss. Afirma que en Italia, el debate sobre la autonomía de este derecho ha sido más desarrollado, mientras en España ha permanecido en un plano subordinado.

26 Estos son los instrumentos internacionales y europeos más importantes sobre la protección de la infancia y la adolescencia en el entorno digital, especialmente en relación con los derechos a la intimidad, el honor, la imagen y los datos personales. La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924) y la posterior Declaración de los Derechos del Niño (1959) sentaron las bases éticas de la protección de la infancia. Más adelante, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) consagraron, con valor jurídico vinculante, el derecho al respeto de la vida privada y familiar de todas las personas, incluidos los menores. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), hoy norma internacional de referencia en la materia reconoce expresamente el derecho de niños, niñas y adolescentes (NNA) a la protección frente a injerencias arbitrarias en su vida privada, así como el deber de los Estados de asegurar su acceso a medios de comunicación respetuosos con su desarrollo. En el plano europeo, destacan también la Carta Europea de Derechos del Niño (1992) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2000), que refuerzan esta tutela. A nivel específico en protección de datos, el Convenio 108 del Consejo de Europa (1981, actualizado como 108+) y el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) (2016) establecen salvaguardias frente al tratamiento indebido de información personal, incluyendo normas claras sobre el consentimiento digital de los menores. Finalmente, el Convenio de Lanzarote (2007) introduce medidas concretas para proteger a los NNA frente a la explotación sexual en línea. En conjunto, estos textos conforman un marco jurídico internacional robusto que obliga a los Estados a adaptar sus legislaciones para proteger la dignidad y la identidad digital de la infancia y la adolescencia. GARCÍA GARCÍA (2021), pp. 479 y ss.

En el sistema español, los derechos de la personalidad carecen de codificación sistemática. Su tutela se fundamenta en una pluralidad de fuentes: el artículo 10 de la Constitución, que proclama la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social; el artículo 18 CE²⁷, que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen; así como una rica jurisprudencia que ha ido reconociendo progresivamente nuevas formas de protección en función de la evolución social y tecnológica. Dentro de este marco, la identidad digital se presenta como una dimensión emergente de la identidad personal, y su tutela encuentra anclaje en la normativa sobre protección de datos (LOPDGDD y RGPD), así como en las acciones civiles de protección de la imagen, el honor y la intimidad.

En Italia, el reconocimiento de los derechos de la personalidad encuentra una base constitucional más explícita en el artículo 2 de la *Costituzione*, que impone al Estado el deber de reconocer y garantizar los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad. La identidad digital puede reconducirse, por tanto, a este marco general de tutela de la dignidad y del desarrollo de la persona, siendo objeto de atención específica por parte de la jurisprudencia civil, que ha comenzado a identificarla como un *bene dellapersonalità* en evolución. Asimismo, la protección de la identidad digital de NNA se encuentra indirectamente respaldada por la normativa en materia de tratamiento de datos personales, en particular, por las disposiciones del *Codice in materia di protezione dei dati personali* (Decreto Legislativo 196/2003) y su coordinación con el Reglamento (UE) 2016/679.

La cuestión fundamental que se plantea es si la identidad digital de NNA puede considerarse, *stricto iure*, un derecho de la personalidad. A juicio de la doctrina más avanzada, la respuesta debe ser afirmativa. La identidad digital no es un bien meramente instrumental o accesorio, sino que constituye una dimensión constitutiva de la personalidad jurídica contemporánea. Es la forma en la que una persona se representa —y es representada— en los

27 BALLESTER CASANELLA y ARISÓ CRUZ (2024), p. 42.

espacios digitales, lo cual incide directamente en su percepción social, en su reputación y, en última instancia, en el libre desarrollo de su personalidad²⁸. Desde esta óptica, la identidad digital posee todos los atributos de los derechos de la personalidad: es inherente a la persona, irrenunciable, inalienable, imprescriptible y extrapatrimonial, lo cual justifica su inclusión en el elenco de bienes jurídicamente tutelables de forma autónoma.

No obstante, resulta necesario esclarecer su relación con otros derechos tradicionalmente reconocidos como manifestaciones de la personalidad: el nombre, la imagen, el honor y la intimidad. Todos ellos, en efecto, contribuyen a configurar la identidad digital, pero no se agotan en ella. La identidad digital, por su carácter sintético y transversal, incorpora elementos de cada uno de estos derechos, pero los trasciende en cuanto constituye una realidad holística, en la que la representación personal se ve influida por factores tecnológicos, sociales y comunicativos. En este sentido, la identidad digital no es simplemente la suma de sus componentes, sino un bien unitario y dinámico que requiere una protección específica y adecuada a sus peculiaridades.

La protección civil de la identidad digital de NNA plantea, además, relevantes interrogantes en torno a su eventual patrimonialización y a la posibilidad de cesión o disposición por parte de terceros. Aunque los derechos de la personalidad se califican, en principio, como extrapatrimoniales y, por tanto, no susceptibles de transmisión ni cesión, salvo en la medida

28 BATUECAS CALETRÍO, (2022), pág. 948 ss. señala que la identidad digital debe entenderse como una manifestación contextualizada de la identidad tradicional en el entorno tecnológico, y no como una forma de identidad completamente nueva. En este sentido, destaca que la aparición del entorno virtual no genera una identidad distinta, sino una proyección adaptada de la personalidad en el ámbito digital. En cuanto a los retos jurídicos, subraya que la identidad digital se ve expuesta a amenazas específicas, como la suplantación de identidad y la manipulación de datos personales. Por ello, defiende la necesidad de tipificar el “robo de identidad digital” y de colmar los vacíos legislativos existentes, especialmente en el Código Penal, mediante la adopción de mecanismos de protección adecuados a las particularidades del entorno digital. Por último, en relación con el contenido de la identidad digital, advierte la falta de consenso sobre qué elementos la integran, y propone una delimitación clara: solo deben considerarse parte de la identidad digital aquellos datos personales que representen auténticamente al individuo, excluyendo los generados por terceros cuando carecen de veracidad.

estrictamente necesaria para su ejercicio o defensa, la evolución del entorno digital está generando nuevas tensiones respecto a esta concepción clásica. En determinados contextos, estos derechos —incluida la identidad digital— pueden adquirir, aunque sea de forma indirecta, un contenido económico o una proyección patrimonial, especialmente cuando se vinculan con la exposición en redes sociales, la monetización de la imagen o la gestión de datos personales con valor comercial²⁹.

Esta problemática se agrava de forma particular en el caso de la identidad digital de NNA, es decir, de personas en formación cuya personalidad se encuentra aún en proceso de construcción. La proyección prematura y no controlada de su imagen e información en entornos digitales no solo afecta de manera directa bienes jurídicos de naturaleza existencial —como la intimidad, el honor o la propia imagen—, sino que, además, puede verse instrumentalizada en función de intereses económicos de terceros, especialmente de quienes ostentan la representación legal. En estos escenarios, el fenómeno del *sharenting* revela toda su complejidad: la exposición digital de hijos e hijas se convierte no pocas veces en un vehículo para la obtención de beneficios —como monetización de contenidos, aumento de visibilidad o posicionamiento social— a costa de derechos que, por su naturaleza, deberían estar excluidos de toda lógica de mercado.

Naturalmente, no se incluyen en esta reflexión aquellos supuestos en los que NNA, dotados de suficiente discernimiento, actúan con autonomía y conciencia para gestionar su identidad digital con fines económicos, dado

29 Véase, Tribunal Supremo Español, 234/2014 de 27 de enero. Doña Nuria demandó a Doña Lidia por utilizar, sin su consentimiento, el nombre, voz e imagen de su hija adoptiva Francisca, en el marco de su actividad profesional, tras la ruptura de la relación sentimental que mantuvieron. La demandante alegó una intromisión ilegítima en los derechos de la hija, solicitando 60.000 euros de indemnización y el cese del uso de su identidad. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la madre adoptiva al considerar que no hubo intromisión ilegítima en los derechos de imagen e intimidad de la menor. Justifica su decisión en las especiales circunstancias del caso: la convivencia afectiva entre las litigantes, su rol conjunto como madres, y la publicación consensuada de imágenes y voz de la niña sin fines comerciales. El uso de la imagen se produjo en un contexto familiar y con la participación activa de ambas, lo que excluye la ilicitud.

que estos casos obedecen a una lógica jurídica sustancialmente distinta. Este fenómeno —cada vez más frecuente en el contexto digital contemporáneo, especialmente en plataformas donde NNA ejercen actividades como *influencers*, creadores de contenido o figuras públicas— plantea cuestiones complejas. Ello requiere considerar no solo el marco de los derechos de la personalidad, sino también disposiciones laborales, de protección de datos, y garantías jurídicas que aseguren que la intervención de NNA en actividades digitales remuneradas no comprometa su dignidad, su desarrollo evolutivo ni su derecho a la educación y al tiempo libre. Por todo ello, aunque comparten algunos puntos de contacto con el problema del *sharenting*, estos escenarios responden a dinámicas distintas, que exigen un tratamiento jurídico específico y que, por su amplitud y especificidad, exceden el objeto del presente estudio.

En definitiva, la identidad digital de NNA debe ser reconocida como un bien jurídico autónomo, dotado de tutela civil específica, y situado en el núcleo duro de los derechos de la personalidad. Su tratamiento exige una ponderación cuidadosa de los principios fundamentales del derecho civil: autonomía, dignidad, protección de la persona y límites al ejercicio de los derechos en perjuicio de terceros³⁰. Reconocer y desarrollar esta categoría jurídica no es un capricho teórico, sino una exigencia de coherencia normativa frente a una realidad que transforma, de modo acelerado, las formas de existencia y de relación en el mundo contemporáneo.

4. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD POR LOS PADRES: LÍMITES DEL CONSENTIMIENTO EN REPRESENTACIÓN

30 VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ (2022), pp. 1118 y ss. la autora destaca que los derechos al honor, la intimidad, la imagen y los datos personales de los niños, niñas y adolescentes (NNA) son especialmente vulnerables en el entorno digital. Señala la obsolescencia de normas como la Ley Orgánica 1/1982 y la antigua Ley Orgánica de Protección de datos, diseñadas para un contexto ya superado. Como aportación, critica la falta de previsión legislativa frente a los desafíos actuales y subraya la urgencia de una actualización normativa que se adecúe a la realidad tecnológica y a la constante exposición de la esfera privada de los NNA.

En los ordenamientos civiles de España e Italia, los derechos de la personalidad —como la imagen, la intimidad y la identidad digital— se reconocen como derechos inherentes, inalienables e irrenunciables, cuyo ejercicio corresponde, en principio, exclusivamente a su titular.

Tal como se ha señalado, cuando NNA alcanzan un grado de madurez suficiente³¹, les corresponde ejercer directamente sus derechos de la personalidad, lo que incluye la facultad de decidir sobre el uso y la difusión de sus datos personales e imagen. Esta prerrogativa encuentra respaldo no solo en el marco del derecho nacional, sino también en el principio de autonomía progresiva, reiteradamente afirmado por el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones Generales N°12, referida al derecho a ser escuchado, y N°14, relativa al interés superior de NNA.

Ahora bien, cuando esa madurez no está presente, la gestión de tales derechos recae en quienes ostentan la responsabilidad parental, actuando en calidad de representantes legales. No obstante, esta representación no puede entenderse como un poder pleno o ilimitado, sino como una función jurídica que debe ejercerse con estricta sujeción al interés superior del hijo o hija y al respeto de su personalidad, conforme a lo previsto en los artículos 154, 156 y 162 del Código Civil español, así como en el artículo 320 del *Codice Civile* italiano.

En este marco, resulta particularmente relevante cuestionarse hasta qué punto los progenitores pueden autorizar, en nombre de NNA, actos que comporten la exposición digital de aspectos especialmente sensibles de su identidad —como su imagen, nombre, voz o datos íntimos de carácter familiar o escolar—. Desde una perspectiva civilista, la respuesta exige una interpretación restrictiva del consentimiento representativo, en tanto que este no puede legitimar decisiones que, aún bajo apariencia de beneficio, puedan ocasionar perjuicios graves o irreversibles para el desarrollo personal de NNA.

31 PLANAS BALLVÉ (2020), pp. 49 y ss.

Una cuestión central reside en determinar si la representación legal habilita a los padres para consentir la publicación sistemática de imágenes y datos de NNA en redes sociales, plataformas digitales o entornos de acceso masivo. Dado que los efectos de dicha publicación son, en gran parte, imprevisibles y duraderos, no parece compatible con la noción de representación en interés de NNA un consentimiento que legitime una exposición prematura o reiterada de aspectos vinculados a su identidad. Más aún cuando dicha exposición puede ser irreversiblemente indexada, replicada o utilizada con fines diversos, muchos de ellos incompatibles con la dignidad o el proyecto personal futuro del sujeto.

Desde esta óptica, se plantea la posible invalidez o ineficacia civil del consentimiento parental cuando no se ajusta a los cánones de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad. El consentimiento en representación no puede traducirse en una suerte de licencia ilimitada para disponer del derecho a la imagen o de otros atributos digitales de NNA. El interés superior de NNA, como principio jurídico de primer orden, actúa como parámetro hermenéutico y de control sustancial de dicho consentimiento. Si el acto dispositivo se traduce en un perjuicio evidente o potencialmente grave para el desarrollo de la personalidad de NNA, el consentimiento parental debe considerarse, jurídicamente, inválido o ineficaz.

Los tribunales han comenzado a pronunciarse, aunque aún de manera limitada, sobre esta problemática. En el ordenamiento español, algunas resoluciones de audiencias provinciales han advertido que el uso no consentido de la imagen de NNA por parte de uno de los progenitores³², sin autorización del

32 En la sentencia Tribunal Supremo Español 2856/2015, de 30 de junio, se analiza la licitud de la publicación de una fotografía tomada en una plaza pública en la que aparecía un niño, sin que dicha publicación contara con la autorización de sus progenitores. El TS concluyó que dicha difusión era ilícita por haberse vulnerado el derecho a la propia imagen del niño. Aunque de la fundamentación de la sentencia parece desprenderse que, en caso de mediar el consentimiento de los padres o representantes legales, la publicación habría sido legítima (FD n. 2), esta afirmación no puede generalizarse sin matices. En primer lugar, debe advertirse que en el caso enjuiciado no se planteaba un conflicto entre la voluntad del menor y la de sus progenitores, por lo que no se abordó expresamente la cuestión de la eventual oposición de NNA. Sin embargo, ello no permite afirmar que la autorización parental legitime siempre y

otro y sin valoración del interés del hijo, puede dar lugar a responsabilidad civil³³. En Italia, decisiones recientes han ordenado la eliminación de contenidos digitales subidos por los padres cuando dichos contenidos resultaban lesivos para la dignidad del hijo o podían comprometer su libre desarrollo. Estos precedentes, aunque aún incipientes, confirman que el control judicial del consentimiento representativo no es solo posible, sino necesario.

automáticamente el tratamiento de la imagen de NNA. Debe tenerse en cuenta tanto el interés superior de NNA como su progresiva autonomía, especialmente cuando se trate de NNA con capacidad suficiente para formar su propio juicio. Por tanto, el consentimiento de los padres, aunque necesario, no puede considerarse como único criterio determinante de la licitud del uso de la imagen de NNA.

33 La jurisprudencia española ha reiterado que la publicación de imágenes de NNA en redes sociales requiere, en principio, el consentimiento conjunto de ambos progenitores titulares de la responsabilidad parental (arts. 154 y 156 CC). El Tribunal Supremo, en su sentencia de 30 de junio de 2015, ha reiterado la exigencia del consentimiento expreso de los progenitores o representantes legales para la publicación de imágenes de NNA. El caso resuelto versaba sobre la inclusión de la fotografía de un niño en una revista informativa del Museo de la Ciencia sin autorización previa de sus padres. En dicha resolución, el alto tribunal subraya la necesidad de respetar los derechos fundamentales de los NNA, en particular su imagen y su intimidad, cuya salvaguarda corresponde prioritariamente a quienes ejercen su representación legal.

Con referencia a los supuestos de crisis de pareja, la jurisprudencia ha reiterado que la publicación de imágenes o datos personales de NNA en redes sociales requiere, en todo caso, el consentimiento de ambos progenitores que ostentan la responsabilidad parental, incluso si están divorciados o separados. Esta exigencia se mantiene con independencia de cuál de ellos tenga atribuida la guarda y custodia, ya que se trata de decisiones que afectan a derechos fundamentales de la persona del hijo o hija y, por tanto, deben adoptarse conjuntamente conforme a lo previsto en el artículo 156 del Código Civil. Véase, en este sentido, sentencia de la Audiencia Provincial Pontevedra 4 junio 2015, la sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona 15 mayo 2018 y la sentencia de la Audiencia Provincial Cantabria 13 enero 2020. sentencia de la Audiencia Provincial Gijón 1462/2018 de 14 de mayo, la sentencia confirma que la publicación de imágenes de una hija requiere el consentimiento de ambos progenitores que ostenten la responsabilidad parental, incluso si solo uno ejerce la guarda y custodia. No obstante, desestima la pretensión de la madre de imponer una prohibición genérica y anticipada al padre y a personas de su entorno (como abuelos o tíos paternos), por dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque no puede extenderse una medida restrictiva a personas que no son parte en el procedimiento; y en segundo lugar, porque no es admisible establecer una prohibición amplia y abstracta. En todo caso, si el padre desea difundir públicamente imágenes de la hija, deberá recabar previamente el consentimiento de la madre, y, en caso de oposición, acudir a la vía judicial.

Más recientemente, la sentencia de la Audiencia Provincial Bilbao 590/2020, de 28 de febrero, que rechaza la petición del padre para publicar imágenes de su hija de 13 años en redes sociales, al constatar que la exposición realizada fue excesiva, pública y perjudicial para la menor, sin consentimiento conjunto de ambos progenitores. Ordena también eliminar las publicaciones ya hechas, priorizando el interés superior de la niña y su derecho a la intimidad, la imagen y el honor, conforme a informes periciales y a la normativa vigente.

La cuestión adquiere especial complejidad en los supuestos de crisis de pareja, que constituyen la mayoría de los casos que han llegado a los tribunales tanto en España como en Italia. Aun cuando la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores, en situaciones de ejercicio separado o conflictivo de la representación legal sigue siendo exigible el consentimiento de ambos³⁴. La publicación unilateral de imágenes, sin el acuerdo del otro progenitor, puede así constituir una intromisión ilegítima por falta de consentimiento válido. Todo ello sin considerar – lo que es incluso más grave– que, en muchos casos, ni siquiera se consulta la opinión de los propios NNA.

En conclusión, tanto el derecho español como el italiano, si bien no contienen una regulación expresa sobre el consentimiento parental en entornos digitales, ofrecen principios normativos suficientes para limitarlo cuando se proyecta sobre los derechos de la personalidad de NNA. La responsabilidad parental no puede ejercerse en forma absolutista ni descontextualizada: su legitimidad se mide por su conformidad con los derechos fundamentales del hijo y con el principio de su interés superior. En el ámbito digital, esto implica reconocer que el consentimiento de los progenitores no siempre

34 En Italia, véase la sentencia del Tribunal de Rieti, 17 de octubre de 2022, en NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA (2023), pp. 1108-1111. El Tribunal ha defendido que la publicación en redes sociales de fotografías en las que aparecen NNA requiere el consentimiento previo, expreso y conjunto de ambos progenitores, conforme al artículo 320 CC Italiano, dado que se trata de un acto que excede los límites de la administración ordinaria y que implica el tratamiento de datos personales sensibles. En caso de que la difusión de la imagen haya sido autorizada solo por uno de los progenitores, es indemnizable el daño moral derivado de la lesión del derecho a la imagen y a la privacidad del niño retratado, siempre que dicho daño haya sido alegado de forma suficientemente específica y acreditado, aunque sea mediante presunciones. En el mismo sentido: Tribunal de Trani, 30 de agosto de 2021, en NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA (2022), p. 25, con anotación de ZANOVELLO (2022) y Tribunal de Mantova, de 19 de septiembre de 2017, en FAMIGLIA E DIRITTO (2018), pp. 380 y ss., con anotación de NITTI, (2018), pp. 386 y ss. Según LA SPINA (2024), p. 930, debe considerarse acertada la posición jurisprudencial que exige el consentimiento de ambos progenitores para la difusión de la imagen del hijo o de la hija, no tanto porque se trate de actos de administración extraordinaria —calificación que, según advierte, resulta inadecuada tratándose de decisiones existenciales—, sino porque, desde una perspectiva axiológica, la intervención conjunta de ambos padres ofrece mayores garantías para la protección del interés de NNA.

basta y que el silencio de la ley no puede interpretarse como autorización incondicional. Urge, en consecuencia, una reflexión profunda sobre los contornos del consentimiento representativo y sobre los mecanismos de control que deben activarse para evitar abusos y garantizar la integridad personal y digital de NNA.

5. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO INDEBIDO DE LA IMAGEN E IDENTIDAD DIGITAL DEL MENOR

La utilización indebida de la imagen y de los elementos que conforman la identidad digital de NNA puede dar lugar, en determinadas circunstancias, a responsabilidad civil extracontractual, de acuerdo con los principios generales que rigen esta materia tanto en el ordenamiento jurídico español³⁵ como en el italiano. En particular, el artículo 1902 del Código Civil español y el artículo 2043 del *Codice Civile* italiano consagran el principio según el cual quien causa un daño a otro por acción u omisión, mediando culpa o negligencia, está obligado a repararlo. Esta regla general encuentra plena aplicación en el ámbito de la exposición digital prematura de NNA, cuando dicha exposición genera un perjuicio injusto y objetivamente constatado.

35 ROCA TRÍAS (1999), pp. 539 y ss., defiende que el principio general de responsabilidad civil consagrado en el artículo 1902 CC también rige en el ámbito de las relaciones familiares, negando así la existencia de una inmunidad basada en vínculos de parentesco. A su juicio, la familia no constituye una entidad con valor autónomo, sino que debe entenderse como una estructura orientada a garantizar los derechos y el bienestar del individuo. Desde esta perspectiva, resulta coherente admitir la existencia de ámbitos de responsabilidad entre familiares, ya que la protección estatal de los derechos individuales se extiende frente a cualquier vulneración, provenga incluso del propio entorno familiar. Para un estudio monográfico, véase ÁLVAREZ (2019), pp. 7 y ss., que constituye una aportación fundamental al estudio de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, destacando cómo los conflictos entre miembros de la familia pueden generar daños jurídicamente reparables. La autora propone superar las tradicionales resistencias a aplicar la indemnización en este contexto, reivindicando una tutela centrada en la persona, la dignidad y la libertad, sin perder de vista los principios propios del derecho de familia. Desde una perspectiva innovadora, aborda la evolución de la familia hacia una estructura funcional y plural, e introduce la idea de adaptar las reglas de la responsabilidad civil a su especificidad.

En este contexto, los progenitores pueden incurrir en responsabilidad cuando difunden imágenes de sus hijos e hijas en redes sociales sin el consentimiento debido. En el caso de NNA mayores de 14 años, dicha responsabilidad se manifiesta con especial claridad cuando la publicación se realiza sin contar con su consentimiento expreso, en tanto titulares capaces de ejercer su derecho a la propia imagen. En relación con los hijos e hijas de edad inferior, la valoración debe ser más matizada: existe responsabilidad cuando la difusión de contenidos se lleva a cabo sin atender al interés superior de NNA o sin haber tenido en cuenta su voluntad, siempre que este tenga la madurez suficiente para formarla y expresarla. En todos los supuestos, la actuación de quienes ostentan la representación legal debe ser valorada no solo desde la óptica de la legalidad formal, sino también conforme a criterios sustantivos de respeto a la dignidad, la autonomía progresiva y el desarrollo integral de cada hijo e hija.

Cuando la proyección digital de NNA se produce sin un consentimiento libre e informado, o sin una evaluación prudente y razonable por parte de quienes ostentan la responsabilidad parental, puede derivarse responsabilidad si dicha conducta se traduce en un perjuicio concreto y legalmente apreciable. Ello exige un análisis detallado del daño civilmente indemnizable, atendiendo a las especificidades propias de la identidad digital como expresión autónoma y evolutiva de los derechos de la personalidad.

El daño puede adoptar diversas formas. En primer lugar, el daño moral derivado de la afectación a la esfera más íntima de NNA, como la difusión de imágenes o informaciones privadas que vulneran su dignidad, intimidad o privacidad. En segundo lugar, un daño al honor, cuando el contenido publicado tiene carácter denigrante o ridiculizante³⁶. En tercer lugar, debe considerarse el daño proyectado a la esfera futura, especialmente profesional

36 BATUECAS CALETRÍO (2022), pp. 966 y ss. destaca que el contenido digital ofensivo puede dar lugar a acciones por daño moral, además de medidas como la supresión de datos (derecho al olvido), rectificación o cesación. Se subraya la importancia del REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales

o social, de NNA, pues en un entorno digital donde los contenidos son permanentes y fácilmente accesibles, la exposición temprana puede condicionar oportunidades y relaciones a largo plazo.

La jurisprudencia, tanto española como italiana, ha comenzado a reconocer estas formas de daño, aunque de manera todavía fragmentaria.

En el contexto español, la interpretación del artículo 18 Constitución española (en adelante CE) y de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LOPJM) ha permitido calificar como intromisión ilegítima la difusión no consentida de la imagen de NNA, generando responsabilidad patrimonial. Los tribunales han declarado la ilicitud de publicaciones realizadas por los progenitores cuando estas contravienen el interés superior del hijo o hija o afectan de forma relevante a su esfera personal.

Sin embargo, atendiendo al artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, parte de la jurisprudencia ha sostenido que no existe vulneración del derecho a la intimidad o imagen cuando las publicaciones se realizan en redes sociales cerradas, restringidas a un círculo privado, por considerarse conformes a los usos sociales³⁷. Esta posición, sin embargo, resulta cuestionable: la mera configuración *privada* de una red social no garantiza el control sobre el contenido publicado, que puede ser replicado, descargado o redistribuido, escapando al ámbito inicialmente previsto. Por ello, aceptar sin matices esta práctica como socialmente tolerada pone en riesgo el control efectivo de NNA sobre su identidad digital.

y a la libre circulación de estos datos (en adelante RGPD) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante: LOPDGDD) como marcos de protección de datos que operan también para la identidad digital.

37 Véase nota N°5.

En Italia, los tribunales han aplicado el artículo 2043 del *Codice Civile* a situaciones en las que conductas antijurídicas lesionan intereses merecedores de tutela. Así, la publicación reiterada de imágenes o informaciones de NNA sin consentimiento, y sin valorar sus consecuencias, puede ser objeto de reproche civil en cuanto genera un daño injustificado.

Una cuestión particularmente relevante es la responsabilidad directa de los progenitores. Si bien la responsabilidad civil por hechos propios exige los elementos clásicos de conducta antijurídica, daño y nexo causal³⁸, cuando quien lesiona es el titular de la responsabilidad parental, se plantea un conflicto entre su función representativa y la lesión que produce. La doctrina ha sido clara al afirmar que la representación legal no puede amparar actos que vulneren los derechos de la personalidad del representado. Por tanto, cuando los progenitores difunden contenidos que afectan la imagen, intimidad u honor de sus hijos e hijas sin justificación legítima, su conducta debe considerarse antijurídica y generadora de responsabilidad.

Este planteamiento se refuerza cuando la exposición digital responde a motivaciones ajenas al interés de NNA, como el entretenimiento, la notoriedad o el beneficio personal de los adultos. En este sentido, tanto el artículo 4.3 de la LOPJM española como el artículo 316 CC italiano (en adelante CCIT), que obliga a tener en cuenta las capacidades, inclinaciones y aspiraciones del hijo, establecen límites claros al poder de disposición sobre estos derechos.

38 PLANAS BALLVÉ (2020), pp. 271 y ss. destaca que, para que exista una intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad del menor, no se exige la concurrencia de una intención específica de dañar por parte del autor del acto (*animus iniuriandi*). En este sentido, la voluntad de lesionar es jurídicamente irrelevante, ya que lo determinante es el efecto objetivo de la conducta sobre los derechos afectados. De hecho, subraya que en numerosos supuestos, los propios progenitores pueden desconocer que, al compartir imágenes o datos de sus hijos en redes sociales, están generando un perjuicio real para la esfera personal de estos, aun actuando con ánimo aparentemente inocuo o incluso afectuoso. Adhiere: VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ (2022), p. 1147.

Huelga decir que, cuando la publicación de imágenes de un hijo o una hija en redes sociales por parte de uno de los progenitores implique, por sus concretas circunstancias y efectos, una vulneración de los deberes inherentes a la responsabilidad parental o un ejercicio abusivo de sus facultades, la autoridad judicial podrá acordar las medidas limitativas que resulten más adecuadas al interés de NNA³⁹. Tanto el artículo 333 del Código Civil italiano como el artículo 158 del Código Civil español facultan a la autoridad judicial para intervenir en estos casos y adoptar las disposiciones oportunas, incluida la restricción o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, si el comportamiento del progenitor pone en riesgo la dignidad, el bienestar o el desarrollo del hijo o de la hija⁴⁰. Estas medidas pueden ser solicitadas por el otro progenitor, los parientes, el curador especial o el Ministerio Fiscal⁴¹ (arts. 336 CC italiano y 158.2 CC español), y deben valorarse en función de la gravedad de la conducta y del perjuicio causado al hijo, teniendo siempre como parámetro prioritario su interés superior.

En suma, la responsabilidad civil derivada del uso indebido de la imagen y de la identidad digital de NNA debe ser analizada conforme al régimen general de la responsabilidad extracontractual, integrando los principios del derecho de familia y los derechos de la personalidad. La evolución jurisprudencial y doctrinal debe orientarse no solo hacia la reparación del daño, sino también hacia su prevención, desincentivando conductas lesivas y promoviendo una proyección digital respetuosa de la dignidad de NNA. En este contexto, el derecho civil está llamado a desempeñar un papel activo no solo como instrumento de reparación, sino como garantía de protección integral de la persona en el entorno digital contemporáneo.

39 A este respecto, resulta especialmente relevante la sentencia del Tribunal de Roma de 23 de diciembre de 2017, en FAMIGLIA E DIRITTO (2018), pp. 381-386.

40 CARAPEZZA FIGLIA (2023), p. 1108.

41 ÁLVAREZ (2020), p. 61, destaca la importancia de reconocer al Ministerio Fiscal legitimación activa para intervenir en defensa de los intereses de NNA, especialmente en aquellos supuestos en los que la vulneración de sus derechos proviene precisamente de quienes ostentan su representación legal. Esta facultad resulta esencial para garantizar una tutela efectiva, imparcial y prioritaria del interés superior del hijo o hija, cuando se ve comprometido por actos u omisiones de sus propios progenitores.

6. MECANISMOS DE TUTELA PREVENTIVA Y REMEDIOS CIVILES DISPONIBLES

El ordenamiento jurídico civil, tanto en España como en Italia, reconoce una serie de instrumentos que permiten reaccionar frente a vulneraciones de derechos de la personalidad. Sin embargo, cuando se trata de proteger la imagen, la intimidad o la proyección digital de NNA en el entorno de las redes sociales, los instrumentos tradicionales resultan en muchos casos insuficientes o de aplicación incierta. Ello se debe, en gran medida, a la falta de adaptación del derecho civil a los nuevos escenarios digitales y a la complejidad propia de los conflictos que surgen en el seno de la familia. Por tanto, es imprescindible examinar las vías actualmente disponibles y su grado de adecuación para prevenir o remediar la exposición digital no consentida de NNA.

En este análisis, resulta especialmente pertinente tener en cuenta la Observación General N°25, de 2021 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas⁴², que ofrece pautas interpretativas fundamentales sobre la aplicación de los derechos de NNA en el entorno digital y puede servir como marco orientador para una reinterpretación acorde con el principio del primordial interés de NNA.

En primer lugar, conviene analizar la figura de la acción de cesación, reconocida en ambos ordenamientos como remedio civil preventivo frente a la vulneración actual o inminente de derechos de la personalidad. En el derecho español, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982 permite solicitar la

42 La Observación General N°25 del Comité de los Derechos del Niño afirma que los derechos consagrados en la Convención deben aplicarse plenamente en el entorno digital reconoce que NNA tienen derecho a acceder a las tecnologías de forma equitativa segura y adaptada a su edad subraya la obligación de los Estados de protegerles frente a riesgos como la explotación la desinformación el acoso o la violación de su privacidad destaca la importancia de su derecho a la participación en línea y a expresar libremente su opinión también en plataformas digitales y exige que tanto los Estados como los actores privados especialmente las empresas tecnológicas actúen conforme al principio del interés superior de NNA diseñando servicios digitales que respeten su dignidad su desarrollo evolutivo y su identidad en el ecosistema digital.

cesación de la intromisión ilegítima (art.7), así como su prohibición si aún no se ha producido. Esta protección se ve reforzada por lo dispuesto en la LOPJM, cuyo artículo 4 reconoce expresamente el derecho de NNA al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen⁴³. El apartado segundo del mismo artículo establece que la difusión de informaciones o imágenes que vulneren dichos derechos o sean contrarias al interés de NNA dará lugar a la intervención del Ministerio Fiscal, quien podrá instar las medidas cautelares pertinentes y reclamar las indemnizaciones correspondientes. De manera paralela, en el ordenamiento italiano, el artículo 10 del *Codice Civile*, en conexión con el artículo 96 de la Ley sobre el Derecho de Autor y con el derecho a la protección de los datos personales reconocido en el artículo 82 del RGPD, faculta al interesado para solicitar la prohibición del uso y la retirada de imágenes no consentidas, incluso antes de su difusión efectiva⁴⁴.

A este respecto, cabe preguntarse si NNA pueden ser titulares activos de dicha acción o si requieren la intervención de un tercero que los represente con imparcialidad. En tal sentido, se ha propuesto que, en los supuestos en los que los progenitores sean precisamente los responsables de la difusión digital de la imagen o identidad, debería intervenir un curador *ad hoc*, figura reconocida en los ordenamientos italiano y español. En España, el artículo 235 del Código Civil, tras la reforma de 2021, prevé el nombramiento de

43 BATUECAS CALETRÍO (2022), pp. 967 y ss. destaca que la identidad, aun sin estar formalmente reconocida como un derecho autónomo, puede ser objeto de protección jurídica efectiva. Esta protección se articula principalmente a través de los derechos al honor, a la imagen y al nombre, y se instrumenta mediante acciones civiles como la cesación, la rectificación o la indemnización por daños. En relación con la identidad digital, el autor subraya que su tutela requiere una aproximación combinada, que integre tanto los mecanismos propios del Derecho civil como las herramientas específicas del Derecho de protección de datos. En este sentido, pone de relieve la relevancia del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), destacando especialmente los derechos de rectificación y supresión como instrumentos clave para la defensa de la identidad personal en el entorno digital.

44 CARAPEZZA FIGLIA (2023), p. 1107.

un defensor judicial en caso de conflicto de intereses con los representantes legales. En Italia, los artículos 78 y 473-bis del *Codice di Procedura Civile* contemplan un instrumento equivalente⁴⁵.

A ello se suma lo dispuesto en el artículo 84.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que establece la intervención obligatoria del Ministerio Fiscal cuando se detecte cualquier utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en redes sociales o servicios equivalentes que pueda suponer una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales. En tales casos, el Ministerio Fiscal deberá promover de forma inmediata las medidas cautelares y de protección previstas en la LOPJM.

Nada impide que, en casos especialmente graves, NNA puedan solicitar, a través del defensor judicial, la supresión de los contenidos digitales que vulneren sus derechos de la personalidad. Esta facultad encuentra respaldo en el principio de interés superior, pero sobre todo en la titularidad autónoma de los derechos de imagen, intimidad y honor, que pertenecen originariamente a NNA con independencia de su edad, y cuya protección no puede depender exclusivamente del juicio de los padres. No obstante, en la práctica, esta posibilidad plantea dificultades, ya que supone que NNA soliciten por sí mismos la remoción de los contenidos, en un contexto en el que sus progenitores no lo hacen, y acuda a una autoridad judicial para que se le designe un defensor que actúe en su nombre.

45 En un caso decidido por el Tribunal de Roma de 23 de diciembre de 2017, en *FAMIGLIA E DIRITTO* (2018), pp. 381-386, la autoridad judicial autorizó a un adolescente a proseguir sus estudios en el extranjero, tras constatar el grave perjuicio derivado de la exposición pública realizada por la madre, quien había difundido en redes sociales imágenes e información sensible sobre el hijo. A la luz de los informes técnicos —que acreditaban la madurez del adolescente, su voluntad firme de alejarse del entorno dañino y los beneficios de experiencias formativas previas en el exterior— el tribunal no solo avaló su inscripción en un colegio en EE. UU., sino que ordenó a ambos progenitores abstenerse de seguir publicando cualquier contenido relativo al hijo y les impuso la obligación de eliminar todo el material previamente difundido. La decisión se adoptó en aplicación del principio del interés superior del niño, como criterio central de protección de su identidad e integridad personal.

En segundo lugar, la tutela cautelar desempeña un papel crucial ante la inmediatez y persistencia del daño digital. En el ámbito español, el artículo 87 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria permite a los progenitores y tutores solicitar la adopción de medidas urgentes relativas a la persona y bienes de NNA, especialmente si hay un riesgo para su desarrollo. Sin embargo, esta disposición puede tener una utilidad limitada cuando son los mismos padres quienes infringen los derechos del hijo o hija. En tales supuestos, sería necesaria una interpretación amplia del artículo, permitiendo que terceros legitimados soliciten medidas como la suspensión de la cuenta en redes, la eliminación de publicaciones o la prohibición de futuras exposiciones públicas.

Por su parte, la jurisprudencia italiana ha mostrado una apertura más decidida hacia la adopción de *provvedimenti d'urgenza* para la protección de derechos fundamentales en contextos digitales. En sentencias recientes, los tribunales han admitido que la publicación reiterada de imágenes de NNA por parte de uno de los progenitores sin el consentimiento del otro puede justificar la imposición de medidas cautelares, incluso bajo pena de sanción pecuniaria, para salvaguardar el derecho a la privacidad y a la proyección social del hijo. Esta vía se sustenta en el artículo 700 del *Codice di Procedura Civile*, que consagra un modelo de tutela urgente genérica, especialmente idóneo ante las amenazas digitales.

La acción de remoción de contenido constituye otro instrumento civil relevante. Aunque el RGPD tiene un marcado carácter público y se inserta en el marco de la protección de datos personales, su artículo 17 —relativo al derecho al olvido— puede inspirar una interpretación civil en clave protectora de la identidad digital. En efecto, la posibilidad de solicitar la supresión de datos que ya no sean necesarios o cuya publicación se haya basado en un consentimiento inválido o inexistente puede trasladarse, en clave privada, al derecho a solicitar judicialmente la eliminación de contenido que vulnera los derechos de la personalidad de NNA.

Esta perspectiva abre también la puerta al reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa en el marco del derecho civil. Si se admite que los derechos de la personalidad incluyen el control sobre la difusión de la imagen, del nombre y de cualquier otro dato identificativo, resulta coherente afirmar que NNA –progresivamente y con asistencia en función de su madurez– pueden ejercer ese control, incluso frente a sus representantes legales. Así, la remoción de contenido se presenta como un remedio adecuado no solo para restaurar la situación jurídica, sino también para afirmar la capacidad progresiva de NNA como sujetos activos de su identidad digital.

Sin embargo, los límites actuales del sistema son evidentes. La intervención judicial suele depender de una iniciativa externa (el Ministerio Fiscal, un tutor, una entidad de protección), lo que deja sin protección muchas situaciones en las que el daño es difuso, latente o culturalmente normalizado. Además, los tribunales no cuentan con criterios uniformes para valorar la gravedad del perjuicio ni la relevancia jurídica del contenido publicado, lo que genera inseguridad y desprotección. De ahí que algunos autores hayan sugerido la creación de nuevas figuras jurídicas, como la tutela específica de la proyección digital, que permitiría actuar de forma temprana, incluso preventiva, para evitar que la identidad digital de NNA se configure de manera distorsionada o lesiva.

En definitiva, los ordenamientos civiles de España e Italia ofrecen ciertas herramientas que permiten reaccionar ante la exposición digital indebida de NNA, pero la aplicación práctica de estos mecanismos resulta aún incierta, fragmentaria y poco eficaz. Es urgente una adaptación sistemática del derecho privado, que reconozca explícitamente la identidad digital como dimensión protegida de la personalidad y articule remedios claros, accesibles y eficaces para su defensa. Tal adaptación exige, además, superar la concepción patrimonialista del daño, para valorar también el perjuicio moral, relacional y de dignidad que la exposición digital no consentida puede generar en la vida presente y futura del NNA.

7. PROPUESTAS DE REFORMA Y ADECUACIÓN NORMATIVA: HACIA UNA DISCIPLINA CIVIL DE LA IDENTIDAD DIGITAL DE NNA

El avance imparable de la digitalización exige una profunda adecuación de las estructuras normativas tradicionales para garantizar una tutela efectiva de la personalidad de NNA en el entorno digital. Si bien los ordenamientos civiles español e italiano han reconocido progresivamente la centralidad de los derechos de la personalidad resulta evidente la necesidad de una respuesta normativa más clara y sistemática que aborde, de manera específica, la dimensión digital de dichos derechos y los límites del ejercicio representativo de los mismos. Entre los aspectos que requieren mayor definición se encuentra el fenómeno del *sharenting*, es decir, la exposición digital no consentida —y muchas veces abusiva— de NNA por parte de sus propios progenitores o representantes legales.

En este sentido, resulta indispensable una propuesta de codificación que introduzca límites precisos al *sharenting*, entendiendo esta práctica como una manifestación concreta del ejercicio del derecho a la imagen, a la intimidad y, en términos más amplios, de la identidad digital de NNA. La reforma civil debería incorporar un precepto específico que regule expresamente el alcance de los poderes representativos en relación con estos derechos, estableciendo que las facultades conferidas por la responsabilidad parental no pueden amparar actos que comprometan, sin justificación suficiente, el desarrollo digno y autónomo de la personalidad de NNA.

Un primer eje de la reforma debería ser la previsión de una nulidad de pleno derecho de aquellos actos de exposición digital que vulneren el interés superior de NNA o contravengan el núcleo esencial de sus derechos de la personalidad. Esta nulidad, de carácter absoluto e insubsanable, permitiría dejar sin efecto publicaciones, cesiones o tratamientos de datos que afecten negativamente a la identidad digital de NNA, aun cuando hayan sido realizados por los titulares de la responsabilidad parental. La eficacia directa de

esta nulidad es esencial para garantizar una tutela preventiva y no meramente resarcitoria, especialmente en un entorno como el digital donde la circulación de contenidos es, en muchos casos, irreversible.

En segundo lugar, debe contemplarse la posibilidad de una acción autónoma de NNA, ejercitada a través de un curador o representante judicial, cuando los actos de exposición lesiva provengan de sus propios progenitores. El sistema actual adolece de un déficit de legitimación activa en estos supuestos, al no prever mecanismos eficaces que permitan a NNA impugnar actos ejecutados en su nombre, pero contrarios a su interés. En este contexto, también debería reconocerse a NNA un poder de oposición directo frente a tales actos, incluso con efectos vinculantes, acompañado de mecanismos sencillos y accesibles que les permitan ejercerlo de forma autónoma. Tales mecanismos podrían consistir en peticiones directas —incluso a través de la red— ante autoridades administrativas o jurisdiccionales, que aseguren una intervención inmediata y proporcional a la urgencia de la situación. Esta acción autónoma, reconocida por la autoridad judicial competente previa audiencia de NNA según su grado de discernimiento, se presenta como una herramienta necesaria para superar el conflicto estructural entre la representación legal y la protección sustancial de la persona representada.

En tercer lugar, resulta fundamental promover una mayor educación digital⁴⁶ dirigida a las personas adultas, especialmente a quienes ejercen funciones parentales⁴⁷. Aún persiste una importante brecha generacional en la comprensión de los riesgos asociados al entorno digital, particularmente entre quienes no pertenecen a la generación nativa digital. Esta falta de conocimiento y sensibilidad tecnológica puede traducirse en prácticas coti-

46 MARTÍN RAMALLAL y RUIZ (2022), pp. 40 y ss., insiste en la importancia de la educación digital, en el marco de un estudio centrado en la hiperconexión de NNA y su uso intensivo de plataformas como TikTok. Aunque reconoce ciertos avances por parte de la propia aplicación, subraya su insuficiencia y propone mejorar la interfaz, facilitar el acceso a la función de denuncia, dar mayor visibilidad a los contenidos de seguridad y avanzar hacia una normativa más homogénea. Todo ello, sin perder de vista que la educación digital sigue siendo la herramienta más eficaz y estructural para una protección real y duradera.

47 SENIGAGLIA (2021), pp. 511 y ss. y SENIGAGLIA (2023), pp. 1573 y ss.

dianas que, aunque bienintencionadas, comprometen seriamente los derechos de NNA. La difusión de imágenes de los hijos e hijas en redes sociales a menudo se realiza sin una real conciencia de las posibles consecuencias que ello conlleva para su intimidad, seguridad y desarrollo personal. Por ello, cualquier política de protección de la identidad digital de NNA debería ir acompañada de estrategias de sensibilización y formación continua para adultos, orientadas a generar una cultura digital responsable y respetuosa de los derechos de la infancia y la adolescencia⁴⁸.

En cuarto lugar, se impone el diseño de un régimen indemnizatorio específico para los daños digitales causados por actos de exposición no consentida o imprudente. Este régimen debe reconocer la especificidad del daño digital en cuanto afecta a la imagen, al honor y a la integridad moral de NNA, y no debe subordinarse a la existencia de un perjuicio patrimonial cuantificable. Asimismo, la indemnización debe atender al carácter continuado, viral y potencialmente irreversible del perjuicio, adoptando criterios de evaluación que consideren el contexto digital como un entorno de especial vulnerabilidad para NNA.

El estudio comparado ofrece valiosas referencias para la construcción de un modelo normativo adecuado. El sistema jurídico francés, por ejemplo, ha introducido en su jurisprudencia una línea de interpretación que reconoce el derecho de NNA a oponerse a la publicación de su imagen en redes sociales incluso frente a la voluntad de sus padres, considerando que tales actos, si carecen de justificación suficiente, vulneran el *droit au respect de la vie privée* de NNA. Además, en 2023 se presentó en la Asamblea Nacional una

48 En este sentido, vale la pena recordar que el Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales prevé, entre otras medidas (art. 15) acciones específicas orientadas a la formación y sensibilización de las familias (art. 15.b). En particular, se contempla que la Estrategia Nacional sobre la protección de la infancia y la adolescencia en el entorno digital promueva la difusión de información dirigida a madres, padres o tutores legales sobre el uso adecuado de los dispositivos digitales y su impacto en el desarrollo de los menores. Esta labor de concienciación prestará especial atención a fenómenos como el ciber acoso y las ciber agresiones, así como a la divulgación de herramientas de control parental y estrategias de prevención.

propuesta de ley para limitar el *sharenting*, contemplando medidas como la corresponsabilidad de las plataformas digitales y la atribución de derechos sobre la imagen al propio NNA desde una edad temprana.

También en algunos ordenamientos latinoamericanos se han producido avances relevantes. En Argentina, la Ley N°26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes reconoce expresamente el derecho a la intimidad y a la propia imagen, y ha sido utilizada como fundamento para decisiones judiciales que han restringido la difusión de imágenes de NNA incluso por parte de sus familiares. En Brasil, el *Estatuto da Criança e do Adolescente* ha servido como base para interpretar, en clave evolutiva, el alcance de los poderes parentales en relación con la protección digital. Estas experiencias demuestran que la sensibilidad jurídica hacia la exposición digital prematura está en expansión, y que existe un terreno fértil para el desarrollo de una doctrina civil propia sobre identidad digital.

La adecuación normativa no debe olvidar el papel de la autonomía privada y los límites que el Derecho impone a su ejercicio en contextos de representación. Si bien los padres conservan un amplio margen de actuación en la gestión de la vida de NNA, esta discrecionalidad debe ser compatible con los derechos fundamentales del representado. En particular, los actos de disposición sobre los derechos de la personalidad —como la imagen o el nombre en contextos digitales— deben estar sometidos a un principio de proporcionalidad y necesidad, y deben evaluarse en función del impacto sobre el desarrollo futuro de NNA. No cabe invocar la libertad educativa o el derecho a compartir experiencias familiares para justificar prácticas de difusión sistemática, trivial o potencialmente lesiva para la reputación y dignidad de NNA.

Por último, es preciso reforzar el papel de la autoridad judicial civil como garante de la protección efectiva de la identidad digital de NNA. En caso de conflicto, debe permitirse a la autoridad judicial adoptar medidas cautelares de urgencia, ordenar la supresión de contenidos, prohibir nuevas publicaciones

e incluso suspender temporalmente el ejercicio de determinadas facultades representativas cuando se constate un abuso reiterado. Estas medidas deben entenderse no como una injerencia indebida en la vida familiar, sino como el ejercicio legítimo de la función jurisdiccional orientada a proteger el núcleo esencial de los derechos de la personalidad de NNA en el entorno digital.

En suma, la construcción de una disciplina civil específica de la identidad digital de NNA requiere una triple estrategia: codificación normativa, habilitación de acciones autónomas y configuración de mecanismos indemnizatorios diferenciados. Solo así será posible enfrentar, desde el derecho civil, los desafíos que plantea la exposición digital prematura, garantizando que la personalidad de NNA no sea moldeada unilateralmente por terceros, sino protegida como un bien indisponible, digno de respeto y esencial para su plena realización como sujeto de derecho.

8. CONCLUSIÓN

La irrupción del entorno digital ha transformado profundamente las formas de interacción social, proyectando la vida privada de las personas en escenarios públicos con una facilidad sin precedentes. En este contexto, NNA se convierten en sujetos particularmente vulnerables, cuya identidad digital puede ser configurada por terceros —en especial, sus progenitores— desde edades muy tempranas, sin control ni conciencia por parte del propio titular de los derechos. Frente a esta realidad, el derecho civil se encuentra ante una encrucijada decisiva: o permanece anclado en categorías tradicionales insuficientes para afrontar los desafíos del presente, o se adapta con rigor y coherencia a las nuevas exigencias derivadas de la tecnología y de la necesidad de protección real y efectiva de la personalidad.

A lo largo de este trabajo se ha puesto de relieve la necesidad urgente de una intervención normativa y doctrinal que aborde, desde el derecho civil, la dimensión digital de los derechos de la personalidad de NNA. Si bien tanto el ordenamiento jurídico español como el italiano reconocen a NNA

como titulares plenos de derechos fundamentales —entre ellos, el derecho al honor, a la intimidad, a la imagen y, por extensión, a una identidad digital libremente construida—, lo cierto es que estos derechos se ven con frecuencia vaciados de contenido efectivo ante la ausencia de instrumentos jurídicos adecuados para su protección.

Se constata así una paradoja jurídica de notables consecuencias prácticas: NNA son formalmente sujetos de derecho, pero carecen de herramientas civiles eficaces para hacer valer sus derechos frente a quienes ejercen la responsabilidad parental o representación legal. Esta contradicción se manifiesta, con particular crudeza, en los supuestos de *sharenting* abusivo o exposición digital imprudente, donde NNA no solo no participan en la construcción de su identidad digital, sino que se ven forzados a asumir una proyección pública que puede condicionarles de forma duradera e incluso perjudicial.

El recurso al artículo 1902 CC español (en adelante CCES) o al artículo 2043 CCIT para articular una respuesta indemnizatoria a posteriori no puede ser considerado un remedio idóneo cuando el daño afecta a bienes jurídicos tan esenciales como la dignidad, la imagen o la intimidad personal. La lógica puramente resarcitoria debe ceder el paso a una lógica preventiva y estructural, capaz de construir un sistema coherente de protección de la personalidad de NNA en el entorno digital.

Esta exigencia obliga a repensar las bases mismas del derecho civil en relación con los derechos de la personalidad. Tradicionalmente concebidos como derechos extrapatrimoniales, inalienables e irrenunciables, los derechos de la personalidad deben ser interpretados, en el caso de NNA, con una sensibilidad particular, que tenga en cuenta su posición de dependencia, su proceso de maduración y la necesidad de preservar su autonomía futura. En este marco, la identidad digital emerge como una nueva frontera de la tutela de la personalidad en el Derecho privado, que requiere una elaboración dogmática específica, no reductible a las categorías tradicionales.

La defensa de la identidad digital de NNA exige, por tanto, la elaboración de una disciplina civil autónoma, que combine elementos de representación legal, límites al ejercicio de los derechos por cuenta ajena, nulidades estructurales en casos de actos lesivos, acciones autónomas por parte de NNA y un sistema indemnizatorio adecuado a las particularidades del entorno digital. No se trata simplemente de *adaptar* normas preexistentes, sino de construir un nuevo marco de referencia que reconozca la especificidad del fenómeno digital y que sitúe en el centro la dignidad de la persona en formación.

Esta reforma debe basarse, en todo caso, en un principio rector: el interés superior de NNA no puede ser interpretado como una cláusula genérica de protección, sino como un criterio jurídico operativo que imponga límites concretos al ejercicio de la representación legal. La responsabilidad parental no puede convertirse en una autorización genérica para disponer del derecho a la imagen, a la intimidad o a la identidad digital de NNA como si se tratara de una prolongación de la voluntad de los padres. El respeto a la personalidad de NNA impone, en cambio, un deber de prudencia, proporcionalidad y respeto, que debe ser evaluado por la autoridad judicial en caso de conflicto.

En este sentido, la jurisprudencia está llamada a desempeñar un papel decisivo. Los tribunales civiles, tanto en España como en Italia, deben asumir la función de intérpretes activos del sistema de protección de la personalidad, integrando los principios constitucionales y supranacionales en el juicio sobre la licitud o ilicitud de los actos realizados en nombre de NNA. La labor judicial no debe limitarse a reparar daños ya consumados, sino que debe orientarse también a prevenir la reiteración de conductas lesivas, a declarar la nulidad de actos contrarios al interés del representado y a limitar, cuando sea necesario, el ejercicio de la representación legal en contextos de abuso o conflicto de intereses.

Asimismo, debe esperarse un rol aún más activo y decisivo por parte de las autoridades administrativas encargadas de la protección de la infancia y la adolescencia. A estas corresponde, por un lado, la promoción de una cultura

orientada a la afirmación de los derechos de NNA, mediante la implementación efectiva de los principios y garantías recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, entre los cuales destaca el principio de autonomía progresiva, que aún presenta una aplicación limitada en muchos contextos. Por otro lado, estas autoridades deben diseñar y promover políticas públicas que faciliten el acceso de NNA a herramientas concretas con las que puedan oponerse a usos arbitrarios de su identidad digital por parte de terceros, incluidos sus propios progenitores.

En este sentido, resultaría altamente conveniente que las propias autoridades administrativas —como el Defensor de la Infancia y la Adolescencia— implementaran sistemas ágiles y accesibles que permitan a NNA denunciar, sin necesidad de formalidades ni representación legal, la vulneración de sus derechos de identidad digital. De este modo, se garantizaría el ejercicio efectivo del derecho de NNA a la protección de sus propios intereses, sin depender exclusivamente de la solicitud judicial de un defensor, un mecanismo que, en la práctica, suele resultar ineficaz, poco accesible y, en ocasiones, desproporcionado. Tampoco sería necesario esperar la intervención del Ministerio Fiscal, cuya actuación, por su propia naturaleza, queda supeditada al conocimiento previo del hecho lesivo. Permitir que NNA puedan presentar directamente, por ejemplo, mediante un simple correo electrónico o formulario en línea, una denuncia ante la autoridad administrativa competente contribuiría a garantizar una protección inmediata, real y ajustada a sus necesidades. En este marco, las autoridades administrativas pueden y deben asumir un papel esencial como garantes de la efectividad de los derechos digitales de NNA.

Finalmente, el derecho civil debe asumir con valentía el reto de reconocer la autonomía progresiva del NNA como titular de derechos de la personalidad. La escucha activa de NNA, su participación en las decisiones que le afectan y el respeto a su intimidad digital deben dejar de ser formulaciones programáticas para convertirse en exigencias jurídicas vinculantes. Solo así

se podrá garantizar que la identidad digital de NNA no sea una construcción impuesta desde fuera, sino el reflejo auténtico de su individualidad, protegida por el derecho desde sus primeras manifestaciones.

En conclusión, el derecho civil debe dejar de ser un espectador pasivo frente a las nuevas formas de vulnerabilidad que afectan a NNA en el entorno digital. La protección de su identidad digital no es un problema técnico, ni una cuestión moral: es una exigencia de justicia civil, de coherencia normativa y de respeto a la dignidad de la persona en una sociedad que ya no se define solo por sus espacios físicos, sino también por sus entornos digitales. Ante esta nueva realidad, la inercia legislativa y la resistencia doctrinal no son opciones legítimas. Es hora de actuar, de codificar y de proteger, con la convicción de que la infancia y la adolescencia no son solo etapas de la vida, sino territorios jurídicos que merecen una tutela específica, plena y efectiva.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS e INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN (2009): “Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online”. Disponible en: <https://www.uv.es/limprot/boletin9/inteco.pdf>. [Fecha de última consulta: 05.06.2025].

ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy (2019): Daños en las relaciones familiares y el derecho a la identidad en la filiación (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy (2020): “Los derechos de la personalidad de niños, niñas y adolescentes en el entorno digital. Una aproximación de su protección en el ámbito de las relaciones paterno-filiales. Referencia al

sistema chileno”, en: SOLÉ RESINA, Judith y ALMADA MOZETIC, Vi-nicius (coord.): Protección de los menores de edad en la era digital (Porto, Juruá Editorial), pp. 51-72.

AMMERMAN YEBRA, Julia (2018): “El régimen de prestación del con-sentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting”, en: Actualidad jurídica Iberoamericana (Nº8), pp. 253-264.

BALLARANI, Gianni (2008): La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali (Milano, Giuffré).

BALLESTER CASANELLA, Blanca, y ARISÓ CRUZ, Albert (2024): “La identidad digital de los menores y su efecto en su proceso de formación”, en: SANTANA VILLEGAS, José Rafael; POCH-BUTLER, Santana Lois y CARRERO MÁRQUEZ, Oliver (eds.): Escuchando a la Academia: Investi-gación e innovación sobre presente y futuro de la Ciencia (Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales), pp. 37-50.

BARBA, Vincenzo (2023a): “Autonomía progresiva e interés de la persona menor de edad”, en: Revista Cubana de Derecho, (Vol. 3 Nº2), pp. 65-117.

BARBA, Vincenzo (2023b): “Interés del menor vs. derecho de los abuelos (Una sentencia de la Casación italiana brinda la oportunidad de reflexionar sobre el contenido y la función del interés superior del menor)”, en: La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores (Nº38), pp. 81-100.

BATTELLI, Ettore (2021): “I diritti dei minori nell’ ordinamento italiano, europeo e internazionale”, en: BATTELLI, Ettore: Diritto privato delle persone minori di età. Diritti, tutele, nuove vulnerabilità (Torino, G. Gia-ppichelli Editore), pp. 1-37.

BATUECAS CALETRÍO, Alfredo (2023): “El derecho a la identidad y la identidad digital”, en: *Anuario de derecho civil* (Vol. 75 N°3), pp. 923-986.

CABEDO SERNA, Llanos (2020): “El sharenting y el ejercicio de la patria potestad: Primeras resoluciones judiciales”, en: *Actualidad jurídica iberoamericana* (N°13), pp. 976-1003.

CAMARDI, Carmelita (2019): “Minore e privacy nel contesto delle relazioni familiari”, en: SENIGAGLIA, Roberto: *Autodeterminazione e minore di età. Itinerari di dirittominorile* (Pisa, Pacini Giuridica), pp. 117-143.

CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele (2023): “Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili”, en: *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* (N°5), pp. 1104-1108.

ESCOBAR GALLARDO, Paulina y HERNÁNDEZ CÁDIZ, Victoria (2018): *Interés superior del niño principio general del derecho* (Chile, Editorial Hammurabi).

GARCÍA GARCÍA, Ainoa. (2021): “La protección digital del menor: el fenómeno del sharenting a examen”, en: *Revista de Derecho UNED* (N°27), pp. 455-492.

GARCÍA RUBIO, María Paz. (2020): “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, en: *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (N°13), pp. 14-49.

GERACI, Ilaria (2021): “Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell’ambiente digitale”, en: *Le nuove leggi civili commentate* (N°4), pp. 800-826.

LA SPINA, Angela (2024): “L’identità del minore nella realtà on-life tra protezione e autodeterminazione”, en: *Famiglia e diritto* (N°10), pp. 920-942.

LENTI, Leonardo. (2016): “Note critiche in tema di interesse del minore”, en: Rivista di dirittocivile(Nº1), pp. 86-111.

MARTÍN BRICEÑO, María Rosario: (2021): “La vulnerabilidad de las personas con discapacidad como consumidores”, en: Actualidad civil (Nº11), pp. 1-22.

MARTÍN-RAMALLAL, Pablo y RUIZ-MONDAZA, Mercedes (2022): Agentes protectores del menor y redes sociales. El dilema de TiKToK, en: Revista Mediterránea de Comunicación (Vol.13 Nº1), pp. 31-49.

NITTI, Marialuisa (2018): “La pubblicazione di foto di minori sui social network tra tutela della riservatezza e individuazione dei confini della responsabilità genitoriale”, en: Famiglia e diritto (Nº4), pp. 386-396.

ORTEGA PUENTE, Gloria (2024): “La identidad de la persona en la era digital ¿Es la identidad digital una proyección de la identidad de la persona?”, en: Actualidad civil (Nº1) s/p.

PLANAS BALLVÉ, María (2020): “Sharenting: Intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales”, en: CEFLegal. Revista práctica de derecho (Nº228), pp. 37-66.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2022): “La identidad digital como derecho”, en: Derecho Digital e Innovación (Nº14) s/p.

ROCA TRÍAS, Encarna (1999): Familia y cambio social (De la “casa” a la persona) (Madrid, Cuadernos Civitas).

SENIGAGLIA, Roberto (2019): “The best interest of the child tra persona e contratto”, en: Diritto delle successioni e della famiglia (Nº3), pp. 803-826.

SENIGAGLIA, Roberto (2021): “IL dovere di educare i figli nell’era digitale”, en: *Persona e Mercato* (N°3), pp. 511-525.

SENIGAGLIA, Roberto (2023): “L’identità personale del minore di età nel cyberspazio tra autodeterminazione e parental control system”, en: *Le Nuove Leggi Civili Commentate* (Vol. 6), pp. 1568-1602.

VARELA CASTRO, Ignacio (2016): “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, en: *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes* (Vol. 70, N°2188), pp. 1-59.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía (2022): “Los derechos de la personalidad del menor de edad en la era digital. La dicotomía entre autonomía y protección”, en: *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (N°17), pp. 1112-1153.

ZANOVELLO, Francesca (2022): “Foto de i figli sui social e tutela cautelare e d’urgenza”, en: *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* (Vol. 38 N°1), pp. 27-32.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Codice Civile italiano, aprobado por Real Decreto N°262. *Gazzetta Ufficiale del Regno d’Italia*, 4 de abril de 1942.

Codice di procedura civile italiano, aprobado por Real Decreto N°1443. *Gazzetta Ufficiale del Regno d’Italia*, 28 de octubre de 1940.

Código Civil de España, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. *Gaceta de Madrid*, 25 de julio de 1889.

Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989.

Decreto Legislativo N°196/2003, Codice in materia di protezione dei dati personali. Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 29 de julio de 2003. Ley de Jurisdicción Voluntaria, N°15/2015. Boletín Oficial del Estado, 3 de julio de 2015.

Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, N°26/2015. Boletín Oficial del Estado, 29 de julio de 2015.

Ley Orgánica de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, N°1/1982. Boletín Oficial del Estado, 5 de mayo de 1982.

Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, N°3/2018. Boletín Oficial del Estado, 6 de diciembre de 2018.

Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, N°1/1996. Boletín Oficial del Estado, 15 de enero de 1996.

Proyecto de Ley Orgánica para la Protección de las Personas Menores de Edad en los Entornos Digitales (121/000052), Boletín Oficial De Las Cortes Generales, Serie A, N°52-1 del 11 de abril de 2025.

Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos – RGPD). Diario Oficial de la Unión Europea, 4 de mayo de 2016.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Supremo Español, sentencia de fecha 27 de enero de 2014, N°234/2014.

Audiencia Provincial de Pontevedra, sentencia de fecha 4 de junio de 2015.

Tribunal Supremo Español, sentencia de fecha 30 de junio de 2015, N°2856/2015.

Audiencia Provincial de Asturias (Gijón), sentencia de fecha 14 de mayo de 2018, N°1462/2018.

Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia de fecha 15 de mayo de 2018.

Tribunal Supremo Español, sentencia de fecha 17 de diciembre de 2019, N°4217/2019.

Audiencia Provincial de Cantabria, sentencia de fecha 13 de enero de 2020.

Audiencia Provincial de Bizkaia (Bilbao), sentencia de fecha 28 de febrero de 2020, N°590/2020.

**EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN
ARBITRARIA SOBRE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES: DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS
DERECHOS DEL NIÑO A LA LEY SOBRE GARANTÍAS
Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE
LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA¹**


**THE PRINCIPLE OF NON-ARBITRARY
DISCRIMINATION AGAINST CHILDREN AND
ADOLESCENTS: FROM THE CONVENTION ON THE
RIGHTS OF THE CHILD TO THE LAW ON GUARANTEES
AND COMPREHENSIVE PROTECTION OF THE RIGHTS
OF CHILDREN AND ADOLESCENTS**

Isaac Ravetllat Ballesté*

Resumen:

La simple ponderación de la condición de ser niño, niña o adolescente (NNA) como una de las causas de discriminación estructural que históricamente han afectado a las personas, ha llevado al legislador a tomar paulatinamente en consideración –visibilizar– a la edad como una de las categorías prohibidas –o sospechosas– susceptible de ser enumerada de forma expresa en las cláusulas de no discriminación estatuidas en los diferentes ordenamientos jurídicos. A lo dicho, además, deben unírsele los problemas suscitados de las

¹ Artículo recibido el 10 de marzo de 2025 y aceptado el 18 de julio de 2025.

* Doctor en Derecho por la U. de Barcelona. Académico de la Facultad de Derecho de la U. de Tarapacá.  0000-0003-3857-8150. Dirección postal: Guillermo Sánchez, 660, Arica, Chile. Correo electrónico: iravetllat404@gmail.com.

situaciones de discriminación interseccional, es decir, cuando al estatuto de la minoría de edad se le superponen otra u otras condiciones estructurales de vulnerabilidad—tales como el sexo, género, nacionalidad, condición migratoria, discapacidad o pobreza—, generándose, en tal caso, una forma más compleja de exclusión que presenta sus propias particularidades. Pues bien, ante un contexto como el descrito, tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, a nivel internacional, como la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, a nivel doméstico, enuncian, entre sus principios rectores, una cláusula general de no discriminación llamada a procurar dar respuesta efectiva a tales eventualidades. En este sentido, el objetivo principal del presente artículo reside en indagar acerca de la respuesta ofrecida por tales normas ante el fenómeno de la denominada como discriminación interseccional sobre NNA. Como resultado constatamos como la interseccionalidad se erige en un marco teórico que ilustra el modo cómo la identidad social constituida por diferentes elementos estructurales puede superponerse con la categoría de NNA, generando situaciones nuevas y particularmente críticas de vulnerabilidad.

Palabras clave:

Discriminación interseccional, Principio de igualdad, Derechos de la infancia, Convención sobre los Derechos del Niño, Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

Abstract:

The simple consideration of the condition of being a child or adolescent as one of the causes of structural discrimination that have historically affected people has led the legislator to gradually take into consideration—to make visible—age as one of the prohibited—or suspicious—categories susceptible to being expressly enumerated in the non-discrimination clauses established in the different legal systems. In addition to the above, we must add the problems arising from situations of intersectional discrimination, that is, when the status of being a minor is superimposed on another or other structural conditions of vulnerability—such as sex, gender, nationality, immigration

status, disability or poverty—, generating, in such a case, a more complex form of exclusion that has its own particularities. In this context, both the Convention on the Rights of the Child, at the international level, and the Law on Guarantees and Comprehensive Protection of the Rights of Children and Adolescents, at the domestic level, state, among their guiding principles, a general non –discrimination clause designed to provide an effective response to such eventualities. In this sense, the main objective of this article is to investigate the response offered by such norms to the phenomenon of so-called intersectional discrimination against children and adolescents. As a result, we find that intersectionality emerges as a theoretical framework that illustrates how social identity, constituted by different structural elements, can overlap with the category of children and adolescents, generating new and particularly critical situations of vulnerability.

Keywords:

Intersectional discrimination, Principle of equality, Children's rights, Convention on the Rights of the Child, Law on Guarantees and Comprehensive Protection of the Rights of Children and Adolescents.

1. INTRODUCCIÓN

Si entendemos por discriminación estructural, aquella sufrida por un sujeto por el simple hecho de pertenecer a uno de los valorados como grupos en situación de vulnerabilidad, inferidos estos como aquellos colectivos de individuos que histórica y socialmente han sido objeto generalizado de discriminación, no nos cabe la menor duda que los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), integran, por una mera cuestión etaria, uno de esos sectores de la población considerados como víctimas de ciertas prácticas excluyentes y atentatorias de sus derechos².

2 ESTRADA y VALENZUELA (2023), p. 38.

No podemos tampoco pasar por alto, que una de las características intrínsecas de las personas sobre las que recaen este tipo de actos discriminatorios, del orden estructural, es precisamente su “...falta de responsabilidad respecto de su propia situación”³. En este sentido, parece evidente, que un NNA no ostenta posibilidad alguna de incidir sobre su nacionalidad, familia, condición etaria, estatus migratorio o situación de discapacidad, por citar solo algunos ejemplos. Igualmente, un NNA tampoco tiene, por regla general, excesiva incidencia, o es realmente tomado en consideración, en el momento en que se adoptan decisiones acerca de su formación religiosa, escolarización, lugar de residencia familiar o incluso sobre los patrones culturales llamados a impactar directa o indirectamente en el desarrollo integral de su personalidad⁴.

De este modo, aceptar abiertamente la existencia de fenómenos discriminatorios de carácter estructural, entre los que se encuentra, tal y como ya hemos avanzado, la condición de ser NNA, ha colocado al legislador, a los responsables de dictar políticas públicas y a la sociedad en general, ante un nuevo escenario de reconocimiento de una realidad largamente invisibilizada a lo largo del tiempo. Ahora bien, siendo cierto lo anterior, ese mismo salto cualitativo nos enfrenta a un nuevo nudo gordiano, no sencillo de resolver y fuente de múltiples preocupaciones, cual es la situación de aquellas personas, en nuestro caso NNA, en quienes concurre más de una causal de discriminación estructural o bien sobre las que recaen simultáneamente diversas condiciones de vulnerabilidad. Tal eventualidad, nos sitúa ante el reconocimiento de formas aún más complejas y elaboradas de discriminación, sustentadas en una pluralidad de estereotipos y preconcepciones que acompañan al individuo –por ejemplo, ser menor de edad, niña, migrante, pobre y afrodescendiente– y que se retroalimentan entre sí, generando algo más que un sumatorio de simples causales de discriminación y convirtiéndose, en realidad, en un supuesto de exclusión interseccional que reúne sus propias particularidades⁵.

3 SABA (2005), p. 141.

4 DAVID y NASH (2010), pp. 173 y 174; NEWMANN et al. (2023), p. 3 y LUAN (2024), pp. 63-65.

5 LUAN (2021), pp. 48-53 y RAUPP y DA SILVA (2014), pp. 9-12.

Efectivamente, la presencia de intersecciones de vulnerabilidad en determinados grupos de NNA requiere de un nuevo enfoque transversal que nos permita hacerles frente. De esta suerte, no parece suficiente acudir únicamente a una protección de carácter general por parte de los poderes del Estado, sino que exige ir un poco más allá y reclamar a dichas instancias públicas una actuación directa y con perspectiva interseccional que garantice el adecuado ejercicio de derechos de NNA⁶. No reconocer la condición de minoría de edad como una posible causal de situación de vulnerabilidad, que unida a otra u otras –sean de carácter temporal o permanente– pueden generar un eje complejo de inequidad, es hacer caso omiso a las exigencias dimanantes del articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) –artículo 2– y de la Ley N°21.430, sobre Garantías y Protección Integral de Derechos de la Niñez y la Adolescencia (en adelante, Ley sobre Garantías) –artículo 8–⁷.

Es por ello, que el presente artículo tiene como objetivo principal indagar acerca de la respuesta ofrecida por la CDN, así como por la Ley sobre Garantías ante el fenómeno de la denominada como discriminación interseccional sobre NNA. Así, y siguiendo una metodología de carácter cualitativo con enfoque hermenéutico de tipo documental, el texto se ha dividido en dos grandes apartados. El primero, incide en el análisis del principio de igualdad y no discriminación contenido en el artículo 2 de la CDN. En este sentido, nos adentramos en los objetivos y alcances de la cláusula general de no discriminación estatuida en el mentado tratado internacional, así como en las obligaciones asumidas por parte de los Estados en virtud de dicho mandato

6 Tomar en consideración lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH), caso González Lluy vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de septiembre de 2015, pues representa uno de los primeros antecedentes en el sistema interamericano de identificación, como tal, de un supuesto de discriminación interseccional. En ese sentido la “Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgos de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que sufrió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente” (párr. 290).

7 RAVETLLAT (2024), pp. 198-201.

convencional. Acto seguido, y en segundo término, se procede al estudio detallado del modo cómo se ha incorporado esta cláusula en la Ley sobre Garantías, norma de bases nacional llamada a marcar un antes y un después en la consideración social y jurídica de la niñez y la adolescencia en Chile⁸.

En suma, y como ya avanzamos en párrafos anteriores, considerar al conjunto de NNA como una categoría en situación de vulnerabilidad, por una simple cuestión etaria, a la que pueden sumarse otros factores interseccionales de discriminación, como podrían ser, por citar solo algunos ejemplos, su nacionalidad, estatus migratorio, condición sexual o identitaria, pertenencia a un pueblo originario, neurodiversidad, necesidades educativas especiales, discapacidad, o privación de libertad, provocan la imperiosa necesidad de visibilizar y actuar, tanto normativa como socialmente, sobre el contexto real en el que crecen y se desarrollan buen número de NNA. Este designio debe alcanzarse no solo poniendo fin a las acciones u omisiones de carácter discriminatorio –en sí mismas consideradas– que afecten, directa o indirectamente, a NNA, sino también exigiendo a los poderes públicos, que en el ámbito de sus respectivas competencias, adopten las medidas –positivas– indispensables para afrontar la situación de discriminación estructural en que se desarrolla el colectivo de ciudadanos integrado por NNA. En otras palabras, el Estado tiene, respecto de todos los NNA que se encuentren bajo su jurisdicción, la obligación de respetar, asegurar, promover y garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos, deber que se impone no solo en relación con el poder del Estado, sino también frente a actuaciones de terceros particulares, derivándose así deberes especiales, los que se determinan en función de las específicas necesidades de protección del sujeto de derecho, producto de su situación de vulnerabilidad, debilidad, limitaciones de madurez y autonomía, ya sea por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentra.

2. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

8 ESTRADA (2023), pp. 316-317 y HENRÍQUEZ (2022), p. 45.

Una de las formas en que se consagra el principio de igualdad es por medio de la prohibición de la discriminación. De este modo, la CDN incluye en su articulado –artículo 2– una cláusula de no discriminación, la cual se entiende como aquella disposición normativa que regula de forma expresa la prohibición de la discriminación, sea ello en términos abstractos o específicos⁹. De esta suerte, abordamos, acto seguido, un análisis de tal previsión convencional de cara a acercarnos a cuáles son los objetivos y alcances del citado principio rector, así como a evidenciar las obligaciones asumidas en virtud del mismo por parte de los Estados ratificantes de la CDN.

2.1. Objetivos y alcances de la cláusula de no discriminación contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño

La inclusión de esta cláusula en la CDN cumple con diversos objetivos: en primer término, permite dar certeza a la prohibición general de realizar discriminaciones; en segundo lugar, genera distintos tipos de obligaciones con respecto a los Estados partes del tratado internacional; y, finalmente, constituye un reforzamiento del derecho a la igualdad, ya que enumera una serie de motivos sobre los que no es posible sustentar diferenciación arbitraria alguna.

Tal y como sostiene el Comité de los Derechos del Niño, este principio rector de la no discriminación, enunciado en el artículo 2 de la CDN, se encuentra sujeto a las disposiciones del propio Tratado internacional, es decir, no tiene una existencia independiente o autónoma, sino que forma parte integral de todos y cada uno de sus preceptos¹⁰. Por ende, esta cláusula se adiciona a cada una de las disposiciones contenidas en la CDN, salvo en aquellos casos en que haya sido incorporada expresa y literalmente en alguno de los artículos del citado texto internacional –como sería el caso del artículo 9.4 de la CDN–¹¹.

9 MCCRUDDEN y PRECHAL (2009), p. 3.

10 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2003), párr. 12.

11 RUIZ-CHIRIBOGA (2012), p. 182.

Asimismo, el artículo 2 de la CDN confiere al derecho de no discriminación dos alcances claramente diferenciados entre sí. Uno referido a su contenido, el cual queda abierto a cualquier situación que pudiera ser constitutiva de discriminación¹². En otras palabras, nos encontramos ante lo que los internacionalistas públicos califican como una cláusula de prohibición de la discriminación de carácter abierto, circunstancia esta que posibilita su aplicación a situaciones que no fueron específicamente contempladas en el momento de la redacción original del precepto en comento¹³. De este modo, el inciso primero del artículo 2 de la CDN ofrece *ab initio* una mención expresa a diversos motivos de discriminación prohibidos por el tratado internacional, como son “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 y el nacimiento”, y, acto seguido, incorpora también como otra de esas causales de interdicción “cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”. Así, cualquier acción perjudicial que se dirija contra los NNA, ya sea que esté vinculada con sus condiciones personales o sociales o con la de sus progenitores o representantes legales, queda vetada, o se entiende que atenta directamente contra las previsiones contenidas en este precepto. Sin ir más lejos, bajo esta disposición restaría prohibido, por ejemplo, discriminar de manera arbitraria a un NNA simplemente por su condición etaria, o por su estado de escolaridad, o por el hecho de la condición sexual de sus progenitores.

La relevancia práctica de optar por este tipo de cláusulas abiertas a la hora de prever normativamente el principio de no discriminación radica en el hecho de que permiten que estas vayan evolucionando, adaptándose a la realidad, sin necesidad de ser alteradas o de que pierdan su aplicabilidad en situaciones donde un acto de índole discriminatorio no quede encuadrado dentro de las características humanas identificadas como prohibidas de forma expresa. En idéntica medida, y debido a la ratificación universal de la CDN, su articulado precisó dotarse de una cláusula de este estilo que le permitiera

12 CARRETTA y BARCIA (2020), p. 92.

13 PALACIOS (2006), p. 6.

adaptar sus previsiones al territorio concreto en que pudiera generarse una situación de discriminación¹⁴. Lo contrario, es decir, un catálogo único –*numerus clausus*– de motivos sobre los que se contemple la discriminación, podría llegar a excluir –dejar fuera– situaciones particulares muy específicas, propias de un contexto geográfico determinado¹⁵.

14 La CDN es el instrumento de derechos humanos que más ratificaciones ha recibido en toda la historia. Todos los países del mundo excepto dos han ratificado sus disposiciones. A fecha de marzo 2025, son 196 los Estados que han ratificado o se han adherido a ella. Asimismo, el texto de la Convención supuso un gran paso hacia adelante porque, por primera vez, se recogieron por escrito en un único documento todos los derechos de los NNA. Se han señalado, no obstante, algunos inconvenientes o efectos negativos inherentes a ese proceso de ratificación tan rápido y masivo. Ciertamente, el que los Estados hayan asumido con tanta naturalidad los mandatos contenidos en este Tratado internacional obedece, sin lugar a dudas, a que sus preceptos están redactados de una forma abierta, amplia e incluso ambigua que, si bien es cierto, permiten su fácil adaptación a las diferentes realidades o contextos en que deben ser aplicados, también denota una cierta percepción de que nos hallamos ante disposiciones con un ligero carácter programático, en otras palabras, que comprometen en poco a los Estados que las han asumido como propias. Si a ello, además, le añadimos la circunstancia de que el mecanismo de control previsto por la propia Convención–el Comité de los Derechos del Niño– es un instrumento sin poder coactivo sobre los Estados partes, nos ofrece como resultado la aceptación cuasi universal de sus previsiones.

15 En los sistemas regionales de protección de los derechos humanos se ha optado por incorporar en sus respectivos tratados internacionales cláusulas de no discriminación del tipo subordinadas, que son aquellas por medio de las cuales los Estados Parte se obligan a reconocer, garantizar y satisfacer todos los derechos contenidos en ellos sin discriminación alguna. Es decir, no gozan de una existencia independiente, sino que forma parte integral de todos y cada uno de los preceptos convencionales que establecen derechos y libertades. En este sentido, se pronuncia el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que señala que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. En un sentido similar encontramos el artículo 2 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, que apunta que “todo individuo tendrá derechos al disfrute de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo por razón de raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otro status”. Finalmente, el artículo 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica estatuye que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su pleno y libre ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El otro alcance que el artículo 2 de la CDN confiere al derecho de no discriminación, en este caso consagrado en su inciso segundo, está referido a las obligaciones que los Estados parte asumen en favor de promover este principio. Así, este derecho no se consagra únicamente como una obligación pasiva que prohíbe todas las formas de discriminación en el goce de los derechos estipulados en la CDN, sino que también exige a los Estados la adopción de medidas apropiadas para garantizar a todos los NNA la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos enunciados en el texto convencional. Por supuesto, lo anterior requiere de la previsión y aprobación por parte de los Estados de medidas positivas encaminadas a corregir situaciones de desigualdad real¹⁶.

2.2. Obligaciones asumidas por los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño a tenor del principio de no discriminación

En virtud de lo apuntado en el apartado anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la CDN, los Estados asumen la obligación de informar periódicamente al Comité de los Derechos del Niño, entre otros asuntos, acerca de si el principio de no discriminación se encuentra constitucionalizado en su ordenamiento jurídico, o bien simplemente desarrollado en su legislación doméstica, así como si esas normas jurídicas incluyen o no todos los posibles motivos de discriminación enumerados en el artículo 2, inciso primero, de la CDN –raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del NNA, de sus padres o de sus representantes legales–. Asimismo, los Estados parte también asumen la obligación de indicar las medidas adoptadas para garantizar el respeto de los derechos enunciados en la CDN a cada NNA que se encuentre bajo su jurisdicción sin discriminación alguna, incluidos, por supuesto, los no nacionales, refugiados y solicitantes de asilo¹⁷.

16 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), párr. 41.

17 El Caso González Lluy vs. Ecuador, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por Sentencia de 1 de septiembre de 2015, representa uno de los primeros antecedentes en el sistema interamericano de identificación, como tal, de un supuesto de discriminación

Lo anterior, igualmente, se traduce en la necesidad de que los responsables de las políticas públicas de niñez y adolescencia informen acerca de las medidas concretas tomadas para reducir las disparidades económicas, sociales y geográficas, incluso entre las zonas rurales y urbanas, a fin de evitar la discriminación de los grupos de NNA más desfavorecidos, entre ellos, los que forman parte de la comunidad de pueblos originarios, los que se encuentran en situación de discapacidad, los no nacionales, inmigrantes, desplazados, refugiados o solicitantes de asilo y los que se encuentran en contextos de extrema pobreza. Tampoco puede obviarse el enfoque o la perspectiva de género, con la intención de eliminar el desequilibrio todavía hoy existente en dicha cuestión¹⁸.

3. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA LEY N°21.430, SOBRE GARANTÍAS Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Siguiendo con lo apuntado en el acápite anterior, y acercándonos ahora a las previsiones de la Ley sobre Garantías, de 15 de marzo de 2022, debemos resaltar la incorporación dentro de sus disposiciones legales, concretamente en su Título II, relativo a los principios, derechos y garantías, de una cláusula general de no discriminación –artículo 8–. Esta cláusula está destinada a desarrollar de manera expresa, en consonancia con lo estipulado en el artículo 2 de la CDN, el principio de igualdad y no discriminación arbitraria. Lo anterior, por supuesto, sin detrimento de la presencia de otras menciones más específicas a este principio rector en otros preceptos de la misma Ley sobre Garantías, si bien en este último caso siguiendo una metodología más bien propia de las conocidas como *cláusulas incorporadas*.

interseccional. En ese sentido la “Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgos de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que sufrió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente” (párr. 290).

18 MORAGA (2022), pp. 128 y 129.

Con la noción de *cláusulas incorporadas*, hacemos referencia a aquellas estipulaciones que representan una reiteración de una previsión general de no discriminación ya contenida en una determinada norma legal –en nuestro caso el artículo 8 de la Ley sobre Garantías–, pero adaptadas, en este caso, a ciertos derechos específicos también previstos en el mismo cuerpo normativo. De esta suerte, en los artículos 2 –principales obligados por esta ley¹⁹–, 19 –principio de inclusión²⁰–, 27 –derecho a vivir en familia²¹–, 29 –libertad de expresión y comunicación²²–, 36 –derecho a la protección contra

19 El artículo 2, inciso 5°, de la Ley N°21.430, de 2022, establece que “corresponde a los órganos de la Administración del Estado, en el ámbito de sus competencias, garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En particular: g) Dar prioridad a los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, *sin discriminación arbitraria alguna*, en el acceso y uso a todo servicio, prestación y recursos de toda naturaleza, sean públicos o privados, necesarios para su completa protección, reparación y restitución, en las debidas condiciones de seguridad y dignidad”.

20 Por su parte, el artículo 19, incisos 1° y 3°, de la Ley N°21.430, de 2022, estatuye: (1) “Los órganos del Estado, en el ámbito de sus competencias, establecerán las medidas necesarias para facilitar la realización personal, y la inclusión social y educativa de todos los niños, niñas y adolescentes y, en especial, de aquellos que por sus circunstancias físicas y psíquicas, o por cualquier otra situación o circunstancia personal, familiar, social o económica, puedan ser susceptibles de recibir *un trato discriminatorio*”; (3) “Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren en territorio chileno, con independencia de su situación administrativa, deben disfrutar de los mismos derechos que los niños, niñas y adolescentes nacionales”.

21 Artículo 27 de la Ley N°21.430, “Ningún NNA podrá ser separado de quien lo tenga legalmente a su cuidado, sin una orden judicial en que se fundamente la necesidad y pertinencia de dicha medida de conformidad con las causales contempladas en la ley. La mera carencia de recursos materiales no podrá ser fundamento de la resolución que ordene la separación de un niño, niña o adolescente de su familia. Sólo en el caso de acreditarse vulneración de derechos, el niño, niña o adolescente podrá ser incorporado a una modalidad temporal de cuidado alternativo que se ajuste a su propio interés superior, prefiriéndose las modalidades basadas en familia o una solución definitiva de cuidado en familia adoptiva, en conformidad con lo dispuesto en la ley. En ningún caso esta medida podrá fundamentarse en *las categorías prohibidas de discriminación consagradas en el artículo 2° de la Ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación*”. (Resaltado propio).

22 Artículo 29, incisos 4° y 5°, de la Ley N°21.430, (4) “Los órganos del Estado velarán para que sus mensajes dirigidos a los niños, niñas y adolescentes promuevan los valores de libertad, igualdad, justicia, solidaridad, *no discriminación arbitraria*, solución pacífica de los conflictos y respeto a todas las personas”; (5) “Los órganos del Estado y los prestadores de servicios de telecomunicaciones fomentarán la comunicación audiovisual para los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, así como el uso de buenas prácticas, con el fin de *evitar cualquier discriminación arbitraria o repercusión negativa a su respecto*”. (Resaltado propio).

la violencia²³-, 41–derecho a la educación²⁴-, 45 –medidas de prevención y protección del embarazo, maternidad y paternidad de menores de dieciocho años²⁵-, 55 –de la publicidad²⁶-, y 57 –definiciones vinculadas con el Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia²⁷-, todos ellos de la Ley sobre Garantías, se recogen referencias, o aplicaciones concretas, relativas al principio objeto de nuestro estudio.

Ahora bien, llegados a este punto, y aun reconociendo y aplaudiendo los avances que la Ley sobre Garantías incorpora en materia de no discriminación arbitraria, no deja de ser cierto que los NNA, como categoría social, siguen lejos de ser considerados como un grupo de ciudadanos o ciudadanas libres de discriminación arbitraria, o si se prefiere despojados de los clásicos estereotipos que tradicionalmente han acompañado a este grupo poblacional por el único y simple motivo de no haber alcanzado aún la mayoría de edad²⁸.

23 Artículo 36, inciso 5°, de la Ley N°21.430, “Los niños, niñas y adolescentes serán protegidos contra cualquier tipo de coacción, *con móvil discriminatorio*, por razones de orientación sexual, identidad o expresión de género, entre otros. Los órganos de la Administración crearán y fomentarán programas sobre los derechos sexuales y respeto a la diversidad de los niños, niñas y adolescentes, que incluya, en su caso, el acompañamiento social a quienes los soliciten, sin perjuicio de la posibilidad del servicio de ofrecerlos libremente”. (Resaltado propio).

24 Artículo 41, inciso 6°, de la Ley N°21.430, “Los órganos de la Administración del Estado competentes tomarán todas las medidas necesarias para que ningún niño, niña o adolescente sea excluido del sistema educacional o vea limitado su derecho a la educación por motivos que puedan ser *constitutivos de discriminación arbitraria*”. (Resaltado propio).

25 Artículo 45, inciso 3°, de la Ley N°21.430, “Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a ser apoyados en el ejercicio de su maternidad y/o paternidad, y no pueden ser presionados o forzados, en modo alguno, a entregar a sus hijos o hijas en adopción. *Se prohíbe toda discriminación* en contra de niños, niñas y adolescentes que viven un embarazo, maternidad y/o paternidad, especialmente, impedirles el acceso o permanencia en establecimientos educacionales”. (Resaltado propio).

26 Artículo 55 de la Ley N°21.430, “La publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes que se divulgue en cualquier medio escrito, audiovisual o telemático debe respetar los siguientes principios de actuación: 2. Exclusión de la violencia, *la discriminación* y de cualquier mensaje que incite al odio”. (Resaltado propio).

27 Artículo 57 de la Ley N°21.430, “2. Ámbitos de actuación. La protección integral de carácter universal es aquella que efectúa el Estado respecto de todo niño, niña y adolescente en los siguientes ámbitos: b) Seguimiento y acompañamiento... se sustenta en el sistema de protección social que se rige bajo principios de universalidad, adaptabilidad y enfoque de ciclo vital, y en *garantías reforzadas para grupos que se encuentren en una mayor situación de desventaja, exclusión o discriminación*”. (Resaltado propio).

28 RAVETLLAT (2023), p. 94.

Tal circunstancia, y lo que es más importante, la adopción de toda clase de medidas para revertir esta realidad se nos antoja del todo imprescindible para lograr efectivizar la igualdad, no solo legal sino también material, de los NNA.

De este modo, y en aras a arrojar cierta luz sobre la cuestión, a la par que aportar algunas reflexiones al respecto del asunto tratado, principiamos este epígrafe con unas breves notas relativas a los aspectos esenciales que informan la Ley sobre Garantías, para, de esta forma, contextualizar el hábitat en el que el principio rector de la no discriminación se hace parte sistémica dentro de la complejidad de esta ley marco²⁹. Efectuadas estas consideraciones generales, se prosigue, a continuación, con el examen pormenorizado de las previsiones contenidas en el artículo 8 de la Ley sobre Garantías, para acercarnos a la cláusula general de no discriminación arbitraria desarrollada en este precepto legal.

3.1. Algunas nociones generales acerca de la Ley sobre Garantías

La aprobación y entrada en vigor de la Ley sobre Garantías ha significado un antes y un después en la consideración y trato que los NNA han venido recibiendo en nuestro ordenamiento jurídico y contexto social.

En ese sentido, y sin ánimo de ser exhaustivos, destacar que Ley sobre Garantías presenta una inequívoca vocación de universalidad que aporta al ordenamiento jurídico chileno una mayor claridad y unidad, al tiempo que facilita una localización más eficiente del derecho aplicable en cada caso concreto, circunstancia ésta con la que se refuerza la seguridad jurídica³⁰. Así, se reúne en un único instrumento legal, a diferencia de lo acaecido con anterioridad, tanto la regulación destinada a NNA en general, en la que se establecen los principios rectores y derechos reconocidos a todas las personas menores de edad residentes en Chile, con independencia de su estatus migratorio, como la destinada a fijar las bases del sistema de protección de

29 VARGAS (2023), pp. 228-235.

30 LATHROP (2024), pp. 237-252; y RAVETLLAT (2021), p. 472.

NNA que se encuentren en una particular situación de vulnerabilidad, para aquellos casos en que los mecanismos sociales de prevención no resulten suficientes y se generen situaciones de riesgo o peligro que deban ser paliadas con las necesarias medidas –subsidiarias en todo caso– de intervención pública, a fin de garantizar que tales eventualidades no se traduzcan en perjuicios irreparables para el NNA³¹.

Otro aspecto vinculado con la Ley sobre Garantías digno de resaltar, es el relativo al cambio de paradigma con respecto a la consideración del NNA como sujeto titular de derechos, pero ello no solo desde una mirada teórica y abstracta, sino incorporando un enfoque del NNA como sujeto capaz de ejercer derechos por sí mismo considerado, si bien con las correspondientes limitaciones en pro de su protección personal y patrimonial³². De este modo, y en contraposición con la perspectiva ofrecida por el Código civil chileno, que recordémoslo trata a las personas menores de edad como incapaces absolutas o relativas, el artículo 23 de la Ley sobre Garantías establece que los NNA “tienen derecho a ejercer los derechos civiles y políticos sin otras limitaciones que las fijadas por las leyes”. En consecuencia, parece extraerse de este precepto que la regla general es la capacidad de ejercicio. Es decir, a cualquier persona natural, a priori, se le atribuye aptitud para actuar de manera eficaz en la puesta en acción de esta categoría de derechos. Ahora bien, este reconocimiento no presenta un carácter absoluto e ilimitado, sino que, por el contrario, su dicción literal incorpora una cortapisa o acotación que viene a confinarla. Tal restricción no es otra que la comprendida tras la expresión “sin otras limitaciones que las fijadas por las leyes”³³.

Ciertamente, este último enunciado presenta como propósito o razón de fondo el de proteger el respeto efectivo de los derechos de los NNA, así como permitir que las leyes especiales que desarrollan de manera completa esta clase de facultades, al estatuir como titulares a los NNA, estén autorizadas

31 ILLANES y CONTRERAS (2022), pp. 319-356.

32 LOVERA (2015), p. 20.

33 RAVETLLAT (2022), pp. 192-196.

a incluir determinados elementos o mecanismos de garantía que eviten los posibles perjuicios que un ejercicio inadecuado o desmesurado de los mismos pudiera llegar a suscitar en la persona del NNA. En otras palabras, aun reconociendo la vital importancia de conceder al NNA legitimación activa para ejercer paulatinamente esta clase de derechos –civiles y políticos–, por resultar ello absolutamente beneficioso tanto para el desarrollo integral de su personalidad como para el crecimiento progresivo de su nivel de autosuficiencia y responsabilidad, también lo es que, en ocasiones, se le limite tal opción por entenderse que puede ser lesiva o contraproducente para su progreso y formación³⁴.

Siendo cierto lo anterior, y permitiéndonos la literalidad del citado artículo 23 de la Ley sobre Garantías atisbar una cierta evolución en el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de los NNA en el ámbito material de los derechos civiles y políticos, es decir, dotando a la niñez y la adolescencia de instrumentos de efectivización y visibilización de su rol como sujetos titulares de derechos, la cuestión varía radicalmente cuando estudiamos los diferentes preceptos de la misma Ley sobre Garantías que desarrollan de manera concisa cada uno de esos derechos. Así, en la inmensa mayoría de los casos, la mera enunciación de la titularidad de derechos, sin mención alguna a la capacidad de ejercicio, o a lo sumo la previsión de remisiones a otros cuerpos normativos que nada resuelven al efecto, provocan que la Ley sobre Garantías no ofrezca, a nuestro entender, una respuesta adecuada y eficiente adaptada a los estándares internacionales que informan sobre la materia, lo que podemos llegar a considerar como una muestra evidente de discriminación estructural. Una vez más, los miedos atávicos circunscritos a la noción de la autonomía progresiva parecen haber calado en el grupo de preceptos que vienen a desarrollar –o mejor dicho a describir– los derechos civiles y políticos, circunstancia esta que no permite superar la conceptua-

34 DOMÍNGUEZ (2014), pp. 21-39 y BARCIA (2016), pp. 211-220.

lización de los NNA como seres débiles, dependientes y subordinados a los parámetros de actuación adulta, lo que no deja de ser, en nuestra opinión, una opción una tanto excluyente y discriminatoria³⁵.

3.2. Igualdad y no discriminación arbitraria

A tenor de lo establecido en el inciso primero del artículo 8 de la Ley sobre Garantías, “los NNA tienen derecho a la igualdad en el goce, ejercicio y protección de sus derechos, sin discriminación arbitraria, en conformidad con la Constitución Política de la República, la CDN y otros tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y la ley”.

Comprobamos, por tanto, como la Ley sobre Garantías prevé una cláusula general que informa e inspira la forma como deben ser reconocidos, garantizados y aplicados todos y cada uno de los derechos contenidos en su articulado, con independencia de que estos sean civiles o políticos o económicos, sociales y culturales. Además, se vincula esta cláusula general con los estándares internacionales dimanantes de las convenciones de derechos humanos, tanto universales como regionales, de las que el Estado chileno forme parte, con una especial mención a la CDN, así como con el texto constitucional y la normativa doméstica aplicable sobre la materia³⁶.

Por lo que a los estándares internacionales se refiere, más allá de lo ya comentado con respecto a la CDN, también existen otros tratados internacionales que contienen estipulaciones específicas con respecto a la igualdad y no discriminación y que se encuentran vigentes y ratificados por Chile. Algunos de ellos presentan un carácter más general, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26) o el Pacto Internacional de

35 TURNER y VARAS (2021), pp. 156-159.

36 En este último caso, nos atrevemos a destacar la importancia de las previsiones de la Ley N°20.609, de 2012, que establece medidas contra la discriminación, norma más comúnmente conocida como la Ley Zamudio. MUÑOZ (2015), pp. 145-167.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 10.3), y otros, en cambio, ostentan una connotación más específica, como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³⁷.

En un contexto más regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) también se refiere al principio de no discriminación e igualdad—artículos 1.1 y 24—en un sentido muy similar al ofrecido por los tratados internacionales de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas. Asimismo, y con la intención de evitar una interpretación discriminatoria del articulado de la CADH con respecto a los derechos de NNA, también debemos considerar lo estipulado tanto por la Opinión Consultiva 21/14 como por la Opinión Consultiva 24/17, ambas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁸.

En la primera, se establece que los NNA ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal³⁹. Precisamente, este es uno de los motivos por los que la CADH dispone que las medidas de protección a favor de los NNA sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos⁴⁰. En consecuencia, la Corte señala que NNA

37 Este mismo sería el caso de la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación Racial.

38 NOGUEIRA (2017), p. 420, afirma rotundamente que “los niños/as poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, teniendo además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”. En ese mismo sentido se pronuncia AGUILAR (2021), pp. 141-174.

39 La Corte IDH en diversas sentencias también ha adoptado idéntico criterio: Corte IDH, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 197; Corte IDH, caso Furlan y familiares vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 230; y Corte IDH, caso Mendoza y otros vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 143.

40 Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 121, y Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño. Obligaciones estatales con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la CIDH constituyen límites al arbitrio o la discrecionalidad de los Estados en relación a niños (interpretación y alcance de los artículos 8 y 25 de la CADH). Opinión Consultiva OC-17 de 28 de agosto de 2002, párr. 24.

gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales y, por ende, el artículo 19 de la CADH –dedicado específicamente a NNA– debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para sujetos que por su desarrollo físico y emocional necesitan de una protección especial⁴¹.

En la segunda, la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos recuerda nuevamente que conforme ha señalado en reiterados casos, los NNA son titulares de los mismos derechos que los adultos⁴², son, en definitiva, sujetos titulares de derechos, y que, además, cuentan con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la CADH, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto⁴³.

Arribados a este punto, y manteniéndonos aun en este ámbito de carácter internacional, debemos señalar que hay parte de la doctrina constitucionalista que identifica en el inciso primero del artículo 8 de la Ley sobre Garantías, concretamente en su mención a “otros tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes”, un defecto normativo –que se reitera en otros preceptos de la propia Ley sobre Garantías, por ejemplo, en su artículo 3–. Ello, en el sentido de que se limitan las fuentes internacionales a las que poder recurrir, reduciéndolas tan sólo a los textos convencionales, lo que restringe las posibilidades de protección de NNA y amenaza las potencialidades de goce efectivo de sus derechos⁴⁴.

De este modo, y siguiendo a Aguilar, puede haber derechos, y, por cierto, principios de interpretación que no se encuentren identificados en los tratados internacionales sino, que, por el contrario, aparezcan en las normas consue-

41 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 66.

42 BASSET (2021), p. 28, identifica esta idea como el principio de la igual dignidad, al afirmar que “cualquiera que sea el desarrollo de la infancia, tanto antes como después del nacimiento y hasta la mayoría de edad, el niño requiere ser tratado con la misma dignidad, debe tener los mismos derechos a la ciudadanía, el mismo acceso a derechos, que cualquier adulto”.

43 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, párr. 149.

44 NOGUEIRA (2016), pp. 301-350.

tudinarias, en los principios generales, o bien, en la misma jurisprudencia internacional, sólo por mencionar algunas de las otras fuentes del derecho internacional⁴⁵.

Referido lo anterior, y dejando atrás el escenario internacional, y adentrándonos ahora en un nivel más doméstico de la cuestión, el inciso primero del artículo 8 de la Ley sobre Garantías, también alberga en su literalidad unrecordatorio referido a que el principio de igualdad y no discriminación ya aparece estipulado en nuestra Carta Fundamental, para ser más exactos en el artículo 1 de la Constitución Política de la República de Chile, disposición que estatuye que las “personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, precepto éste que se encuentra en íntima relación con lo establecido en el artículo 19 N°2 de la misma Carta Magna que consagra la igualdad ante la ley, refiriendo que en Chile no hay personas ni grupos privilegiados⁴⁶.

Asimismo, y a modo de cierre de este sub epígrafe, tampoco podemos obviar, por su evidente importancia, la definición que a nivel nacional se ha otorgado a la noción de *discriminación arbitraria*, la cual se encuentra preceptuada en el artículo 1 de la Ley N°20.609, de 24 de julio de 2012, que establece medidas contra la discriminación⁴⁷. De este modo, dicho precepto se pronuncia del siguiente tenor literal:

Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza

45 AGUILAR (2022), pp. 20-22.

46 ASTUDILLO y ASTUDILLO (2022), pp. 153 y 154.

47 En palabras de Díaz, la noción de categorías sospechosas se refiere “a ciertas propiedades, características, rasgos o condiciones predicables de las personas que en los hechos o en el derecho han estado históricamente relacionadas con un trato discriminatorio”. DÍAZ (2013), pp. 643.

o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

3.3. Categorías prohibidas de discriminación

Una vez referenciada, en su inciso primero, esa cláusula general de igualdad, el inciso segundo del artículo 8 de la Ley sobre Garantías contiene, al igual que observamos que acontecía con el artículo 2 de la CDN, una cláusula abierta de no discriminación, en la que junto con un listado de situaciones o características personales sobre las que se encuentra prohibida la discriminación, también incorpora la voz “cualquier otra condición, actividad o estatus”, la cual amplía el catálogo de protección a circunstancias no establecidas expresamente en su texto. En este sentido, dicho inciso reza del siguiente modo:

Ningún niño, niña o adolescente no podrá ser discriminado en forma arbitraria en razón de su raza, etnia, nacionalidad, cultura, estatus migratorio, carácter de refugiado o asilado, idioma, opinión política o ideología, afiliación o asociación, religión o creencia, situación de discapacidad o socioeconómica, de maternidad o paternidad, nacimiento, sexo, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, estado civil, edad, filiación, apariencia personal, diferencias que el niño, niña o adolescente tenga o haya tenido a causa de su desarrollo intrauterino, salud, estar o haber sido imputado, acusado o condenado por aplicación de la Ley N°20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, o en razón de cualquier otra condición, actividad o estatus suyo o de sus padres y/o madres, familia, representantes legales o de quienes lo tengan legalmente a su cuidado.

Efectivamente, constatamos como el precepto en cuestión enuncia como factores prohibidos de discriminación aquellos motivos inmutables o inmodificables por la propia voluntad del NNA –como serían, por ejemplo, la raza o la etnia– así como aquellos elementos históricos vinculados con prácticas excluyentes de antigua data –entre otros: la religión o creencia, el estatus migratorio o la nacionalidad–, los cuales por su mera presencia, incrementan de manera exponencial las opciones de sufrir un tratamiento diferenciado de carácter arbitrario en cualquier contexto del devenir diario de un NNA⁴⁸. En otras palabras, la protección especial sobre estas características se sustenta en la discriminación histórica, institucional y social que recae sobre algunos grupos sociales –entre los que se encuentran los NNA– y, que, en virtud del principio de igualdad, deben adoptarse las medidas necesarias para, de una vez por todas, tratar de ponerles fin⁴⁹.

De igual modo, la Ley sobre Garantías ordena al Estado, inciso tercero del artículo 8, velar por la efectividad de los derechos de NNA en igualdad de condiciones e impone a sus órganos el deber de adoptar medidas concretas para identificar individuos o grupos discriminados arbitrariamente; implementar las medidas reforzadas que sean necesarias para la eliminación y la reducción de las causas de discriminación arbitraria; y, contribuir tanto a la adecuación del entorno físico y social como a las necesidades específicas de NNA que puedan ser sujetos de discriminación arbitraria. En este sentido, creemos que las niñas y las adolescentes debiesen prontamente identificarse como un colectivo que experimenta discriminación por razones de género y, a partir de ahí, visibilizar los diversos ámbitos en que se produce discriminación, promover la reducción de las brechas de género y favorecer la participación de niñas y adolescentes de manera igualitaria en los más diversos ámbitos de la vida pública y privada⁵⁰.

48 DULITZKY (2007), p. 17.

49 LUAN (2024), pp. 44 y 45.

50 MORAGA (2022), pp. 128 y 129.

Finalmente, evidenciar que el artículo 8 de la Ley sobre Garantías no incorpora en su redactado mención alguna acerca ni del instrumento ni de la autoridad competente a la cual acudir en el caso de que se produzca una infracción en los términos estipulados en el precepto objeto de nuestro análisis. En este sentido, y tal y como apunta Estrada, el artículo en cuestión parece no dialogar en exceso con la normativa nacional vigente en materia de no discriminación, concretamente con la Ley N°20.609 –Ley Zamudio–, pues esta última cuenta con su propio mecanismo de reclamación, una acción de discriminación no arbitraria, de la cual es competente el juzgado civil del domicilio de la persona afectada o del domicilio del responsable de la acción u omisión, siempre a elección de la presunta víctima⁵¹. Pues bien, el interrogante que se nos genera, ya que Ley sobre Garantías guarda silencio al respecto, es si debe ser esta la vía a seguir o, por el contrario, es de aplicación el procedimiento protección al –administrativo o judicial, según el caso– previsto en la Ley N°21.430. Caso de ser posible la primera de las opciones –circunstancia ésta que a priori pareciera más que razonable–, nos topamos con el inconveniente de que dicho procedimiento no se encuentra particularmente adaptado al enfoque de derechos de NNA. También podría instarse un recurso de protección, instrumento legal que permite a cualquier persona –incluidos NNA– solicitar la protección de sus derechos y garantías constitucionales ante actos u omisiones arbitrarias o ilegales que los amenacen, perturben o priven de su ejercicio (art. 20 Constitución Política de la República).

4. CONCLUSIONES

En primer lugar, del redactado tanto del artículo 2 CDN como del artículo 8 de la Ley sobre Garantías se advierte claramente la interacción de la cláusula general de no discriminación con el resto de derechos reconocidos a NNA en sendas disposiciones normativas, internacional la primera y nacional la segunda, verificándose, además, de este modo, el principio de interdependencia e interrelación de los derechos de la niñez y la adolescen-

51 ESTRADA (2022), pp. 6-9.

cia. En definitiva, esta cláusula se proyecta sobre todos los derechos, con independencia de su tipología, y en virtud de ello es que los NNA ostentan el derecho a ejercerlos sin ningún tipo de discriminación, incluida la derivada de una mera cuestión etaria.

En segundo término, los motivos por los que procede la discriminación se encuentran estipulados de forma abierta, es decir, siguiendo un sistema de *numerus apertus*. Ello queda justificado por las locuciones contenidas en los artículos en comento, que son del estilo de “cualquier otra condición” o “cualquier otra condición, actividad o estatus”, las que como puede comprobarse amplían el espectro de posibilidades sin limitación. De esta suerte, cualquier causa de discriminación puede ser considerada como suficiente para vulnerar estas disposiciones legales, siempre y cuando, eso sí, el tratamiento diferenciado no tenga razonabilidad o no acaezca en un ejercicio razonable de la función protectora.

Finalmente, y en tercer lugar, el principio de no discriminación exige tomar en consideración los problemas derivados de la interseccionalidad. Como se ha señalado a lo largo de este artículo, la interseccionalidad viene a erigirse en un marco teórico que ilustra el modo cómo la identidad social constituida por la raza, género, clase o estatus migratorio, por citar solo algunas, puede superponerse con la categoría de NNA, generando situaciones nuevas y particularmente críticas de vulnerabilidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2021): El derecho a la identidad (de género) en el sistema interamericano de derechos humanos, en: RAVETLLAT, Isaac y LEPIN, Cristián (eds.): *Identidad de Género* (Valencia, Thomson Reuters), pp. 141-174.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2022): Los derechos de la niñez y su incorporación en el Derecho chileno, en: RAVETLLAT, Isaac y MONDACA, Alexis (eds.): Comentarios a la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 19-51.

ASTUDILLO MEZA, Constanza y ASTUDILLO GONZÁLEZ, Camila (2022): Reflexiones en torno al derecho a la inclusión de niños, niñas y adolescentes, en: RAVETLLAT, Isaac y MONDACA, Alexis (eds.): Comentarios a la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 147-170.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2016): Derechos fundamentales y autonomía progresiva de la infancia, en: LEPIN, Cristian (ed.): Estudios de Derecho Familiar I (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 211-220.

BASSET, Úrsula (2021): Los principios del derecho de la infancia, en: MONDACA, Alexis; Illanes, Alejandra y Ravetllat, Isaac (eds.): Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 17-51.

CARRETTA MUÑOZ, Francesco y BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2020): Convención de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en el contexto judicial (Santiago de Chile, Academia Judicial de Chile).

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2003): Observación General N°5, sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), de 27 de noviembre de 2003. –Documento CRC/C/GC/5–.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2005): Observación General N°14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, de 29 de mayo de 2013. –Documento CRC/C/GC/14–.

DAVID, Valeska y NASH, Claudio (2010): Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos, en: NASH, Claudio y MÚJICA, Ignacio (eds.): Derechos Humanos y Juicio Justo (Lima, Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos), pp. 159-212.

DÍAZ GARCÍA, Iván (2015): “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”, en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 40, N°2), pp. 635-668.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2014): Responsabilidad civil y tratamiento de incapaces y discapacitados en la Ley N°20.584, en: MILOS, Paulina y CORRAL, Hernán (eds.): Derechos y deberes de los pacientes. Estudios y textos legales y reglamentarios (Santiago de Chile, Extensión Jurídica), pp. 29-39.

DULITZKY, Ariel (2007): “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, en: Anuario Derechos Humanos (N°3), pp. 15-32.

ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco (2022): Apuntes respecto de la Ley N°21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de Niñez y Adolescencia. Disponible en: https://www.afunpro.cl/sites/default/files/202205/ESTRADA_2022_Apuntes_Ley_N_%2021.430.pdf [Fecha de última consulta: 04.03.2025].

ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco (2023): “Promesas pendientes. Panorama y aspectos críticos de la Ley N°21.430, de garantías y protección de derechos de la niñez”, en: Revista de Ciencias Sociales (N°82), pp. 311-367.

ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco y VALENZUELA RIVERA, Ester (2023): Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia (Santiago de Chile: Academia Judicial de Chile).

HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio (2022): *Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Análisis crítico de la Ley N°21.430* (Santiago de Chile, Ediciones DER).

ILLANES VALDÉS, Alejandra y CONTRERAS SAAVEDRA, Paul (2022): *Protección especializada en el contenido del sistema de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. La protección dentro de la protección*, en: MONDACA, Alexis y RAVETLLAT, Isaac (eds.): *Comentarios a la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 319-356.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2024): *Ley de Garantías y Protección Especializada: ajustes necesarios ante un cambio de paradigma*, en: LATHROP, Fabiola (dir.): *Perspectivas globales sobre el Derecho de Familias. Actas del Congreso Internacional de Derecho de Familias 2023* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 237-252.

LOVERA PARMO, Domingo (2015): *Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: Necesidad de un sistema de Garantías reforzadas* (Santiago de Chile, UNICEF).

LUAN RAMOS, Dominique (2021): “Discriminación interseccional, desarrollo del concepto, inclusión en la jurisprudencia del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, el concepto en la jurisprudencia nacional”, en: *Revista de Estudios Constitucionales* (N°2), pp. 38–70.

LUAN RAMOS, Dominique (2024): “Igualdad material, discriminación interseccional y su recepción en la jurisprudencia internacional e interamericana”. Tesis para optar al grado de doctora en Derecho por la Universidad de Talca.

MCCRUDDEN, Christopher y PRECHAL, Sacha (2009): The concepts of equality and non-discrimination in Europe: a practical approach. Disponible en: [Fecha de última consulta: 04.03.2025].

MORAGA CONTRERAS, Claudia (2022): Perspectiva de género en la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, en: MONDACA, Alexis y RAVETLLAT, Isaac (eds.): Comentarios a la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 111-145.

MUÑOZ LEÓN, Fernando (2015): “Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre la Ley Zamudio entre 2012 y 2015”, en: Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile) (Vol. 28, N°2), pp. 145-167.

NEWMANN, Constance; NAYEBARE, Alice; NIDIAYE, Ndeye; OKELLO, Patrick; GUEYE, Abdou; BIJOU, Sujata; BA, Selly; GAYE, Sokhna; COUMBA, Ndeye; GUEYE, Babacar; DIAL, Yankouba; y NDOYE, Maimouna (2023): “Systemic structural gender discrimination and inequality in the health workforce: theoretical lenses for gender analysis, multi-country evidence and implications for implementation and HRH policy”, en: Human Resources for Health (Vol. 21, N°37), pp. 2-12.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2016): “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control, y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia”, en: Estudios Constitucionales (Vol. 13, N°2), pp. 301-350.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2017): “La protección convencional de los derechos de los niños y los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre medidas especiales de protección por parte de los

Estados partes respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los derechos de los niños y los adolescentes”, en: *Revista Ius et Praxis* (Vol. 23, N°2), pp. 415-462.

PALACIOS Zuloaga, Patricia (2006): *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación* (Santiago de Chile, Lom Ediciones).

RAUPP RIOS, Roger y DA SILVA, Rodrigo (2014): “Derecho de la anti-discriminación, discriminación interseccional y discriminación múltiple: Concepto y relevancia en el derecho brasileño y en el sistema interamericano de derechos humanos”, en: *Revista General de Derecho Constitucional* (N° 19), pp. 1-21.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2021): *Protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento jurídico chileno: más allá de una mera visión proteccionista*, en: CILLERO, Miguel; MALDONADO, Francisco y VALENZUELA, Ester (eds.): *Protección frente a la violencia contra niños, niñas y adolescentes en Chile. Aspectos jurídicos y sociales* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 465- 507.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2022): *Derechos civiles y políticos en la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia*, en: RAVETLLAT, Isaac y MONDACA, Alexis (eds.): *Comentarios a la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 191-224.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2023): *El derecho de niñas, niños y adolescentes a tomar decisiones sobre su propio cuerpo en el ámbito sociosanitario*, en: MONDACA, Alexis; ILLANES, Alejandra y RAVETLLAT, Isaac (eds.): *Lecciones de derecho de la infancia y adolescencia II. El principio de autonomía progresiva* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 93-115.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2024): *La Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña: Reflexiones acerca de los derechos de la infancia y la adolescencia desde la teoría y la práctica* (Valencia, Tirant Lo Blanch).

RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo (2012): Cláusulas autónomas subordinadas e incorporadas de igualdad y no discriminación en el sistema interamericano, en: MEJÍA, Joaquín (ed.): *Los derechos humanos en las sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras* (Tegucigalpa, Editorial Casa San Ignacio), pp. 175-218.

SABA, Roberto (2005): “(Des) igualdad estructural”, en: *Revista Derecho y Humanidades* (Nº 11), pp. 123-147.

TURNER SAELZER, Susan y VARAS BRAUN, Juan Andrés (2021): “Adolescentes en Chile: propuesta de armonización de su condición de relativamente incapaces con el reconocimiento de su autonomía progresiva”, en: *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia) (Nº 40), pp. 149-171.

VARGAS MORALES, Ricardo (2023): La calidad de sujeto de derecho de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito civil patrimonial contractual como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño, en: RIVEROS, Carolina; MONDACA, Alexis, y RAVETLLAT, Isaac (eds.): *Derecho y grupos en situación de vulnerabilidad: personas mayores, inmigrantes, niños, niñas y adolescentes y personas de género diverso* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 207–250.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley Nº21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Diario Oficial, 15 de marzo de 2022.

Ley N°20.609, establece medidas contras la discriminación, de 24 de julio de 2012.

Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, de 27 de julio de 1981.

Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC–17/2002 de 28 de agosto de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de febrero de 2011, “caso Gelman vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de febrero de 2012, “caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 31 de agosto de 2012, “caso Furlan y familiares vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 14 de mayo de 2013, “caso Mendoza y otros vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC–21/14, de 19 de agosto de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 1 de septiembre de 2015, “caso González Lluy vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017.

LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LOS NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES: ALCANCES Y CRITERIOS DE APLICACIÓN¹

THE PROGRESSIVE AUTONOMY OF CHILDREN AND ADOLESCENTS: SCOPE AND CRITERIA FOR APPLICATION

Maricruz Gómez de la Torre*


Resumen:

El presente trabajo examina los fundamentos jurídicos de la autonomía progresiva, su relación con el interés superior del niño y el derecho a ser oído en la Convención sobre los Derechos del Niño, así como los desafíos prácticos y culturales en su implementación efectiva en la Ley N°21.430.

Palabras claves:

Sujeto de derecho, Autonomía progresiva, Interés superior del niño, Derecho del niño a ser oído, Participación.

¹ Artículo recibido el 6 de agosto de 2025 y aceptado el 11 de octubre de 2025.

* Doctora en Derecho Universidad Complutense de Madrid, profesora titular Departamento Derecho Privado, Facultad de Derecho Universidad de Chile,  0000-0002-7474-3291. Dirección postal: Santa María 076, Providencia, Chile. Correo electrónico: maricruz@derecho.uchile.cl.

Abstract:

This paper examines the legal foundations of progressive autonomy, its relationship to the best interests of the child and the right to be heard in the Convention on the Rights of the Child, as well as the practical and cultural challenges in its effective implementation in Law N°21.430.

Keywords:

To subject of law, Progressive autonomy, Best interests of the child, The child's right to be heard, Participation.

1. INTRODUCCIÓN

La situación de la niñez y la adolescencia ha tenido una evolución importante en materia de consideración jurídica. Ha sido integrada de manera gradual en los diferentes sistemas jurídicos, desde la etapa de la inexistencia hasta la del reconocimiento paulatino de sus derechos.

En la etapa de la inexistencia, los niños, niñas y adolescentes (NNA) eran ignorados por el derecho. No se les consideraba en ningún aspecto². Posteriormente, fueron considerados objeto de protección del Estado y de la sociedad, en general, a través de una lógica asistencialista y de tutela (Doctrina de la Situación Irregular).

2. ANTECEDENTES DE LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A LA DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DEL NIÑO

Será la Convención sobre los Derechos de los Niños (CDN) la que propone una visión distinta de protección no sólo de los derechos y necesidades de los NNA, sino del papel que los Estados deben cumplir para que esos derechos

2 MIZRAHI (2006), p. 145.

y necesidades sean efectivamente garantizados. Ya los NNA no serán un sujeto pasivo, un mero objeto de protección de derechos, sino que pasan a ser un sujeto activo de derechos, con su propia identidad³.

A partir de la CDN se comenzó a desarrollar una nueva etapa en el tratamiento de la niñez, lo que hoy se reconoce como Doctrina⁴, que persigue consolidar la concepción del niño como sujeto de derechos autónomos, obligando a los Estados a adecuar sus ordenamientos internos a los principios y postulados de la CDN⁵.

Ser sujeto de derecho no debe ser comprendido sólo en un sentido lógico, de ente susceptible de adquirir derechos. Debe ser entendido también en un sentido ético, como lo opuesto a un objeto que puede ser manipulado por los adultos⁶. Los derechos que se les otorgan a los NNA configuran un poder destinado a tutelar sus intereses vitales, mediante el reclamo de determinados comportamientos, tanto por parte del Estado como de las personas que los tienen bajo su cuidado⁷.

Se impone una especial obligación a quienes se encuentren llamados a adoptar decisiones respecto de un NNA en el sentido de considerar siempre su autonomía actual y futura. Esa autonomía en desarrollo⁸ le reconoce la “capacidad para construir, en una constante evolución, su propia personalidad, para diseñar su proyecto de vida”⁹.

Por su parte, la CDN se funda en cuatro principios generales que conforman las disposiciones marco de la CDN y son importantes para su estructura general:

3 LEAL (2023), p. 25.

4 GARCIA MENDEZ (1995), p. 303.

5 GÓMEZ DE LA TORRE (2017), p. 48.

6 GROSMAN (1980), p. 5.

7 GROSMAN (1998), pp. 45-46.

8 BARCIA (2006), pp. 142.

9 SCHUDECK (2002), p. 10.

- Principio de No-discriminación: todos los derechos se aplican a todos los NNA sin excepción. Es obligación del Estado protegerlos frente a cualquier forma de discriminación y promover activamente sus derechos (Artículo 2).

- Interés superior del niño: todas las acciones que conciernen al NNA deben ser en aras de su interés superior, lo más conveniente para él o ella (artículo 3).

- El Estado tiene la obligación de garantizar la supervivencia y el desarrollo del niño (artículo 6).

- Principio de Participación: los NNA tienen el derecho de involucrarse en las decisiones que los afectan. El Artículo 12 obliga a los Estados a garantizar que las opiniones de los NNA sean solicitadas y consideradas en todos los asuntos que afecten sus vidas (artículo 12).

Gracias a la CDN, se construyó jurídicamente lo que se entiende por niñez. Esta se basa en tres principios relacionados: el interés superior, la autonomía progresiva y el derecho a ser Oído. A su vez, los Estados asumen la obligación de crear mecanismos jurídicos para dar cumplimiento a la aplicación de todo el catálogo de derechos y garantías que establece la CDN¹⁰.

Como puede apreciarse dentro de los principios marcos encontramos la autonomía progresiva, que posibilita el derecho del niño a ser oído y su derecho a la participación. De tal manera, el derecho del NNA a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta se vincula y estructura a partir del principio de su interés, entendido como la satisfacción integral de sus derechos, pues no es posible la plena satisfacción de sus derechos sin darle la oportunidad de ser oído¹¹.

10 LEAL (2023), p.27.

11 GÓMEZ DE LA TORRE (2018), p.128.

3. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA

3.1. Autonomía progresiva en la CDN

El concepto de autonomía progresiva no está definido en la CDN, pero es abordado en los artículos 5 y 12, pero sí está la evolución o desarrollo de las facultades del NNA, por lo que ha sido labor de la doctrina analizar y estudiar cuál es su alcance. A su vez, el derecho a ser oído y el derecho a la participación, constituyen unas de las manifestaciones de ejercer la autonomía progresiva.

Al analizar el principio de la autonomía progresiva vemos que el artículo 5 de la CDN¹² le reconoce a un NNA autonomía, la que se va ampliando de acuerdo con la *evolución de sus facultades*, edad, grado de madurez e interés.

¿Qué quiere decir con la *evolución de sus facultades*? Significa, básicamente, que hay un desarrollo progresivo de las capacidades cognitivas, emocionales y de toma de decisiones de un NNA a medida que crece y madura, en el ámbito del ejercicio de sus derechos y responsabilidades.

Por su parte, el artículo 12¹³ garantiza a todo NNA 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

12 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1990), artículo 5 “Los Estados Parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

13 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1990), artículo 12 “1. Los Estados Parte 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 la 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”.

sus opiniones, en función de su edad y madurez. Agrega, que se dará en particular al NNA la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, 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.

Como la interpretación del artículo 12 fue controvertida, el Comité de los Derechos del Niño dictó la Observación N°12 para absolver las dudas que surgieron. Analiza este artículo, informando cómo debe ser interpretado y constituye el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos. Es decir, reconociéndoles participación en las decisiones que afecten su vida¹⁴.

A ese efecto, señala que los criterios establecidos no deben verse como limitación, sino como una obligación para los Estados Parte de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados Parte deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones. Asimismo, deben garantizar condiciones “para expresar opiniones en que se tenga en cuenta la situación individual y social del niño y un entorno en que el niño se sienta respetado y seguro cuando exprese libremente sus opiniones”¹⁵.

Además, indicó que el proceso de implementación de este derecho ha llevado a la utilización de un término más amplio, como el de participación,¹⁶ lo que hace que actualmente se utilice este concepto para hablar de él. Sin embargo, el concepto de participación engloba diferentes acepciones, dependiendo del contexto que se habla. Cuando hablamos de él, en el ámbito judicial y administrativo, lo entenderemos asociado al derecho a ser oído, directa e indirectamente; el de ser representado; el de iniciar procedimientos; el de acceder al expediente y el de recurrir¹⁷.

14 CONTRERAS (2023), p.118.

15 COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009), Observación general N°12.

16 COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, (2009), Observación general N°12 el derecho del niño a ser escuchado.

17 CONTRERAS (2023), p.119.

Si bien la CDN analiza el ejercicio de la autonomía progresiva no desarrolla cómo aplicar este principio.

3.2. Aplicación legislativa en Chile

En el marco de la Ley N°21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, este principio adquiere importancia por su aplicación transversal y sus implicancias tanto en la función parental como en las decisiones judiciales y administrativas.

La autonomía progresiva implica ser sujeto de derecho que, de acuerdo con la evolución de sus facultades, adquiere paulatinamente la capacidad de ejercicio por sí, de sus derechos. A su vez, significa admitir que ese sujeto de derecho tiene la facultad de decidir cuándo y en qué condiciones ejerce tales derechos. También, tiene la facultad de renunciar a su ejercicio¹⁸.

En esta ley tres son los principales ejes normativos: autonomía progresiva, interés superior del niño y derecho a ser escuchado.

El principio de la autonomía progresiva ha sido recogido en la Ley N°21.430 en su doble proyección, como orientador de la efectivización de derechos para su ejercicio en forma directa¹⁹ y como factor constitutivo de la opinión de los NNA la que debe ser oída en toda medida que les afecte²⁰.

18 PEREZ (2006), pp. 249-275.

19 Ley N°21.430, de 2022. Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Artículo 17 “Los derechos de los niños, niñas y adolescentes son progresivos, tanto en la gradualidad que implica su plena consecución, como en la mejora sostenida de su disfrute. El Estado asegurará su efectividad y pleno goce mediante acciones y programas de corto, mediano y largo plazo, los que siempre deberán mejorar el disfrute de los derechos, prohibiéndose su regresividad”.

20 ALVAREZ (2023), p. 49.

El artículo 11 de la Ley N°21.430²¹, concretiza lo que se entiende por *Autonomía progresiva*, indicando que todo NNA podrá ejercer sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades, atendiendo a su edad, madurez y grado de desarrollo, salvo que la ley limite este ejercicio, tratándose de derechos fundamentales.

Agrega, que durante el proceso de crecimiento los NNA van desarrollando 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 NNA 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 (artículo 11).

El ejercicio progresivo, de acuerdo con la evolución de sus facultades, implica que los NNA 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 mejor²².

a) La función orientadora de los adultos en la autonomía progresiva

21 Ley N°21.430, de 2022. Artículo 11 “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”.

22 GÓMEZ DE LA TORRE (2018) p.119.

A los progenitores o adultos responsables les corresponde guiar y acompañar a los NNA en el ejercicio de sus derechos y deberes. Esta función no es fija: deben adaptar constantemente los niveles de apoyo y orientación en función del desarrollo del NNA, considerando sus capacidades para tomar decisiones autónomas y comprender su interés superior. La madurez, más que la edad cronológica, es el criterio para determinar el nivel de autonomía: implica la capacidad de expresar opiniones razonables e independientes y de evaluar consecuencias jurídicas de sus acciones.

De lo señalado, se puede concluir que no se establece una edad mínima para determinar el ejercicio de la autonomía progresiva, la cual se vincula con el grado de madurez. A mayor edad, ocurre un mayor grado de madurez lo que da por resultado un afianzamiento progresivo en la voluntad de los NNA²³. A su vez, la madurez se relaciona con la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de la ejecución de un acto. Se entiende por madurez la capacidad de un menor de expresar sus opiniones de manera razonable e independiente y de poder evaluar los efectos jurídicos derivados de la ejecución de un acto o acción.

La Defensoría de la Niñez ha indicado que esta madurez se adquiere a medida que los NNA se desarrollan física y mentalmente, por lo que en la infancia temprana los adultos deben velar por sus derechos, mientras que en la adolescencia ellos mismos pueden ejercerlos progresivamente²⁴.

b) Jurisprudencia y enfoque normativo sobre la autonomía progresiva

La jurisprudencia nacional ha comenzado a incorporar de manera más explícita el principio de autonomía progresiva. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago ha sostenido que la

23 CARRETAS Y BARCIA (2019), p. 107.

24 DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ (s/f).

Ley 21.430, en su artículo 11, consagra, el principio de autonomía progresiva que reconoce que 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, de modo que, solo cabe entender que estos adolescentes, tienen una responsabilidad mayor en la ejecución de los hechos, en relación a niños de menor edad²⁵.

Esta evolución supone un aumento en su responsabilidad, aunque con frecuencia la normativa enfatiza más los derechos que las obligaciones y responsabilidades.

A los progenitores o persona que esté a cargo de NNA les corresponde dirigir y orientar al NNA para que pueda ejercer sus derechos, lo que implica que éstos tienen la responsabilidad de ir variando permanentemente los niveles de apoyo y orientación que otorgan al NNA. Estas modificaciones 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. En otras palabras, la autonomía es inversamente proporcional, a menor autonomía del NNA, mayor orientación y apoyo de los padres o personas a su cargo. A mayor autonomía del NNA, menor apoyo y orientación por parte de los progenitores o personas que estén a cargo de él o ella²⁶. La relación es inversamente proporcional.

c) Controversias en torno a la autonomía y al derecho preferente de los padres

La aplicación de la autonomía progresiva ha generado tensiones con sectores que consideran que este principio puede vulnerar el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos conforme a sus valores y creencias religiosas. En un recurso ante el Tribunal Constitucional se argumentó que

25 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 13910-2024, de 09 de agosto de 2024.

26 GÓMEZ DE LA TORRE (2018), p. 132.

esta autonomía “les permiten, progresivamente, requerir menor dirección y orientación por parte de sus padres y/o madres, representantes legales o las personas que los tengan legalmente a su cuidado”²⁷. En otro recurso, se advirtió que esta autonomía desplaza el eje central desde la autoridad tutelar de los padres hacia la voluntad de los hijos²⁸.

Sin embargo, tales planteamientos son desvirtuados con el argumento de que la voluntad del NNA no es determinante por sí sola: si es contraria a su interés superior, prevalecerá la decisión del adulto o de la autoridad competente. Como ha sostenido la doctrina, una infancia y adolescencia protagonista no debe ser vista como una amenaza al rol parental, sino como una evolución coherente de sus derechos.

También, se desvirtúa indicando que “una infancia y adolescencia protagonista implica necesariamente la participación de los niños, niñas y adolescentes en su entorno vital más cercano”²⁹ lo que, en todo caso, precisa el autor, “no debe leerse y mucho menos interpretarse, como si de una arma arrojadiza se tratara frente al derecho-deber preferente de los progenitores de educar a sus hijos e hijas”³⁰. Agrega, “Tal concepción, estimamos es parcial, tendenciosa y, si nos apura, incluso mal intencionada”³¹.

Aplicando un criterio realista, la aceptación mayoritaria del principio de autonomía progresiva requiere de tiempo, puesto que supone un cambio cultural. En dicho cambio, corresponderá un rol protagónico a las nuevas generaciones, es decir, a los que hoy días son NNA, incluyendo a aquellos a quienes no se les respeta su autonomía progresiva³².

d) Derecho a ser oído y su vínculo con la autonomía progresiva

27 Véase Tribunal Constitucional, Rol 11.315/11.317-2021 (acumulada), de 26 julio de 2021.

28 Tribunal Constitucional, Rol 15.276- 2024, de 08 de abril de 2024.

29 RAVETTLAT (2020), p. 308 en ILLANES (2023), p. 172.

30 Ibid.

31 Ibid.

32 MONDACA (2023), p. 222.

Desde otra perspectiva, una de las formas de hacer efectiva la autonomía de los NNA es recabar cuál es su opinión respecto de medidas, acciones que le van a afectar. Aquí se ve claramente la conexión entre autonomía progresiva, derecho a ser oído e interés superior del NNA.

Una forma concreta de ejercer la autonomía progresiva es a través del derecho a ser oído. El artículo 28 de la Ley de Garantías establece que todo NNA tiene derecho a expresar su opinión y que ésta sea debidamente considerada según su edad, madurez y grado de desarrollo. Esto aplica especialmente en procedimientos judiciales o administrativos que puedan afectar sus derechos o intereses, tales como asuntos familiares, escolares, sanitarios, comunitarios y judiciales.

Cabe señalar que la opinión del NNA no es vinculante para el juez. Cuando sea contraria a la del menor, el o la magistrada debe atender a las condiciones específicas del NNA y su interés. Ante distintas interpretaciones, siempre se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del NNA.

El límite a la discrecionalidad del juez es la evaluación del interés del NNA. El artículo 7, inc. 2° de la Ley de Garantías establece que todo NNA 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 cuando se evalúen y sopesen los distintos intereses involucrados en el asunto³³. Agrega, que

33 Ley N°21.430, de 2022. Artículo 7, “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.

para su determinación se deberá tomar en cuenta entre otras circunstancias específicas: la opinión que el NNA 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 y la autonomía del niño, niña o adolescente y su grado de desarrollo (inciso 4°, b y f).

La jurisprudencia internacional ha sido clara al respecto. En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que los NNA deben ser informados de su derecho a ser escuchados, ya sea directamente o mediante representantes. En el punto 197 del fallo se destaca que el interés superior del niño no puede aplicarse correctamente si no se garantiza su derecho a ser oído.

e) Facultades judiciales y estándares de valoración

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.”

El derecho de los NNA a que su opinión sea tomada en cuenta se vincula con el derecho al debido proceso, uno de cuyos elementos fundamentales es el derecho a la defensa. Al respecto, la Ley N°21.430 en su artículo 50 señala:

Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a que en todos los procedimientos administrativos y judiciales se le respeten las garantías de un proceso racional y justo, y se le aseguren, entre otros, el derecho de tutela judicial; el derecho a ser oído; el derecho a ser informado del procedimiento aplicable y de los derechos que le corresponden en el proceso; el derecho a una representación jurídica y/o judicial distinta de la de sus padres y/o madres, representantes legales, o de quienes los tengan legalmente bajo sus cuidado, en caso de intereses incompatibles; el derecho a una representación judicial especializada para la defensa de sus derechos; el derecho a presentar pruebas idóneas e independientes; el derecho a recurrir; así como los derechos y garantías que le confieren la Constitución Política de la República, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y las leyes.

El derecho del NNA a ser oído implica “que pueda expresar su opinión y que a ésta se le otorgue un peso adecuado. No implica el reconocimiento de la autodeterminación. Si, implícitamente conlleva que también pueda abstenerse de hacerlo y que cuente con toda la información necesaria para manifestar dicha opinión”³⁴. Asimismo, se encuentra íntimamente ligado al derecho de la libertad de expresión y a recibir información y es interdependiente con el derecho a la consideración primordial de su interés superior. “También, se encuentra estrechamente vinculado con el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, dado que son éstos, en primera instancia los encargados de orientar y entregar información a los NNA; y a su vez se relaciona con el concepto de autonomía progresiva”³⁵.

34 CONTRERAS (2023), p.118.

35 Ibid.

Por su parte, los Tribunales de familia han incorporado al procedimiento de los juicios de familia, escuchar la opinión del NNA y considerar su interés superior, en materias como cuidado personal y régimen de relación directa y regular.

Al respecto, Greeven y Carreta, señalan:

El o la juez de familia no puede en ningún caso pasar por alto la posibilidad de escuchar a un niño, como tampoco puede dejar de considerar su interés superior. Siempre debe dejar constancia, en toda resolución, de que cumplió con dicha exigencia, incluso cuando haya decidido no entrevistar al niño por causas justificadas. Por cierto, es axiomático pensar que para establecer el interés superior de un niño se debe partir por indagar aquello que este quiere o le afecta. Y no hay mejor forma de hacerlo que consultándole, si ello es posible³⁶.

En consecuencia, el juez o jueza sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso³⁷.

Cabe señalar que este derecho a participar es renunciable, de forma tal que no es una obligación que el NNA declare, sino que es una posibilidad que depende de él³⁸. Distinta es la situación, si el NNA ha manifestado su deseo de ejercer su derecho y no se le ha permitido. En cuyo caso, siendo un trámite esencial del proceso, adolece de nulidad. La participación del NNA, debe estar siempre permitida, no le cabe al juez o jueza u otro operador limitar este derecho³⁹.

36 CARRETTA y GREEVEN (2020), p.20

37 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANO (2021), p.40.

38 PULGAR (2021), p.154

39 PULGAR (2021), p.156.

A su vez, la Corte Suprema ha tenido una preocupación especial porque los NNA ejerzan su derecho a ser oídos en forma adecuada. Para ello, entregó criterios para su implementación. Dictó un Auto Acordado mediante Acta 237-2014⁴⁰. Auto Acordado que regula la implementación y uso de un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oídos los NNA en tribunales con competencia en materia de familia, para ser aplicada, conforme a su artículo 1°

por los jueces de tribunales con competencia en materia de familia, a fin de que dispongan medidas especiales para el ejercicio del derecho a ser oído de los NNA en procesos judiciales. En el resguardo del ejercicio de este derecho, los jueces tendrán en especial consideración el respeto del derecho a la intimidad de los NNA, estableciendo criterios apropiados de reserva de la información y cadenas de custodia de los registros de las audiencias.

Se establece, además, en el artículo 6°, una serie de derechos y deberes en la entrevista de NNA, tales como el derecho a ser informado del carácter voluntario de la entrevista; derecho a ser informado de las características y objetivos de la sala de entrevista; derecho a ser entrevistado en un lenguaje adecuado y sencillo de acuerdo con su edad y nivel sociocultural⁴¹.

Por su parte, el artículo 50 señala que los NNA tienen “derecho a una representación jurídica y/o judicial distinta de la de sus padres y/o madres, representantes legales, o de quienes los tengan legalmente bajo sus cuidados, en caso de intereses incompatibles; el derecho a una representación judicial especializada para la defensa de sus derechos”. Será un *curador ad litem* quien intervenga representando los derechos del NNA en el proceso.

40 Auto Acordado da Corte Suprema N°237, de 2014.

41 REYES (2024), pp. 31-32.

A su vez, 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 NNA, 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, 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.

En consecuencia, en aquellos casos en que los NNA 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 imparcial⁴².

42 Corte Suprema, Rol N°38322-2016, de 26 de septiembre de 2016.

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 sentimientos⁴³.

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

Al respecto, se ha criticado esta figura, “por carecer de una delimitación clara de su rol, lo que permite que éste elija la postura que considera correcta; asunción que gozará de una posición mejorada y que el juez valorará considerablemente al momento de tomar una decisión”.⁴⁴

Coincido con Couso en cuanto señala,

Que la figura del curador *ad litem*, es defectuosa como instrumento para asegurar la participación del niño en la decisión del caso, pues ese actor introduce un filtro que distorsiona la representación del interés manifiesto del niño (los deseos y sentimientos del niño) en el proceso, introduciendo en su lugar la lectura que el curador *ad litem* hace de lo que más le conviene al niño, como interés superior⁴⁵.

No hay duda que se requiere una modificación de la ley estableciendo mayores requisitos para ser nombrado curador *ad litem* y señalando cuál es la función de éste. Soy de la opinión que el curador *ad litem* actúe como abogado del NNA.

43 GÓMEZ DE LA TORRE (2018), p. 132.

44 GUGGENHEIN (2005), p. 164 en CONTRERAS (2023), p. 126.

45 COUSO (2006), p. 160.

4. CONCLUSIÓN

La autonomía progresiva es uno de los soportes del sistema de protección integral de los derechos de la niñez. Reconocer a los NNA como titulares de derechos que pueden ejercer conforme a su desarrollo implica un cambio profundo de paradigma: de la tutela pasiva a la participación activa.

A su vez, es un principio dinámico que reconoce el desarrollo paulatino de las capacidades de los NNA para ejercer sus derechos, sin que ello implique un debilitamiento de la función parental ni una renuncia al interés superior del niño. Esta debe ser evaluada caso a caso, cada NNA es único, tomando en cuenta su grado de madurez tanto psíquica como social y culturalmente. Su implementación efectiva exige un cambio cultural profundo, el fortalecimiento de competencias institucionales, y una interpretación judicial sensible a la participación de los NNA. La autonomía es esencial en un enfoque que promueva el protagonismo responsable de los NNA en los asuntos que los afectan.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALVAREZ, Rommy (2023): Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes y la modificación de componentes de su identidad personal: apellidos y filiación en Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia II. El principio de la autonomía progresiva, (Valencia, Editorial Tirant loBlanch).

BARCIA, Rodrigo (2006): “Informe en Derecho sobre la capacidad de los adolescentes para recibir la denominada píldora del día después”, en: Revista de Derecho Privado (Nº7), pp. 137-158.

CARRETA, Francesco y BARCIA, Rodrigo (2019): Convención de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en el contexto judicial, (Santiago de Chile, Academia Judicial).

CARRETTA, Francesco y GREEVEN, Nel (2020): Régimen de Alimentos, Cuidado personal y Relación directa y regular aplicados a la decisión judicial (Santiago de Chile, Der Ediciones).

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2005), Observación General N°7. Realización de los Derechos del Niño en la primera Infancia.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009), Observación General N°12. El derecho del niño a ser escuchado.

CONTRERAS, Paul (2023): Derecho a ser oído. Implicancias en el procedimiento judicial y administrativo en Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia II El principio de la autonomía progresiva, (Valencia-España, Editorial Tirant loBlanch).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021), Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°5: Niños, Niñas y Adolescentes.

COUSSO, 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”, en: Revista de derechos del niño N°3 y 4, pp. 145-166.

DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ (s/f): “¿Qué se entiende por autonomía progresiva?”, Disponible en: https://www.defensorianinez.cl/preguntas_frecuentes/que-se-entende-por-autonomia-progresiva/ [Fecha de última consulta: 06.06.2025].

GARCIA MENDEZ, Emilio (1995): Infancia y Derechos Humanos en Estudio Básico de Derechos Humanos (Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos) tomo II.

GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2017): Sistema Filiativo. Filiación Biológica (Valencia-España, Editorial Tirant lo Blanch).

GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2018): “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derecho”, en: Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, pp. 117-137.

GROSMAN, Cecilia (1980): El hijo como sujeto de derechos en el ejercicio de la autoridad parental (Bogotá, Universitas).

GROSMAN, Cecilia (1998): El interés superior del niño en Los derechos del niño en la familia (Buenos Aires, Editorial Universidad).

GUGGENHEIN, Martín (2005): What’s wrong whit children’s rights, (Estados Unidos Editorial Harvard University Press).

ILLANES, Alejandra (2023): La autonomía progresiva y su impacto en el régimen de cuidado personal de niños, niñas y adolescentes en Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia II, El principio de la autonomía progresiva, (Valencia, Editorial Tirant loBlanch).

LEAL, Denis (2023): “El principio de la autonomía progresiva desde el punto de vista jurídico”. Tesis para optar a magister en derecho de las familias y la infancia. Disponible en <https://repositoriouchile.cl/handle/2250/192927>. [Fecha de última consulta: 07.07.2025].

MIZRAHI, Mauricio (2006): Familia, matrimonio y divorcio (Buenos Aires, Editorial Astrea).

MONDACA, Alexis (2023): Cuestiones problemáticas del principio de la autonomía progresiva en el contexto de la relación directa y regular. Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia II, El principio de la autonomía progresiva, (Valencia, Editorial Tirant loBlanch).

PEREZ MANRIQUEZ, Ricardo (2006): “Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes”, en: Revista Justicia y Derechos del Niño, Unicef (N°8), pp. 249-275.

PULGAR, Felipe (2021): El derecho a ser oído. Implicancias y desafíos para operadores. Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia (Valencia, Editorial Tirant loBlanch).

RAVETLLAT, Isaac (2020): “Ley de Garantías y Protección Integral de los derechos de la niñez y adolescencia: El niño, niña y adolescente como epicentro del sistema”, en: Revista de Derecho de Concepción, Universidad de Concepción (N°248), pp. 293-324.

REYES INOSTROZA, Belén (2024): Autonomía Progresiva y opinión del niño en el establecimiento y cumplimiento de la relación directa y regular Tesis para optar a magister en Derecho de las familias y la infancia. Disponible en: <https://repositoriouchile.cl.handle/2250/203957>. [Fecha de última consulta: 10.07.2025].

SCHUDECK, Astrid (2002), “El interés superior del niño”, Memoria para optar a grado de licenciado en ciencias jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en: <https://repositoriouchile.cl/handle/2250/107304>. [Fecha de última consulta: 07.07.2025].

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Convención Sobre los Derechos del Niño, 20 de septiembre de 1990, Decreto 830. Publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.

Corte Suprema Auto Acordado N°237 de 2014 que Regula la implementación y uso adecuado para niños, niñas y adolescentes.

Ley N°19.968 crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial, 30 agosto de 2004.

Ley N°21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Diario Oficial, 15 marzo 2022.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 24 de febrero de 2012, caso Atala Riffo vs. Chile.

Corte Suprema, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2016, rol N°38322-2016.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 26 de julio de 2021, rol N°11.315/11.317-2021.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 8 de abril de 2024, rol N°15.276-2024.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 9 de agosto de 2024, rol N°13910-2024.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL DERECHO ARGENTINO: EL CASO DE LAS ADOLESCENCIAS TRANS¹


APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF PROGRESSIVE AUTONOMY OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN ARGENTINE LAW: THE CASE OF TRANS ADOLESCENTS

Marisa Herrera*

Resumen:

Este artículo tiene por objetivo analizar de manera crítica la aplicación del principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en materia de capacidad civil, a diez años de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial argentino. Para ello, se profundiza en un complejo entrelazamiento, como el que encierra el ejercicio del derecho a la identidad de género por parte de personas menores de edad, en particular, las adolescencias trans. En un contexto mundial en el que ciertos colectivos siguen “pidiendo permiso” para

¹ Artículo recibido el 09 de julio de 2025 y aceptado el 06 de octubre de 2025.

* Doctora en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas). Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de Avellaneda. Integrante del equipo de redacción del Código Civil y Comercial de la Nación en temas de familia, infancia y adolescencia.  0000-0002-3699-0996. Dirección postal: Viamonte 430, C1053 Cdad. Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: marisaherrera12@gmail.com.

su reconocimiento social y jurídico al salirse del modelo heterocisnormativo, repensar —y defender— su lugar en el campo sociojurídico constituye una clara y necesaria expresión de resistencia académica.

Palabras clave:

Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Capacidad civil, Autonomía progresiva, Identidad de género.

Abstract:

This article aims to critically analyze the application of the principle of progressive autonomy of children and adolescents in matters of civil capacity, ten years after the entry into force of the Argentine Civil and Commercial Code. To do so, it delves into a complex intertwining of the exercise of the right to gender identity by minors, particularly trans adolescents. In a global context in which certain groups continue to “ask permission” for their social and legal recognition by deviating from the heterocisnormative model, rethinking —and defending— their place in the socio-legal field constitutes a clear and necessary expression of academic resistance.

Keywords:

Rights of children and adolescents, Civil capacity, Progressive autonomy, Gender identity.

1. INTRODUCCIÓN

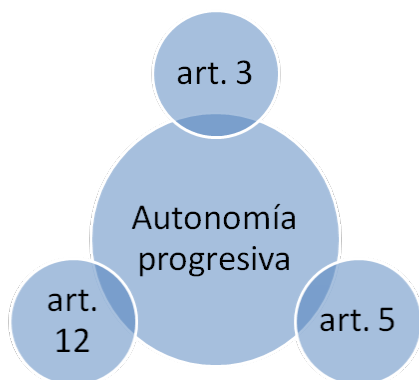
En el derecho argentino -ámbito jurídico al que me voy a concentrar por formación, conocimiento y empatía- uno de los principios relativos a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes (NNA) que mayor impacto y desarrollo —tanto teórico como práctico— ha tenido es el de autonomía progresiva. Sucede que reconocer a las personas menores de edad como

sujeto de derechos² implica que se le debe dar el lugar y protagonismo que se merecen en toda cuestión que los afecte —de manera directa o indirecta—, según su capacidad de discernimiento, comprensión y posibilidad de ejercicio por sí mismos. Este principio se ha vuelto clave en términos de participación democrática, el cual emana de tres artículos rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño o cimientos sobre los cuales se debe edificar toda regulación infraconvencional que se precie de respetar este instrumento internacional de derechos humano que, en el derecho argentino, tiene jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 y tal como se lo explicita en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional³.

Nos referimos, en orden ascendente, al art 3 relativo al eje rector en la materia como lo es el interés superior del niño; el art. 5 referido a los límites de la responsabilidad de los progenitores o cuidadores principales de NNA y el art. 12 dedicado al derecho de participación o escucha en sentido amplio, es decir, no solo ser entrevistado por el organismo que tiene a cargo decidir una contienda que los afecta, sino también, que éstos puedan ejercer por sí ciertos derechos -incluso, la obligación de consentir determinados actos para su validez- como así también que puedan intervenir en un proceso con su propia defensa técnica. Estas aseveraciones se sintetizan en los siguientes dos gráficos:

2 “La Convención reconoce al niño como sujeto de derechos, y la ratificación casi universal de este instrumento internacional por los Estados partes pone de relieve esta condición del niño, que está expresada claramente en el artículo 12” (última parte del párrafo 18, Observación General N°12, 2009).

3 Para profundizar sobre la matriz constitucional-convencional del principio de autonomía progresiva se recomienda compulsar -entre tantos otros- KEMELMAJER (2024).



Fuente: elaboración propia.

Al respecto, resulta de interés traer a colación un documento poco conocido y central para desentrañar de manera actual el aludido art. 5 de la CDN. Nos referimos a la Declaración del Comité de los Derechos del Niño sobre esta disposición del 11/10/2023⁴ que, si bien, no logró ser plasmado en una observación general, lo cierto es que no deje de ser una manifestación emanada del intérprete último de la CDN. Veamos, en esta oportunidad se asevera, de manera general, que

El propósito de esta declaración es aclarar los conceptos de orientación parental y evolución de las capacidades del niño consagrados en el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Convención). Además, busca explicar cómo el artículo 5 logra un equilibrio entre los derechos del niño y las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, así como la obligación del Estado de garantizar los derechos del niño a la luz de la importancia de la familia 'como grupo fundamental de la sociedad y del medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños', como se afirma en el preámbulo de la Convención (párrafo 1)⁵.

4 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2023).

5 Ibid.

Tras ello, se explicita que,

El Comité reafirma que el concepto de la evolución de las capacidades de los niños es fundamental para el reconocimiento de su condición de titulares de derechos independientemente de sus padres, y contribuye a proteger al niño del control familiar arbitrario. Establece que cuando los niños alcanzan un nivel suficiente de madurez y capacidad para ejercer sus derechos de forma independiente, habrá una necesidad cada vez menor de dirección y orientación de los padres. A medida que los niños adquieren capacidades, tienen derecho a un nivel cada vez mayor de responsabilidad por la regulación de los asuntos que les afectan. Las capacidades en evolución deberían verse como un proceso positivo y habilitante, no como una excusa para prácticas autoritarias que restringen la autonomía y la autoexpresión de los niños y que a menudo se justifican de manera inexacta señalando la relativa inmadurez de los niños (párrafo 10)⁶.

En esta misma lógica actualizada, es dable señalar que en el ámbito regional —interamericano— la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *María y Mariano* contra Argentina del 22/08/2023 subraya que,

El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Las niñas, niños y adolescentes ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, la Convención dispone que las medidas de protección pertinentes a favor de las niñas, niños y adolescentes sean especiales o más específicas que las que se decretan para los adultos (párrafo 83)⁷;

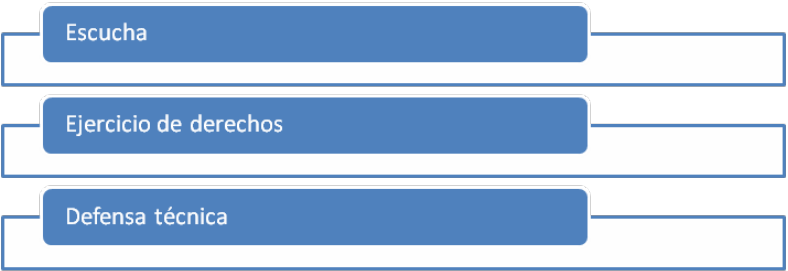
Robusteciéndose este enfoque al agregar que,

6 Ibid.

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *María y otros* vs. Argentina, de 22 de agosto de 2023.

la Corte subraya que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho —sea en el ámbito administrativo o en el judicial— deberá tomar en consideración las condiciones específicas del niño, niña o adolescente y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del niño, niña o adolescente, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que los niños, niñas y adolescentes deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del niño, niña o adolescente sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto (párr. 129⁸).

Y con relación a las diferentes facetas o derechos que emanan del resonado art. 12 tal como se lo desmenuza en la Observación General N°12 del 2009 sobre “El derecho del niño a ser escuchado”, debiéndose destacar en esta oportunidad que “Para que la participación sea efectiva y genuina es necesario que se entienda como un proceso, y no como un acontecimiento singular y aislado” (última parte del párrafo 133)⁹. En este marco, se pueden advertir diferentes facetas de la participación auspiciada, en definitiva, por el mencionado principio de autonomía progresiva, y que se lo puede sintetizar del siguiente modo:



Fuente: elaboración propia.

8 Ibid.
9 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2023).

Estas tres categorías encierran connotaciones, consecuencias jurídicas y regulaciones diferentes, tomándose como punto de partida el respeto por el derecho a la participación en el que el principio de autonomía tiene un peso fuerte. ¿La razón? El principal argumento deviene de la realidad como tan bien lo explicita la resonada Opinión Consultiva N°17 sobre la Condición Jurídica del Niño del 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al decir:

Este Tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años (...). Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio (párrafo 101)¹⁰;

Lo cual está en sintonía con la Observación General N°20 del 2016 sobre “la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia” al sostener en la última parte de su primer párrafo que,

Si bien la Convención reconoce los derechos de todas las personas menores de 18 años, para hacer efectivos esos derechos se deben tener en cuenta el desarrollo del niño y la evolución de sus capacidades. Los enfoques adoptados para garantizar el ejercicio de los derechos de los adolescentes difieren significativamente de los adoptados para los niños más pequeños¹¹.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002.

11 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2016).

En este marco se pueden arribar a algunas conclusiones básicas, las cuales han sido tenidas en cuenta en la legislación argentina, en especial, el Código Civil y Comercial de la Nación (CC y CN) que en el 2025 ha cumplido diez años de vigencia, por lo tanto, constituye un tiempo prudencial e interesante para llevar adelante un buen análisis crítico en clave territorial o práctica. Desde esta óptica, es dable destacar las siguientes consideraciones generales:

No se pueden aplicar las mismas previsiones para niños/as que a los adolescentes en atención a que se debe regular diferente lo que, de base, es distinto en atención a mayor o menor discernimiento y consecuente comprensión del acto que se trate. Por lo tanto, la obligación de diferenciar la noción de niño/a —hasta que cumplen los 13 años— y los adolescentes —quienes se encuentra en la franja entre los 13 y 18 años— tal como lo recepta el mencionado CC y CN en su art. 25.

Dimensionar que la edad constituye un elemento importante para evaluar el discernimiento, pero no es determinante; es decir, no es un requisito *iure et de iure* hábil para excluir el ejercicio de derechos por la sola razón de no alcanzar la edad en la que cual se arriba a la adolescencia desde el plano jurídico. En otras palabras, si un niño o una niña tiene 12 años, puede demostrar que, a pesar de estar dentro de esa categoría, cuenta con madurez suficiente para llevar delante de manera válida determinado acto. En este caso, se invierte la carga probatoria.

Diferenciar el tipo de acto que se trate o comprometido, fundamentalmente, si se trata de derechos personalísimos, en especial, del ejercicio de derechos vinculados con la salud en sentido amplio como lo recepta la Organización Mundial de la Salud al afirmar que “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”¹², tal como se lo pone de resalto en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y que entró en vigor el 7 de abril de 1948. Precisamente, ha sido

12 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (s.f.) s/p.

en el marco de un debate por al acceso a la contracepción por parte de una adolescente de 16 años en tensión con el supuesto derecho de los progenitores basado en la responsabilidad parental —como se lo denomina en el derecho argentino, autoridad parental o patria potestad en otros países— que surgió el conocido en inglés *competence Gillick* que se utiliza en el derecho médico para decidir si una persona menor de edad puede consentir ciertos actos médicos sin la necesidad de contar con el asentimiento de sus progenitores.

¿Cómo juegan estas aseveraciones con fundamento constitucional-convencional en la legislación doméstica? Este es el principal interrogante por desentrañar tomándose como base o eje de estudio el desarrollo del principio de autonomía progresiva en el derecho argentino, en particular, la aplicación de lo previsto en el art. 26 del CC y CN que, como se sintetiza en el próximo apartado, constituye la columna basal del derecho civil en el que se materializa el principio de autonomía progresiva.

Como cierre de este apartado introductorio, es dable traer a colación un interesante aporte proveniente del borrador de la Observación General N°27 sobre “El derecho del niño al acceso a la justicia y a un recurso efectivo” que se encuentra al momento de redactar el presente ensayo en pleno desarrollo hacia su texto final. Aquí se actualiza el enfoque sobre el principio de autonomía progresiva al decir:

Respecto de la evolución de las facultades del niño: La evolución de las facultades debe reconocerse en la legislación, en particular en lo que respecta a la capacidad jurídica, y los mecanismos de reparación deben adaptarse a las distintas edades y facultades. La evolución de las facultades del niño debe considerarse un proceso positivo y habilitador, en lugar de utilizarse como justificación de prácticas que restringen la autonomía y la autoexpresión del niño. Implica reconocer que las opiniones y expectativas de los niños pueden cambiar a medida que evolucionan sus facultades y situaciones (párrafo 15 inciso e)¹³.

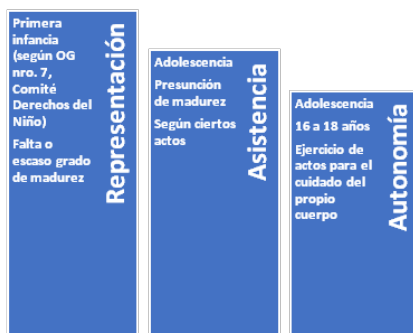
13 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2025).

Por lo tanto, hacerse eco del principio de autonomía progresiva en los sistemas jurídicos nacionales constituye un imperativo, tal como lo ha re-ceptado en el derecho argentino el CC y CN. En esta línea, a 10 años de su vigencia o puesta en marcha, es hábil preguntarse sobre su operatividad y/o tensiones o debates abiertos generados y, para tal fin, se ha decidido tomar como caso testigo lo acontecido con la satisfacción del derecho a la identidad de género de las personas menores de edad.

2. LA MATRIZ CIVIL DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA

En el derecho argentino, el núcleo central del principio de autonomía progresiva en el campo del derecho civil se encuentra en el ya *famoso* artículo 26 dedicado al “Ejercicio de los derechos de las personas menores de edad”, disposición que yace en la Sección 2da sobre “Personas menores de edad” del Capítulo 2 sobre “Capacidad” correspondiente al Título I sobre Persona Humana del Libro Primero dedicado a la “Parte general”¹⁴. Esto se complementa con uno de los principios rectores sobre los cuales se edifica el régimen de la responsabilidad parental al reconocer en el inciso b) del art. 639 que “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”. Por lo tanto, se advierte la siguiente interacción entre autonomía progresiva y responsabilidad parental atravesado por la noción de *capacidad jurídica* que se sintetiza en el siguiente gráfico:

14 Tantisima es la bibliografía nacional en torno a las implicancias del art. 26 del CC y CN y las tensiones y desafíos que encierra en el régimen jurídico argentino en lo relativo a la capacidad jurídica de niños, niñas y adolescencias en el derecho civil, por ello, a los fines de tener un panorama general actualizado se recomienda compulsar KEMELMAJER, (2025), pp. 41-56.



Fuente: elaboración propia.

Para poder comprender con mayor precisión esta interacción inversamente proporcional, tal como lo expone la legislación civil y comercial argentino, se debe tener en cuenta lo que regula el aludido art. 26 que tiene varios componentes hábiles para alcanzar un régimen jurídico interesante para que el principio de autonomía progresiva sea realidad en el campo del derecho civil.

Veamos, el primer párrafo sienta como regla una postura tradicional o clásica y, no por ello, acertada como lo es explicitar que “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”¹⁵. Precisamente, en beneficio de todas las personas involucradas —no solo los propios NNA y sus responsables, sino también los terceros— el sistema entiende que las personas menores de edad ejercen sus derechos a través de sus principales cuidadores y responsables. Ahora bien, la gran conquista y avance de esta normativa a tono con el principio de autonomía progresiva está en la cantidad de excepciones que se fundan, precisamente, en dos nociones clave que están íntimamente vinculadas como lo son la edad y el grado de madurez. En este orden de ideas, el segundo párrafo asevera que quien “cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”, agregándose que “En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales,

¹⁵ Ley N°26.994, de 2014.

puede intervenir con asistencia letrada”¹⁶. Por lo tanto, de mínima, cuando hay intereses contrapuestos entre progenitores e hijos/as, estos últimos deben contar con la correspondiente defensa técnica para que sus propios intereses estén debidamente protegidos en virtud de que ello no puede ser satisfecho por parte de los progenitores que, a su vez, tienen sus propios derechos e intereses comprometidos. Esta es una consecuencia ineludible del reconocimiento de los NNA como sujetos de derecho, con sus propios derechos y obligaciones comprometidos, los cuales pueden ser o no coincidentes con los de sus responsables legales. ¿Entonces? El régimen jurídico civil en el derecho argentino permite que sean representados por parte de profesionales del derecho especializados, a tono con otro principio central en materia de derechos humanos de NNA como lo es el de especialidad.

Por otra parte, sigue admitiendo el art. 26 en su tercer párrafo que “La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”. Se trata de una clara manda constitucional-convencional que emana de manera directa de lo previsto en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sabiendo que las personas menores de edad —en especial, las infancias y que cuentan con menor desarrollo madurativo— pueden expresarse de diferentes modos y no solo a través del lenguaje oral. Esto encierra una gran cantidad de modificaciones de índole procedimentales que involucra, no solo al derecho procesal civil, sino también a la propia información interdisciplinaria que involucran —principalmente— las relaciones de familia.

Ahora bien, el aporte más jugado y concreto que surge del art. 26 del CC y CN se concentra en el modo en que se reconoce el ejercicio de derechos relativo al cuidado del propio cuerpo —en sentido amplio, al igual que lo hace la OMS como se adelantó—, para lo cual se esgrimen dos diferencias o categorías: 1) etario y 2) según el tipo de acto personalísimo —de salud— que se trate.

16 Ibid.

Así, el cuarto párrafo dispone que “Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”¹⁷. Por su parte, el párrafo siguiente agrega que

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico¹⁸.

Culminando la normativa en análisis que “A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”¹⁹. Por lo tanto, desde el punto de vista de las edades se observan las siguientes subcategorías:



Fuente: elaboración propia.

A su vez, y tal como se adelantó, también se debe diferenciar el tipo de acto de mayor o menor gravedad: 1) tratamientos no invasivos que no ponen en riesgo la salud y la vida y 2) tratamientos invasivos que ponen en riesgo la salud y la vida. Por lo tanto, el panorama jurídico en materia de capacidad

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

jurídica se lo observa ampliado y enriquecido, en especial, tratándose de adolescentes en el que el principio de autonomía progresiva se materializa con mayor énfasis y se lo sintetiza del siguiente modo:

Edad	Tratamiento no invasivo	Tratamiento invasivo
13 a 16 años	Por sí solos (autonomía)	Consentimiento (adolescentes) Asentimiento (progenitores)
16 a 18 años	Por sí solos (autonomía)	Por sí solos (autonomía)

Fuente: elaboración propia.

Era de presumir que este modo de diferenciar actos relativos al ejercicio del derecho al cuidado del propio cuerpo en tratamientos no invasivos e invasivos generaría —como todo concepto jurídico indeterminado— problemas de interpretación. Es por ello que el entonces Ministerio de Salud de la Nación emitió una resolución tendiente a brindar luz y así, acortar los posibles conflictos interpretativos con el consecuente efecto negativo; máxime, cuando se suele defender el *statuoquo* o tener temor a soluciones que abran el juego al protagonismo de las personas menores de edad, en especial, los adolescentes. Sucede que el sistema de salud siempre le ha sido más fácil solicitar para cualquier acto médico la firma (consentimiento) de uno de los progenitores, sin importar que tales decisiones omiten y silencian a los principales involucrados. Así, la Resolución N°65/2015 del 09/12/2015²⁰, expone que,

El criterio de ‘invasividad’ utilizado por el artículo 26 CC y C debe leerse como tratamientos de ‘gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud’. Esto se colige a partir de su ubicación en un listado que no solo califica el término como ‘invasivo que comprometa el estado de salud’ sino que además se lo asocia a tratamientos que ‘provocan un riesgo grave en su vida o integridad física’. Por tanto, es de comprensión de este

20 Resolución N°65/2015, de 9 de diciembre de 2015.

Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de la capacidad, es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado.

¿Un analgésico es invasivo? En los términos que se sigue en la resolución, la respuesta es negativa. Aunque se incorpora al cuerpo de una persona, lo cierto es que no pone en riesgo su vida ni su salud. Como se puede advertir, esta resolución por aplicación del principio *pro minoris*, se inclina por reconocer el ejercicio de derechos atinentes a la salud de los adolescentes como herramienta hábil para hacer efectivo en la práctica el principio de autonomía progresiva.

¿Qué sucede con los/as niños/as que tienen grado de madurez? En estos casos, será necesario comprobar en cada situación si efectivamente cuentan con la condición de formar un juicio propio y consentir por sí mismos, siendo que, en general, se presume que deben intervenir con la autorización de sus progenitores. Por lo tanto, no se trata de una prohibición absoluta para que puedan consentir, sino de una inversión de la carga probatoria. ¿Acaso, un niño de 12 años es menos maduro que un adolescente que cumplió 13? La vida de las personas -en general- como la de las infancias en particular, también son dinámicas y contextualizadas, por lo cual, es posible que un/a niño/a pueda ejercer un derecho personalísimo a pesar de no haber alcanzado los 13 años.

Ahora bien, en esta oportunidad nos concentramos en los adolescentes que es la franja más comprometida a la luz del principio de autonomía progresiva en el campo del ejercicio de un derecho en particular y complejo como lo es la satisfacción del derecho a la identidad de género²¹.

21 A los fines de obtener un panorama general sobre este entrecruzamiento sociojurídico se recomienda compulsar VARELA (2025), pp. 239 y ss.

3. ADOLESCENCIAS TRANS

3.1. Derecho y realidad

En el campo de las relaciones de familia, se suele prestar atención a indagaciones de campo que permiten conocer el objeto de estudio con mayor profundidad, evitando así abordajes alejados de la realidad. Esto es especialmente importante en temáticas de carácter interdisciplinario, atravesadas por prejuicios y discriminaciones. En el caso que nos convoca, la situación es doble, ya que no solo se cuestionan nociones conservadoras y rígidas sobre la interacción sexo-género, sino que además implica afectar a personas menores de edad, sobre quienes ha girado la idea de *incapacidad* y la consecuente marginación como sujetos de derechos, independientemente de sus progenitores.

En este marco, nos resulta de interés traer a colación una investigación realizada por diversos profesionales de la salud de un hospital de la Ciudad de Buenos Aires²² en el que se analizan 107 historias clínicas electrónicas de niños, niñas y adolescentes trans y no binarios que *experimentan la vivencia interna e individual de género que no corresponde con el sexo asignado al nacer* que han sido atendidas por al menos un integrante de un equipo interdisciplinario de atención de personas trans y no binarias, integrado por profesionales en clínica pediátrica, adolescencia, ginecología, endocrinología, cirugía pediátrica, cirugía plástica y/o salud mental desde el 2 de enero de 2019 hasta el 31 de mayo de 2023.

Los principales resultados arrojan que el promedio de la primera consulta fue personas de 15,3 años y la edad de autopercepción de identidad de género trans, de 11,1 años. Además, que el 72% se percibió con una identidad varón trans; en el 89,7%, su expresión de género fue acorde a su autopercepción

22 Nos referimos a profesionales que integran la Sección de Adolescencia; la Sección de Ginecología Infantojuvenil; la Sección de Endocrinología Pediátrica y la Sección de Uroginecología Pediátrica del Hospital Italiano de Buenos Aires, con mayor precisión los resultados publicados en MULLI et al. (2025).

y el 46,3% tuvo una orientación sexual bisexual. El 76% reconoció tener contención familiar; el 87,3%, contención escolar; y el 92,5%, contención de sus pares. El 44,8% realizó una estrategia hormonal; el 14,1%, intervención quirúrgica; el 57,1%, intervención con salud mental; y el 29,1% recibió medicación psiquiátrica. Solo 3 pacientes (2,8%) detransicionaron su identidad de género.

Al respecto, es interesante señalar que según lo dispone el art. 8 de la Ley N°26.743 de identidad de género, la petición de nuevo cambio de género o *detransición* o también denominado *retransición* o *reversión* deben plantearse en sede judicial. Sin embargo, la justicia ha declarado en alguna oportunidad su inconstitucionalidad al considerar que

si bien por un lado la legislación interna respeta la identidad de género autopercebida permitiendo su modificación de manera administrativa en una primera oportunidad, reconociendo que resulta ser un aspecto modificable y en permanente construcción; por el otro, en caso de subsiguientes modificaciones, cierra la vía administrativa debiendo recurrir el interesado/a ante la justicia para la obtención de un pronunciamiento de índole jurisdiccional. Adviértase que, así como la persona obtuvo el cambio primigenio nada obstaría a que, si su voluntad se ha visto modificada por motivos que hacen a su esfera personal, íntima y de reserva, pueda volver a su identidad anterior conforme se autoperciba²³;

Agregando en términos interrogativos:

Es que, en mi opinión, no surge cuál es la razón para judicializar tal reversión; será acaso que ¿aún subyace algún tipo de prejuicio y/o remora de viejas concepciones? ¿Acaso hay algo que deba probar esa persona?; pues, qué calidad o cualidad especial posee una jueza o un juez que integra el Poder Judicial para juzgar sobre la autopercepción de una persona, y su consecuente derecho a la identidad -derecho humano esencial entre los esenciales-; no es

23 Juzgado de Familia N°2, San Fernando del Valle de Catamarca, E. E., M. Á. S/ rectificación judicial de identidad de género, 20 de noviembre del 2023.

ya demasiado con los obstáculos y problemas que como grupo históricamente vulnerable (categoría sospechosa) han tenido y deben afrontar hasta el día de hoy, como para que el estado, que es garante de sus derechos, mantenga y/o exija la judicialización de su real sentir (?) (...) es que no encuentre ningún obstáculo para que sea la misma autoridad administrativa que intervino primigeniamente la que lleve adelante el acto de reversión, sin buscar culpas o escrudiñar en los motivos que impliquen tal decisión; debiendo ser un trámite sencillo que responda precisamente a lo prescripto en los restantes artículos del mismo cuerpo normativo²⁴.

En esta lógica, se procedió a declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 8 de la Ley nacional N°27.643 que exige la intervención judicial para los pedidos de reversión de la identidad de género.

Asimismo, cabe destacar que, según el Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas de Argentina realizado en el 2022, reveló que 196.956 personas no se identifican con el género asignado al nacer, lo que representa el 0,4% de la población; de las cuales 72.510 se identificaron como varón trans/masculinidad trans, 60.679 como mujer trans/travesti, 37.330 como no binarias y 26.437 como *otra/ninguna de las anteriores*.

Concentradas en las personas menores de edad, en un informe de mayo del 2023 sobre las características poblacionales de las personas que han realizado el cambio de género en los primeros 10 años de vigencia de la Ley N°26.743 (2012 a 2022), del total de personas que han procedido a realizar el cambio registral, el 9.50% corresponde a personas en la franja de 0 a 17 años y, dentro de esta franja, el 70.74% involucra a varones trans, 19.28% a mujeres trans y 9.98% no binarios²⁵.

Desde el punto de vista práctico y con un fuerte -y necesario- sentido crítico, se sostiene que

24 Ibid.

25 REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS (2023).

La agencia de las adolescencias trans en el sistema de salud aún no ha sido suficientemente explorada, pero se destacan investigaciones pensadas para el escenario español que dan cuenta de su capacidad para identificar sus necesidades a corto y mediano plazo y de la relevancia de incorporar sus voces para modificar las instituciones (Platero, 2014). Sin embargo, en la configuración de las intervenciones médicas en Argentina, las narrativas de derechos se traman con la persistencia del cisexismo y el adultocentrismo. Así la autoridad epistémica de la ciencia, o la especialidad, suele anteponerse a las decisiones de lxs adolescentes²⁶.

Por lo tanto, si habilitar la palabra a los propios protagonistas en el campo sociojurídico en cuestiones que los involucra de manera directa constituye aún una deuda democrática pendiente, esta realidad se agrava cuando nos referimos a las adolescencias transen atención a las resistencias y prejuicios que los atraviesan²⁷.

3.2. Algunas consideraciones generales sobre el marco jurídico

Como punto de partida para el estudio de la identidad de género, es dable traer a colación los importantes aportes que despliega la Opinión Consultiva N°24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo* en el que se focaliza sobre dos categorías -orientación sexual e

26 RUSTOYBURU (2023).

27 Como bien se explicita: “La heteronormatividad sirve como matriz para la estigmatización, exclusión, invisibilización y criminalización de las identidades disidentes (gays, lesbianas, travestis, transexuales, transgéneros, bisexuales, queer e intersexuales) y de vínculos en oposición al patrón heterosexual. Es así que el sistema heteropatriarcal funciona ‘como un sistema de regulación de cuerpos y sexualidades, y de ordenamiento de esferas socioeconómicas, que permite la existencia de ámbitos feminizados al servicio de los masculinizados y garantiza la existencia de sujetos subalternos que los ocupen’ (Orozco, La Fuente, 2014:102) en el marco del capitalismo globalizado. En particular a la situación de las/os niñas/os o las niñas niñas, cabe agregarle al componente heteropatriarcal de la sociedad, lo adultocéntrico; esto es, aquella matriz que “pone en condición de inferioridad y de ‘preparación hacia’ a niñas, niños y jóvenes, y a las y los adultos mayores como ‘saliendo de’” (Duarte, 2006:12). La mirada adultista funciona como parámetro para el mundo juvenil, impone un ‘deber ser’, lo que debe hacerse para ser considerado en la sociedad (madurez, responsabilidad, integración al mercado de consumo y de producción, reproducción de la familia, participación cívica, etc.)” LASCANO (2017).

identidad de género- que se encuentran protegidas contra la discriminación por la Convención Americana de Derechos Humanos (conf. art. 1.1). En este marco, se afirma que

un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones (...) De esa forma, de conformidad con el principio del libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía personal, cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses (párrafo 88)²⁸.

En este contexto,

la identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales (...). En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad (párrafo 94)²⁹.

Como bien se sintetiza desde el plano internacional

siendo los derechos humanos atributos inherentes a la condición humana, esencialmente dinámicos y en permanente evolución, se ha ido construyendo a través de las últimas décadas, un sólido marco teórico, conceptual y jurídico comprensivo de la diversidad de género como una característica connatural de la diversidad humana, sujeta al amparo de los principios de igualdad y no

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017.

29 Ibid.

discriminación, desplegados en el vasto espacio de los instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos como pilares fundamentales de los mismos, y que encuentran su sustento último, en la dignidad intrínseca que se reconoce a cada individuo de la especie humana³⁰.

Por lo tanto, la identidad de género observa protección jurídica robusta, tanto desde el punto de vista interamericano como internacional al comprometer el derecho a vivir con dignidad; el derecho a la integridad física y psíquica; el derecho al desarrollo de la personalidad; el derecho a la igualdad y no discriminación por razón o motivos de género; el derecho a la autonomía y libertad personal, el que tendría ribetes específicos cuando se trata del reconocimiento del derecho a la identidad por parte de personas menores de edad. Aquí también el principio de autonomía progresiva ocupa un rol central.

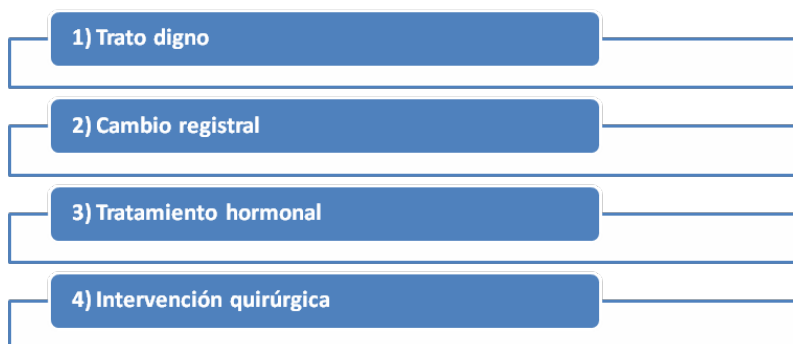
Esto se lo observa de manera precisa en la ley argentina 26.743 de identidad de género sancionada en el 2012 que reconoce la satisfacción de este derecho a las personas menores de edad bajo ciertas previsiones. Como bien se ha aseverado:

La ley 26.743 sobre 'Identidad de Género' constituye un hito a nivel nacional y mundial, dado que resulta ser una norma pionera en despatologizar las identidades de género, garantizando a toda persona el reconocimiento de su identidad autopercebida, a través de un trámite administrativo, potenciando la mirada sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho enarbolada por la Convención internacional sobre estos, con principios medulares tales como el 'interés superior' y 'capacidad progresiva', interpelando de esta forma viejas concepciones sobre los derechos de las niñeces que los hacía receptores pasivos de protección³¹.

30 BÓQUEZ y JORQUERA (2024), s/p.

31 CAFFERATA (2023).

Antes de pasar a abordar la cuestión de los adolescentes, es dable destacar que la normativa argentina admite cuatro tipos de actos referidos a la identidad de género que se consignan de manera ascendente según la importancia o gravedad del acto:



Fuente: elaboración propia.

La Ley N°26.743 reconoce estas 4 categorías o facetas de la materialización del derecho a la identidad de género.

Así, el art. 12 referido al trato digno dispone que,

Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados. Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a. En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada.

Por lo tanto, aunque no se haya procedido a peticionar y lograr el cambio registral, una persona —mayor como menor de edad— puede solicitar que en determinado establecimiento —por lo general, cuando se trata de personas menores de edad esta manda compromete al ámbito educativo y de salud— sea nombrado de conformidad con su identidad autopercebida.

En lo atinente al cambio registral, específicamente cuando se trata de personas menores de edad, el art. 5 establece que,

Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Esta previsión encierra varias críticas que se han visto revitalizadas a la luz de lo previsto en el mencionado art. 26 del CC y CN, tal como se analiza en el próximo apartado.

En lo que respecta a las modificaciones corporales —de menor o mayor envergadura— como se deriva de la terapia hormonal y de las intervenciones quirúrgicas, el art. 11 de la Ley N°26.743 expresa en su parte pertinente que

Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad.

Esta normativa ha sido abruptamente prohibida por un decreto —el 62/2025 del Poder Ejecutivo del 06/02/2025— que ha sido declarado inconstitucional por varias voces jurisprudenciales, a tono con el retroceso de derechos humanos que se está observando en la Argentina a la luz de un gobierno autoritario que abusa de la herramienta excepcional de los decretos presidenciales para sortear el debate legislativo, ámbito institucional pertinente para el debate democrático. Precisamente, esta actitud revitalizó el estudio sobre los actos de mayor impacto en el cuerpo de una persona en el marco de la ley de identidad de género, cuestión que será analizada en un apartado autónomo.

La Ley N°26.743 ha sido celebrada —tanto en el ámbito interno como en el extranjero— a raíz de tres apuestas legales fuertes y contundentes: 1) la columna vertebral se asienta en la noción de *identidad autopercebida*, por ende, no se recepta un enfoque binario varón-mujer, sino que se sale de

este molde reconociéndose toda identidad autopercebida; 2) la intervención administrativa —registro civil— y no judicial como organismo facultado para llevar adelante el cambio registral que es el principal acto comprometido en la ley; y 3) el acceso de las personas menores de edad al ejercicio del derecho a la identidad de género. Sobre este último punto, fácil se advierte el papel central que cumple el principio de autonomía progresiva.

Como cierre de este apartado, es dable destacar lo que se ha esgrimido en la doctrina argentina que sintetiza importantes aportes que ha significado la ley de identidad de género en los términos o condiciones que se regula la satisfacción de este derecho humano.

Así, se destaca que

la despatologización no ‘abandona’ a las personas trans* frente a la necesidad de cobertura de los requerimientos de salud —v.gr., tratamientos médicos, suministro de bloqueadores hormonales, láser, terapias del área psíquica, cirugías, etc.—. Por el contrario, desde una concepción de salud no relacionada con la patología —cfr. OMS—, el más alto grado de bienestar de la persona se alcanza asegurando el acceso a estas terapias, sus correspondientes coberturas, lo que implica el cuidado y satisfacción de derechos fundamentales³²;

Agregándose a tono con la complejidad que reviste el tema en estudio que

En el caso de niñ*s y adolescentes, la rapidez del proceso de desarrollo —psíquico, psicológico y sexual— es fluido y variable, acentuándose en la pubertad. Pero desde los dos años de edad, niñ*s pueden revelar experiencias de género, expresar un deseo a pertenecer a otro sexo y disconformidad sobre sus características sexuales físicas y funciones (...). En ciert*s niñ*s, estos sentires se intensifican y desarrollan aversión a su cuerpo, que aumenta cuando inician la adolescencia, con el consecuente desarrollo acorde características femeninas/masculinas. Ello provoca un profundo deseo de someterse a tratamientos de hormonas o cirugías, a fin de adecuarse al género sentido como

32 FERNÁNDEZ (2014).

propio. Algun*s niñ*s desean efectuar esta transición de género mucho antes de la pubertad. Esto depende de factores varios, no sólo propios al* niñ* sino a la permeabilidad de la propia familia frente a las decisiones autónomas del* niñ*; su familia debe también ser asistida por los profesionales de la salud a los fines de favorecer la expresión auténtica de identidad de género, acorde el respeto de las necesidades del niñ*, nutriendo sus experiencias de exploración en un ambiente saludable (...). Las cuestiones que aparecen más complejas se relacionan entonces no ya con las intervenciones quirúrgicas —que frecuentemente se postulan en la adolescencia o pre-adolescencia, exhibiendo un mayor grado de autonomía— sino con intervenciones médicas anteriores —v.gr., la referida aplicación de terapias hormonales—. El uso temprano de hormonas de supresión de la pubertad puede evitar consecuencias negativas sociales y emocionales con mayor eficacia que posteriormente³³.

Esta mirada se condice con el denominado *modelo afirmativo* en la atención, abordaje y acompañamiento de las niñeces y adolescencias trans:

Se trata de un modelo que, en línea con una perspectiva de derechos humanos, requiere de atención personalizada y de un equipo multidisciplinario especializado (pediatras, adolescentólogos, psiquiatras, psicólogos, neurólogos, endocrinólogos, asistente social, entre otros), capaz de atender a las necesidades de salud que el NNA transgénero o de género diverso vaya manifestando, las cuales pueden involucrar un amplio abanico de acciones para alcanzar la afirmación del género que se experimenta, y que pueden ir desde una adecuación en la forma de vestir o peinar, pasar por asistencia psicológica para lograr el apoyo familiar, o llegar hasta intervenciones médicas con tratamientos hormonales y/o procedimientos quirúrgicos. La American Academy of Pediatrics ha expresado que en un modelo de atención afirmativa de género los profesionales ofrecen atención apropiada para el desarrollo y orientada a comprender y valorar la experiencia de género de los jóvenes³⁴.

3.3. El acceso al cambio registral

³³ Ibid.

³⁴ BÓQUEZ y JORQUERA (2024).

La ley de identidad de género en el art. 5 se dedica al cambio registral por parte de personas menores de edad en los siguientes términos:

Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061

Y agrega en el segundo párrafo

Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Esta normativa ha sufrido varias —y atinentes— críticas a la luz del principio de autonomía progresiva, las cuales se profundizaron al entrar en vigor el 01/08/2015 el CC y CN cuyo art. 26 ya ha sido analizado, entendiéndose que cuando se alude al ejercicio del derecho al cuidado del propio cuerpo también estaría involucrada la identidad de género al integrar la noción de salud en clave integral tal como lo admite la citada Resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación al sostener de manera precisa que “Los procedimientos que prevé la Ley de identidad de género son constitutivos del cuidado del propio cuerpo (CC y CN, art. 26 último párrafo) a partir de la noción según la cual la identidad de género necesariamente se encarna en el sentir autónomo de un cuerpo como propio”³⁵.

35 Resolución N°65/2015, de 9 de diciembre de 2015.

Veamos, el art. 5 de la Ley N°26.743 menciona en primer lugar a los representantes legales y después al propio involucrado al que denomina — de manera tradicional y bajo un paradigma perimido— *menor*. Justamente, tratándose de un derecho personalísimo debería referirse en primer término a la persona menor de edad quien debe consentir y, en segundo plano, los progenitores —uno de ellos, no ambos— quienes deberían prestar el asentimiento y no el consentimiento. Por otra parte, se critica que se exija la intervención de la figura del abogado del niño. ¿Si no hay intereses contrapuestos entre progenitores e hijos/as, se debe solicitar la participación de un letrado? ¿Incluso, si uno o ambos progenitores se oponen al cambio registral, este rechazo debería tener efecto jurídico? Estos interrogantes se vieron agravados a la luz de lo dispuesto en el art. 26 del CC y CN y entender, tanto la doctrina como la citada resolución, que esta disposición también comprende el ejercicio del derecho a la identidad de género a través del cambio registral.

En este marco, se entendió que el cambio de género constituye un acto no invasivo al no poner en riesgo la vida ni la salud de la persona menor de edad que se trate y, por ende, tal acto podría ser realizado por el propio adolescente —de 13 a 18 años— sin el asentimiento de ninguno de sus progenitores. Esta debería ser la interpretación correcta al primar el aforismo jurídico conocido como ley posterior (CC y CN) rige sobre ley anterior (ley de identidad de género), en vez del otro que enseña la primacía de ley especial (identidad de género) sobre ley general (CC y CN) en atención a los derechos en pugna, en particular, el reconocimiento como los NNA como sujetos de derechos y el consecuente principio de autonomía progresiva. En todo caso, el debate interpretativo giraría en torno a los/as niños/as, es decir, las personas menores de edad por debajo de los 13 años.

Lo cierto es que se trata de un debate abierto y los registros civiles que son los organismos administrativos facultados para llevar adelante los cambios de género registrales receptan diferentes prácticas.

Por ejemplo, el registro civil de Río Negro³⁶ distingue según la franja etaria y lo hace del siguiente modo. Si se trata de: a) personas menores de 13 años, estos pueden solicitar el cambio registral con el asentimiento de una de las personas que ejerza la responsabilidad parental y, en caso de no contar con dicho asentimiento, las personas que ejerzan formal o informalmente roles de cuidado pueden participar y acompañar la petición ante el Registro Civil fundado en la mirada *pro minoris* que recepta la Resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación y la noción de referente afectivo que recepta el 7 del Decreto 415/2006 reglamentario de la Ley N°26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; b) personas de entre los 13 y 16 años de edad, pueden solicitar el cambio registral con el asentimiento de una de las personas que ejerza la responsabilidad parental y, en caso de no contar con dicho asentimiento, las personas que ejerzan formal o informalmente roles de cuidado podrán participar y acompañar la petición y si ello no fuera posible, se entiende que es suficiente con el pedido del adolescente ante el Registro Civil con la correspondiente asistencia del abogado del niño o letrado especializado y c) personas mayores de 16, se entiende que cuentan con autonomía absoluta para solicitar ellos mismos el cambio registral del género ante el Registro Civil.

Por su parte, en la Provincia de Buenos Aires³⁷ se explicita que si la persona solicitante es menor de 18 años, deberá además de prestar conformidad, cumplimentar con los siguientes requisitos: a) persona menor de 13 años: deberá presentarse con sus progenitores/as o representantes legales y con asistencia de abogado/a del niño o niña (si no es posible, abogado/a con matrícula de la jurisdicción); b) persona de entre 13 y 16 años: deberá presentarse con al menos uno o una de sus progenitores/as o representantes legales y con asistencia de abogado/a del niño o niña (si no es posible, abogado/a con matrícula de la jurisdicción) y c) persona de entre 16 y 17 años: deberá contar con asistencia de abogado/a del niño o niña (si no es posible, abogado/a con matrícula de la jurisdicción).

36 GOBIERNO DE RÍO NEGRO (2022).

37 GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (s/f).

Por lo tanto, se puede advertir que, si bien se coloca el eje en la persona que pretende el cambio de identidad de género y no en sus representantes legales como lo dispone la ley especial, en lo relativo a los requisitos que se exigen hay algunas variaciones en lo relativo a si se necesita el asentimiento de uno o ambos progenitores en los supuestos de doble determinación filial y en lo relativo a la asistencia letrada.

3.4. El acceso a las terapias integrales de hormonización y la intervención quirúrgica

Como se adelantó, la ley de identidad de género permite las terapias hormonales como así también, la intervención quirúrgica en el art. 11 titulado “Derecho al libre desarrollo personal” que reconoce “a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa”. En lo relativo a las personas mayores de edad “Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona”; ahora bien, para las personas menores de edad se establece que

Regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad.

Agregándose que en ambos supuestos -sea mayores o menores de edad- “Los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce” y “Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación”. Por lo tanto, la normativa se preocupa no solo por reconocer el derecho a las terapias hormonales y las intervenciones quirúrgicas, sino también lo atinente a su acceso al incluir este tipo de procedimientos médicos en el programa médico obligatorio.

Focalizándonos en las personas menores de edad y en atención a lo que acontece en la práctica, es dable agregar que no solo se admiten dos tipos de tratamientos: 1) hormonales o de hormonización y 2) operación o intervención quirúrgica, sino que también integra este ámbito los denominados *bloqueadores* tal como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya en el 2020:

Quando hablamos de intervenciones médicas de reafirmación del género, no debe pensarse solamente en cirugías, que de hecho no se practican a personas cuyos cuerpos están todavía en crecimiento, sino que nos referimos también a tratamientos de bloqueo y reemplazo hormonal. Los bloqueadores hormonales se suministran al momento de la pubertad, y por eso es fundamental garantizar el acceso de niñas trans a la atención médica adecuada para cuidar de su salud transicional³⁸.

Una vez más se debe hacer una interpretación integral del juego entre lo previsto en el art. 11 de la Ley N°26.743 y el aludido art. 26 del CC y CN que recepta una doble diferencia dentro de la categoría de adolescentes: 1) con relación a las edades, de 13 a 16 y de 16 a 18 años y 2) con respecto a la entidad del acto: invasivo o no invasivo según se encuentre comprometido o no la vida y la salud. ¿Qué sucede con los adolescentes en lo relativo a los

38 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2020).

tratamientos integrales hormonales e intervenciones quirúrgicas? El art. 11 de la Ley N°26.743 los admiten, pero —a diferencia de las personas mayores de edad— con ciertos condicionamientos: a) se aplican los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado y b) en particular, en lo que respecta a la intervención quirúrgica total o parcial se adiciona como requisito contar con autorización judicial, la cual debe expedirse en un lapso máximo de 60 días desde la solicitud de tal acto médico.

Precisamente, en el marco de este juego o interacción normativa entre la ley especial (identidad de género) y la general y posterior (legislación civil y comercial) varias voces doctrinarias se inclinan por entender que

Si se trata del acceso a un tratamiento hormonal por razón de identidad de género, y siendo este un acto no invasivo en los términos antes explicitados, a partir de los 13 años bastará el consentimiento del adolescente, no requiriéndose que el mismo se integre con el asentimiento de los progenitores. Por el contrario, el asentimiento parental sí será requerido cuando se trate de niños/as menores de 13 años, resultando aplicable al respecto lo ya analizado en el apartado anterior respecto a que, a dichos fines, basta el asentimiento de uno de sus representantes legales pues, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 645 del Código Civil y Comercial, este resulta ser un acto para el que no se exige el consentimiento de ambos progenitores; y que, si no hubiese progenitores, bastará el asentimiento del referente afectivo o allegado que, formal o informalmente, ejerza roles de cuidado (de conformidad con el concepto de familia ampliada contemplado en el artículo 7 del Decreto 425/2006, reglamentario de la Ley 26.061; artículo 59 del Código Civil y Comercial; Observación General N° 15 del Comité de Derechos del Niño) (Burgués, 2016; Herrera, 2019; Lamm, 2021)³⁹;

Agregándose:

39 CALÁ (2023), p. 335.

Y si estamos frente a un supuesto de intervención quirúrgica total o parcial por razón de identidad de género, a partir de los 16 años bastará también el consentimiento del adolescente, el que es considerado como un adulto para este tipo de decisiones. Pero, para el supuesto de tratarse de un adolescente de entre 13 y 16 años y en virtud de resultar este un tratamiento invasivo en los términos antes explicitados, se requerirá que el consentimiento del adolescente se integre con el asentimiento de uno de los progenitores —término que ha de interpretarse con el alcance amplio descripto en el párrafo anterior— (Fernández; Herrera y Lamm, 2017). No obstante, conforme se desprende de la letra de la norma en ciernes y ha puesto especialmente de resalto la resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación, en cualquiera de estos supuestos la cuestión no debería salir del ámbito de salud, pues se descarta la exigencia de intervención judicial o representación técnica (abogado del niño) en el proceso de consentimiento de estas prácticas, la que solo se habilitará cuando se trate de una pretensión incoada por un sujeto menor de 16 años y exista conflicto entre este y sus progenitores, o bien ante la ausencia en ese supuesto de representantes o referentes afectivos (Burgués, 2016).

Esta postura reinterpreta el art. 11 de la Ley N°26.743 a la luz de lo que dispone una norma posterior como lo es el Código Civil y Comercial, inclinándose —una vez más— en favor del aforismo ley posterior prima sobre ley anterior, en particular, cuando se trata de adolescentes que se encuentran en la franja entre los 16 a 18 años, fundado en el principio de autonomía progresiva (conf. art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la interpretación que hace de este artículo el Comité de los Derechos del Niño en la Declaración del 11/10/2023) y, por ende, se concluye que en esta caso se debe aplicar lo previsto en la última parte del art. 26 del CC y CN que, reiteramos, dice: “A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. Esta ha sido la relectura que sigue mencionada Resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación⁴⁰ al sostener que

40 Resolución N° 65/2015, de 9 de diciembre de 2015.

Dado que se considera que las prácticas de modificación corporal relacionadas con la identidad autopercibida son prácticas de cuidado del propio cuerpo reguladas en el art. 26 del CC y C, se descarta la aplicación del criterio etario de la ley especial (LDIG), en pos de una armonización constitucional y convencional de los criterios para la presunción de capacidad de adolescentes. Por ello, la interpretación normativa de acuerdo con los principios constitucionales pro persona y pro minoris, implica preferir la aplicación del artículo 26 del CC y C que resulta más protectorio del ejercicio de los derechos de NN y A⁴¹.

Esta pauta interpretación se refuerza apelando a lo que expresa el art. 13 de la ley de identidad de género que, en su carácter de cláusula de cierre, titulada *Aplicación* dispone que

Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo.

Esta postura ha encontrado eco en la jurisprudencia argentina que se ha animado a decretar la inconstitucionalidad del art 11 de la Ley N°26.743 en lo atinente a la exigencia de intervención judicial previo a la intervención quirúrgica de personas menores de edad. Nos referimos al caso resuelto por el Juzgado de Familia N°1 de Trelew de fecha 07/09/2021⁴², en el marco de un amparo incoado por un adolescente de 17 años que solicita ordenar a una obra social a garantizar al 100% la cobertura de la prestación de modificación corporal consistente en la práctica quirúrgica de mastectomía de masculinización bilateral, atento que dicha institución se negó a cubrir la cirugía fundado en la exigencia previa de la correspondiente autorización judicial. Aquí se concluyó que

41 Resolución N° 65/2015, de 9 de diciembre de 2015.

42 Juzgado de Familia de Trelew N° 1, Rol N° 813-2021, de 7 de septiembre de 2021, con nota de SPAVENTA (2022) y CURTI (2021).

No se requiere autorización judicial para avanzar hacia la concreción de su sentir más íntimo, por lo que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 26.743 —que solicita la autorización cuando se trata de personas menores de 18 años— y hacer lugar al amparo frente a la denegatoria de la obra social demandada en cubrir la prestación de la cirugía oportunamente solicitada⁴³.

Para arribar a esta solución, se expuso que:

La ley 26.743 de Identidad de Género y más específicamente al reglamentarse el art. 11 de dicha ley, se consagra el derecho al acceso a la salud transicional buscando su despatologización, al eliminar cualquier otro recaudo distinto de la expresión de la identidad personal autodeterminada, y al proclamar el derecho al acceso a procedimientos biotecnológicos de afirmación del género, tales como tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas, mediante el solo requisito del consentimiento informado de la persona involucrada⁴⁴.

“La obra social demandada intenta reducir el pedido del adolescente —la realización de una cirugía de modificación corporal— a un mero capricho aludiendo que no puede esperar 4 meses. Todo ello configura una falta al trato digno y actos de discriminación”⁴⁵.

“El Poder Judicial está obligado a reaccionar de manera rápida y efectiva para restablecer los derechos vulnerados, especialmente si se trata de grupos vulnerables que han sido víctimas históricas de discriminación estructural como lo es el colectivo LGBTIQ+”⁴⁶.

Además, en el fallo se exponen elementos fácticos de la vivencia de los adolescentes trans al destacar la mencionada Resolución 65/2015 y advertir que

43 Ibid.

44 Ibid.

45 Ibid.

46 Ibid.

Sí a tan claras resoluciones las reforzamos con los Principios de Yogyakarta, en la cual en consonancia con la ley 26.743 se conceptualiza que la identidad de género es 'la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales' (...), de la cual se desprende que si bien la identidad de género no se determina con las transformaciones corporales, estos pueden ser necesarios para la construcción de la identidad de género, como es el caso de ..., conforme él mismo lo manifiesta en la entrevista mantenida con el suscripto, cuando al contestar consultado por la Asesora de Familia sobre qué espera de este trámite, dijo que esta intervención quirúrgica implicaría un 'volver a nacer'. En esta línea es que la postura adoptada por la obra social redundaba en una contradicción a los principios de no discriminación y trato digno, ello teniendo especial consideración en que distintos organismos y expertos regionales e internacionales de derechos humanos han desarrollado de manera amplia el concepto de no discriminación con base en la orientación sexual y la identidad de género⁴⁷.

Por lo tanto, la interpretación doctrinaria y jurisprudencial contemporánea es crítica de las restricciones o limitaciones que adopta la ley de identidad de género en lo relativo a las operaciones quirúrgicas, siendo este el acto de mayor envergadura o grado de intervención corporal.

Desde un enfoque actual, es dable destacar que el art. 11 de la Ley N°26.743 ha sido reformado por el decreto 62/2025 del 06/02/2025 que, directamente, prohíbe el acceso a terapias hormonales y la operación quirúrgica a personas menores de edad⁴⁸. Es decir, una gran cantidad de adolescentes en pleno tratamiento hormonal han sido perjudicados en su salud -tanto física como psíquica- a raíz de una decisión inconsulta del Poder Ejecuti-

47 Ibid.

48 Para profundizar sobre este decreto se recomienda compulsar HERRERA (2025).

vo, eludiéndose todo proceso democrático para reformar leyes como lo es el Congreso de la Nación. Esta decisión muestra una actitud más propia de una monarquía que de una democracia por parte quienes se encuentran circunstancialmente a cargo del Poder Ejecutivo, lo cual se condice con la clara resistencia o aversión hacia el enfoque de derechos humanos en general y a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, en particular. En este contexto, fácil se puede observar que la interacción ineludible entre el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos atravesado por el principio de autonomía progresiva se lo advertiría *subversivo* al animarse a interpelar una concepción tradicional y conservadora de las infancias -y en especial de las adolescencias- como objeto de tutela por parte de los adultos, en este caso, del Estado que a través del Poder Ejecutivo obstruye o imposibilita todo acceso a las terapias hormonales y —de manera excepcional— a las operaciones quirúrgicas siendo que la ley de identidad de género exige la correspondiente autorización judicial.

El 62/2025 fue decretado inconstitucional por varios precedentes fundado en dos tipos de argumentos: 1) de forma, es decir, un decreto no puede derogar una ley y 2) de fondo: a través de varios argumentos en el que sobresale el reconocimiento jurídico del acceso a la identidad de género por parte de personas menores de edad. Como síntesis, es dable traer a colación lo resuelto por el Juzgado de 1ra Instancia en lo Contencioso- Administrativo y Tributario N°4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 03/07/2025⁴⁹ en el que se hace lugar al amparo y se procede a ordenar al Gobierno local que mantenga la provisión de tratamientos hormonales en favor de las personas menores de edad, desoyéndose de este modo la prohibición decretada fundado, básicamente:

Principio de progresividad no regresividad teniéndose en cuenta según información médica especializada que

49 Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4, Rol N° 20581/2025-0, de 3 de julio de 2025.

los tratamientos suelen ser ... iniciando con un bloqueo puberal, que es un tratamiento que lleva muchísimos años utilizándose, más de 30 años muy seguro se utiliza sobre todo para el tratamiento de las pubertades precoces y el objetivo que tiene este tratamiento es poner a la persona como en pausa del desarrollo puberal ... Se sabe que esta medicación no es peligrosa, eso ya porque es una medicación que se utiliza desde hace muchísimos años y está totalmente comprobado que puede tener mínimo riesgo de eventos adversos mínimo y que es reversible, que eso es un dato muy importante a destacar⁵⁰.

Principio de realidad al sostenerse que

quienes no tienen acceso a sus tratamientos médicos se ven obligados a la exclusión, a la marginalidad social como antes del año 2012, y en todo caso, a la judicialización para que su derecho, a todo evento, sea reconocido con todo lo que implica en cuanto a los tiempos de los procesos judiciales y los tiempos vitales de la persona que necesita de su tratamiento hoy⁵¹.

Prevención del daño, tras citarse el art. 1710 del CC y CN referido a esta cuestión, se afirma que

En cumplimiento de dicha obligación —prevenir los daños a la salud de personas trans menores de edad— es que habré de ordenar al GCBA dé estricto cumplimiento a la ley 4328 y en consecuencia, garantice a cabalidad el acceso a la salud integral de niños niñas y adolescentes trans, lo que implica brindar la atención necesaria para asegurar la continuidad y el acceso a los tratamientos⁵².

Como se puede advertir, la prohibición de acceder a tratamientos hormonales como a las operaciones quirúrgicas por parte de personas menores de edad —en general, adolescentes— como establece el decreto en cuestión, no solo desconoce lo que sucede a las adolescencias trans, sino que obtura el debate democrático que insume todo proceso de reforma legislativa en el

50 Ibid.

51 Ibid.

52 Ibid.

que los principales protagonistas deberían ser escuchados de conformidad con el derecho a la participación y el principio de autonomía progresiva como elementos fundamentales para la materialización del interés superior del niño (conf. arts. 3, 5 y 12, CDN).

4. PALABRAS DE CIERRE

A 10 años de la puesta en marcha de la legislación civil y comercial argentina que ha significado una verdadera revolución copernicana en la regulación de las relaciones de familia desde el obligado enfoque de Derechos Humanos, se puede afirmar —sin hesitación alguna— que la incorporación y consecuente materialización del principio de autonomía progresiva a través del art. 26 en lo atinente al ejercicio del derecho al cuidado del propio cuerpo de niños, niñas y adolescentes, no solo ha sido un gran acierto, sino que constituye un bastión para repensar el régimen de la capacidad civil de las personas menores de edad en el régimen jurídico argentino. Se trata de una normativa de vanguardia y audaz al colocar el dedo en la llaga en un ámbito que aún se resiste a ser repensado en clave emancipatoria. Sin duda, la *incapacidad jurídica* de las personas menores de edad y la consecuente representación parental —como sinónimo de sustitución, reemplazo y silencio— fueron elementos del derecho civil clásico y conservador que daba mayor seguridad a los adultos. Y sí, el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derechos lo ha cambiado todo.

Sucede que mirar de frente a las personas menores de edad, en especial a los adolescentes, aún genera temor por lo que éstos puedan pensar, sentir y decidir por sí, alejada de la mirada adultocéntrica.

El camino que aún resta por recorrer es largo y sinuoso. Por imperativo constitucional y convencional, este es el sendero que hay que seguir transitando, el de una autonomía progresiva cuidada para la efectiva protección de

derechos. Para seguir sumando reflexiones en esta línea, aquí se ha pretendido analizar y profundizar sobre un ámbito temático que aún causa estupor, resistencia y prejuicios discriminatorios como son las adolescencias trans.

Bienvenidos los debates que se animan a interpelar e incomodar el *statu quo* porque, en definitiva, este es el desafío más profundo al que nos invitan los Derechos Humanos, así en mayúscula. En palabras de la querida activista trans argentina Marlene Wayar en su libro *Una teoría lo suficientemente buena*: “Nadie está obligado a volar, pero tampoco —y esto sí está prohibido— nadie debería cercenarnos las alas a quienes queremos volar”⁵³.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BÓQUEZ POLLONI, Blanca y JORQUERA VÁSQUEZ, Carolina (2024): “Acompañamiento a la identidad de género en niños, niñas y adolescentes trans y/o de género no conforme en la experiencia comparada”, en: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Serie Estudio (Nº 03-24). Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/36874/1/Estudio_N_03_24_Acompanamiento_a_la_identidad_de_genero_en_la_experiencia_comparada_Version_Final.pdf [Fecha de última consulta: 03.09.2025].

CAFFERATA, Ayelén Nadia (2023): “El cambio registral en niñas, niños y adolescentes a partir de la Ley de Identidad de Género. Camino a la plena efectividad de los derechos reconocidos a las infancias trans”, en: Revista de Derecho Civil y Comercial (Año 2024, abril, Nº2), pp. 127-131. Disponible en: TR LALEY AR/DOC/3144/2023 [Fecha de última consulta: 06.10.2025].

CALÁ, María Florencia (2023): “El derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes”, en: Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata, (Nº 53-2023), p. 335.

53 WAYAR (2018).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2020): Situación de derechos humanos de niñez y obstáculos para la filiación en familias LGBT en América Latina. 175º período de sesiones. Disponible en: <https://synergiaihr.org/wp-content/uploads/2020/03/CIDH-Audiencia-Tematica-2020-03-06-Derecho-a-la-Identidad-infancias-tr....pdf> [Fecha de última consulta: 06.10.2025].

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009): “Observación General N°12, El derecho del niño a ser escuchado”, 20 de julio de 2009. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf> [Fecha de última consulta: 06.10.2025].

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2016): “Observación general N°20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”. Documento ONU CRC/C/GC/20, 6 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-20-2016-implementation-rights> [Fecha de última consulta: 06.10.2025].

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2023): “Statement on article 5 of the Convention on the Rights of the Child”, Naciones Unidas, 11 de octubre de 2023. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/crc/statements/CRC-Article-5-statement.pdf> [Fecha de última consulta: 06.10.2025].

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2025): “Convocatoria a contribuciones. Solicitud de presentaciones – el borrador de la observación general sobre el derecho del niño al acceso a la justicia y a un recurso efectivo”. Publicado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR), 26 de septiembre. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc> [Fecha de última consulta: 06.10.2025].

CURTI, Patricio (2022): “No esperó a sus 18 años: identidades de géneros y ejercicio de derechos”, en: *Revista de Derecho de Familia* (Año 2022, N°3), pp. 96-101.

FERNÁNDEZ, Silvia (2014): “Identidades, género e infancias”, en: *Jurisprudencia Argentina - XVI Número Especial de Bioética* (Vol. 6, N°1), pp. 14-31. Disponible en: <https://cadjj.org.ar/wp-content/uploads/2020/07/infancia-trans-doctrina-silvia-fernandez.pdf> [Fecha de última consulta: 06.10.2025].

GOBIERNO DE RÍO NEGRO (2022): “¿Sabías que la SENAF acompaña el cambio registral del género de niñas, niños y adolescentes?”, 24 de febrero. Disponible en: <https://registrocivil.rionegro.gov.ar/articulo/40820/sabias-que-la-senaf-acompana-el-cambio-registral-del-genero-de-ninas-ninos-y-adolescentes> [Fecha de última consulta: 06.10.2025].

HERRERA, Marisa (2025): “Arrancando el 2025 con un decreto nulo e inconstitucional - Las adolescencias trans al paredón”. Disponible en: <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/index/index/exteriorv/2174127/d6ce-78376d59f4d53492fa782b15281b> [Fecha de la última consulta 06.10.2025].

KEMELMAJER, Aída (2024): “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes desde la perspectiva de los derechos humanos de la niñez”, en: *EBOOK-TR* (N°2024), pp. 515 y ss.

KEMELMAJER, Aída (2025): “El derecho al propio cuerpo de niños, niñas y adolescentes. Balance, consolidación y desafíos en la aplicación del art. 26”, en: *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* (N° febrero 2025), pp. 41-56.

LASCANO, Aramis (2017): “Aportes en torno a la desjudicialización de la identidad de género de niños, niñas y adolescentes”, en: Revista Derechos de Acción (Nº4). Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/3930> [Fecha de última consulta: 03.09.2025].

MULLI, Valeria; ZABALZA, María; EYMANN, Alfredo; ALONSO, Guillermo; BELLOMO, María M; BERTINI, María C; KUSPIEL, María F; ORMAECHEA, María N; CATSICARIS, Cristina y BUSANICHE, Julio (2025): “Características de niños, niñas y adolescentes trans y no binarios atendidos en un hospital de tercer nivel”, en: Arch Argent Pediatr. (Vol.123, Nº 1), pp. 1-7. Disponible en: <https://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/archivosarg/2025/v123n1a15.pdf>. [Fecha de la última consulta 03.09.2025].

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (s.f.): “La OMS mantiene su firma compromiso con los principios establecidos en el preámbulo de la Constitución”. Disponible en: <https://www.who.int/es/about/governance/constitution> [Fecha de última consulta: 06.10.2025].

REGISTRO DE LAS PERSONAS (Provincia de Buenos Aires) (s.f.): “Cambio de género”, en: Portal oficial de la Jefatura de Asesores del Gobernador – Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en: https://www.gba.gob.ar/registrodelaspersonas/otros_tramites/identidad_de_genero [Fecha de última consulta: 06.10.2025].

RUSTOYBURU, Cecilia (2023): “Una cosa es la ley, y otra la práctica médica’ Las adolescencias trans en el sistema de salud en Argentina: entre las narrativas de derechos y el adultocentrismo”, en: Revista Latinoamericana Sexualidad, Salud y Sociedad, (Nº39). Disponible en: <https://www.scielo.br/j/sess/a/qDQFMnqWm8X4tdPBpQYxspk/>. [Fecha de la última consulta 03.09.2025].

SPAVENTA, Verónica (2022): “Identidad de género en la adolescencia: desafíos y tensiones en un modelo en construcción”, en: *Revista de Derecho de Familia* (Año 2022, N°2), pp. 31-40.

VARELA, Luciano (2025): “El derecho a la identidad de género en los niños, niñas y adolescentes. Las obligaciones del Estado”, en: GROSMAN, Cecilia y VIDETTA, Carolina (coord.): *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni).

WAYAR, Marlene (2018): *Travesti. Una Teoría Lo Suficientemente Buena* (Caba, Editorial Muchas Nueces).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Declaración oficial sobre el artículo 5, Comité de los Derechos del Niño, 11 de octubre del 2023.

Ley N°26.994, aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 8 de octubre de 2014.

Resolución N°65/2015 de la Secretaría de Salud Comunitaria, Ministerio de Salud de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 8 de enero de 2016.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 28 de agosto de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo, de 24 de noviembre de 2017. Juzgado de Familia de Trelew N° 1, sentencia de 7 de septiembre de 2021, X., X. c. Instituto de Seguridad Social y Seguros s/ acción de amparo, Rol N°813-2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 22 de agosto de 2023, caso María y otros vs. Argentina.

Juzgado de Familia 2, San Fernando del Valle de Catamarca, sentencia del 20 de noviembre del 2023, E. E., M. Á. S/ rectificación judicial de identidad de género.

Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°4, Secretaría N°7, sentencia de 3 de julio de 2025, Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo – salud, Rol N° 20581/2025-0.

EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL INTERÉS MANIFESTADO DEL NIÑO. LA RELACIÓN Y COLISIÓN ENTRE DOS PIEZAS FUNDAMENTALES DEL PARADIGMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL¹


THE BEST INTERESTS OF THE CHILD PRINCIPLE AND THE EXPRESSED INTEREST OF THE CHILD. THE RELATIONSHIP AND CONFLICT BETWEEN TWO FUNDAMENTAL COMPONENTS OF THE CHILD RIGHTS PROTECTION FRAMEWORK

Nicolás Ibáñez Meza*

Resumen:

El interés manifestado de los niños, que es como suele denominarse a aquella visión del niño que contiene sus deseos y expectativas en alguna decisión que le afecta, es una parte integrante del interés superior del niño, dado que por regla general existe una coincidencia entre ellos. Así, normalmente se entiende que los niños desean cuestiones que están alineadas con el ejercicio de sus derechos y el alcance de sus mejores opciones de desarrollo. No obstante, existen algunas situaciones en las que dicho interés manifestado por el niño contradice los lineamientos que impone el interés superior, caso

¹ Artículo recibido el 11 de junio de 2025 y aceptado el 12 de septiembre de 2025.

* Doctor en Derecho. Académico Investigador en Facultad de Derecho U. Autónoma de Chile, Santiago, Chile.  0000-0001-7243-6338. Dirección Postal: Ricardo Morales No3369, San Miguel, Chile. Correo electrónico: nicolas.ibanez@uaautonoma.cl.

en el cual deberá ceder ante aquel. En ese escenario, este trabajo analiza la relación existente entre el interés superior del niño y su interés manifestado y, en caso de colisión entre ellos, busca proponer algunos lineamientos para que ese rechazo al interés manifestado del niño de parte de quienes adoptan decisiones en su vida, sea realizado conforme al marco de la Convención de Derechos del Niño², evitando una invocación vacía del interés superior que de paso a una anulación de la calidad de sujeto de derecho del niño y a la aplicación de planteamientos tutelares.

Palabras clave:

Interés manifestado, Interés superior del niño, Sujeto de derecho.

Abstract:

The expressed interest of the child —commonly understood as the child's own desires and expectations in decisions that affect them— is an essential component of the principle of the best interests of the child, given that these interests frequently align. It is generally assumed that children tend to express wishes consistent with the realization of their rights and the pursuit of their optimal development. However, there are situations in which a child's expressed interest may conflict with what is objectively determined to be in their best interests. In such cases, the former must give way to the latter. This paper examines the relationship between the child's expressed interest and the best interests of the child principle. In scenarios where these interests diverge, it proposes guidelines to ensure that any decision to override the child's expressed wishes is made within the framework of the Convention on the Rights of the Child. The aim is to avoid superficial or paternalistic applications of the best interests principle that undermine the child's legal status as a rights-holder and subject of law.

Keywords:

Expressed interest, Best interest of the child, Subject of law.

2 En adelante e indistintamente como CDN o Convención.

1. INTRODUCCIÓN

El paradigma impuesto por la Convención de Derechos del Niño, en los distintos sistemas jurídicos a los que se ha incorporado, reconoce como una piedra angular de su existencia al cambio de enfoque en la protección de los derechos y de la persona de los niños, niñas y adolescentes. Conocido es que, a través de este tratado de derechos humanos, el niño dejó de ser entendido como un objeto de control e intervención estatal, pasando a ser reconocido como una persona titular de sus derechos.

Este cambio, que dio origen a la doctrina o paradigma de protección integral, reconfiguró la forma en que hasta esa fecha operaba el tratamiento jurídico de las personas menores de edad. Dicho nuevo encuadre es entendido como “el conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia”³ que, en palabras de Casas, pone fin a la representación de los niños entendida como el núcleo de los “aún-no”⁴. De esta manera, lentamente los niños dejan de ser vistos como personas a medias, esos aún no adultos, aún no responsables, aún no competentes o aún no con suficientes conocimientos. Ahora se les identifica como “un sujeto de derecho en sentido pleno y no solo como una persona incapaz representada por los adultos a los que pertenece la competencia y deber de cuidarlos”⁵.

Como explica Barcia, que aunque los mayores de edad tienen “una capacidad de ejercicio más extendida que los menores, ambos son y deben ser tratados de forma igualitaria por el ordenamiento jurídico, es decir, como seres humanos que tienen derechos y que pueden ejercerlos, conforme a las condiciones que para ello el sistema jurídico les reclama”⁶.

3 GARCÍA (1994), p. 28.

4 CASAS (1998), p. 34.

5 BARATTA (2007), p. 20.

6 BARCIA (2013), p. 6.

Si bien este paradigma tiene base en esta destacada igualdad entre todas las personas, que es propia de la perspectiva de derechos humanos, debe precisarse que el hecho de que los niños sean entendidos como individuos de la especie humana titulares de sus derechos fundamentales, no “implica asimilarlos a las personas adultas”⁷. Dicho de otra forma, un niño es tan persona como un adulto, y con ello, gozan de todos los derechos inherentes de la calidad humana, pero dadas sus especiales condiciones derivadas de la etapa vital en la que se encuentran, se hace necesario especificar y “adecuar esos derechos al alcance de sus necesidades”⁸.

Si bien esas adecuaciones y especificaciones tendrán mayor o menor impacto según la materia en la que se trate, lo cierto es que centrando la atención en las libertades derivadas del derecho a la opinión, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad, puede afirmarse que el ejercicio de aquel no corre por la misma senda para los niños y los adultos. Por un lado, las personas mayores de edad tienen un poder de agencia extenso en las preferencias que a sus propias vidas conciernen, estando habilitados para tomar con gran libertad las decisiones sobre los distintos aspectos de su existencia, dada la emancipación que la ley les otorga, y siempre que no caigan en la esfera de lo prohibido. No obstante, esa libertad de decisión adulta no funciona de la misma forma en cuanto a niños se trata, no porque las personas menores de edad carezcan de tal facultad, sino debido a que, precisamente por ser niños, existen ciertos lineamientos protectores que orientan el ejercicio de esa agencia y que incluso podrían llegar a limitar la posibilidad, eficacia y aceptación de las decisiones que los niños tomen en algunas situaciones.

Así, los niños tienen posibilidad de agencia en la adopción de todas las decisiones que afectan a sus vidas, pero aquella es operativizada de manera diversa, ya que para que pueda producir efectos, aquel interés manifestado

7 ALEGRE et al. (2014), p. 28. En el mismo sentido, BASSET (2020), p. 73, afirma que “equiparar a un niño con un adulto siempre resulta a expensas de privarlo de todo el régimen de protección especial pensado en su favor”.

8 ETCHEBERRY y FUENTES (2017), p. 112.

por los niños deberá ser concordante con su interés superior. De esta manera, el principio del mejor interés de los niños funciona como un orientador de esas decisiones autónomas y, por lo mismo, podría constituirse en una barrera que delimita el campo de las decisiones posibles. Por tanto, la amplitud del poder de agencia adulto, que solo exige enmarcarse dentro de los márgenes legales, en el caso de los niños, niñas y adolescentes, debe soportar un nuevo lineamiento: el del interés superior del niño que se trate. De esta forma, si el interés manifestado de los niños no está alineado a su interés superior, el primero pierde eficacia, debiendo ser desechado e imponiéndose el mejor devenir de los niños en omisión (o incluso en contra) de lo que el titular del derecho desea para su propia vida.

En este escenario, este trabajo busca ahondar en las relaciones existentes entre el interés manifestado de los niños y su interés superior, y ello en ambas direcciones. Se analizará primero la incidencia que tiene el interés individual de los niños en la configuración de su interés superior y, luego, ya en el título siguiente, el rol que el principio de interés superior del niño tiene en la determinación del interés manifestado. Con ello, establecida la vinculación entre uno y otro interés, en el título cuarto se analizará específicamente la hipótesis de colisión entre uno y otro, explicando los márgenes en los que la exclusión del interés manifestado debiera darse. Finalmente, el trabajo cierra con algunas conclusiones que representan el intento de aporte de ciertos lineamientos de corrección frente a la problemática motivo de estas líneas.

En cuanto a las definiciones metodológicas, la hipótesis del trabajo consiste en que si bien ambos intereses son elementos fundamentales del funcionamiento del paradigma de protección integral, si el interés manifestado debe ser descartado cuando colisiona con el interés superior de un niño en específico, ello impone exigencias de fundamentación del principio de parte de la autoridad que son mayores a las regulares, y que deben trascender de sus meras aprehensiones personales para que dicha exclusión se mantenga dentro de los márgenes del paradigma de protección de derechos.

El objetivo de estas líneas se radica en aportar algunos lineamientos a los operadores jurídicos que permitan guiar la recepción del interés manifestado en la configuración del interés superior, y también, descartarlo conforme a dicho principio, y todo ello, dentro del encuadre propio del paradigma de protección integral de los derechos impuesto por la Convención de Derechos del Niño. Para el desarrollo, la metodología a utilizar será la analítica y descriptiva de la dogmática tanto nacional como extranjera.

Se deja constancia que en este trabajo se utilizarán las expresiones *niño*, *niños* o *niñez* como términos genéricos que se entienden referir y comprender a todo el grupo humano de las personas menores de dieciocho años, según lo previsto por el artículo primero de la Convención de Derechos del Niño. No obstante, tal uso se verá alterado si en las explicaciones se hace necesario destacar las diferencias sexo-genéricas en aquel grupo (niñas), o las etarias (adolescentes). Del mismo modo, se utilizarán las expresiones abreviadas de *Convención* para referirse a la Convención de Derechos del Niño; y *Ley de Garantías*, para referirse a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia N°21.430 de 2022.

2. LA RELACIÓN ENTRE EL INTERÉS MANIFESTADO Y EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Entendido como el principio rector⁹ de la Convención de Derechos del Niño, el principio de interés superior del niño se define por la Ley de Garantías como aquel que permite “la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías reconocidos”¹⁰ en favor de los niños. Esto exige la tarea primordial de que los derechos sean respetados y aplicados en las decisiones, pero a la vez, también reconoce un componente subjetivo intrínseco y que tiene que ver con la persona del niño, niña y adolescente sobre quien se extiende la medida.

9 CILLERO (1999), p. 47. En el mismo sentido, DUTTO (2011), p. 1; y, más recientemente, CARRETTA y BARCIA (2021), p. 11.

10 Ley N°21.430, de 2022, art. 7°.

Dado que el verbo utilizado por la ley es *satisfacer*, es que teniendo como base que la mayoría de las acepciones aplicables según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española de dicha palabra están asociadas a las ideas de saciar o dar solución, puede reconocerse que su sustrato es necesariamente subjetivo. Por ello, la satisfacción de los derechos se manifiesta en la recepción y utilidad que tenga para el niño la solución que se hubiera diseñado utilizando sus derechos, y así, dicha satisfacción puede entenderse cumplida cuando las decisiones fundadas en el principio están destinadas a cubrir los diversos aspectos de la existencia del niño, orientados al logro del máximo desarrollo posible en las distintas aristas de su vida¹¹.

Con ello queda claro que la utilidad del principio no queda restringida a la sola idea de aplicar derechos debido a dos razones. Por un lado, porque los derechos de los niños, si son derechos en el sentido real de la palabra, deberían aplicarse existiera o no el interés superior del niño, ya que un principio no podría condicionar, como un filtro de entrada, si los derechos, especialmente los consagrados en normas expresas, pueden ser utilizados o no. Segundo, es que el compromiso de efectividad de los derechos viene ordenado por el Art. 4º de la Convención¹², y no por el Art. 3º de su texto que consagra al principio de interés superior del niño. Por tanto, si lo que el principio demanda no es una efectivización ni una aplicación de derechos, sino una satisfacción de aquellos, ello significa que las medidas que utilicen

11 Por ejemplo, según la sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3728-2020, de 23 de septiembre de 2021, “el interés superior del niño alude a (...) posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida orientados al desarrollo de su personalidad”. En sentido similar, ACUÑA (2019), p. 19, afirma que la finalidad del principio “cubre el desarrollo de los potenciales del niño y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de la vida”.

12 “Los estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”. En el mismo sentido, el Art. 12 de la Ley de Garantías, establece que “Es deber del Estado adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier índole, necesarias para dar efectividad a los derechos que le son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes”.

al interés superior del niño deben ser realmente útiles para la persona hacia quien se destinan, satisfaciéndole en sus necesidades materiales, espirituales, morales, físicas y sociales.

Teniendo en cuenta que la idea de la satisfacción aporta un componente subjetivo-humano en la aplicación del principio de interés superior, la construcción del mejor devenir de los niños requiere atención al estado, características y decisiones individuales de los destinatarios de las medidas. De esta manera, “determinar en un caso en concreto cuál es el interés superior, exige la ponderación, el análisis y la armonización de diversas situaciones, lo cual implica tener en cuenta su desarrollo físico, emocional, cognitivo o social”¹³.

De esto sigue que cualquier acción que deba construirse conforme a los lineamientos del principio de interés superior del niño, debe tener en cuenta las pretensiones que la persona titular del principio espera de aquella, porque solo así se puede conocer a ciencia cierta cuáles son los campos que debe satisfacer una medida fundada en el principio. Como expone con claridad Carretta, “la forma preeminente de detectar el provecho para el desarrollo de un ser humano es precisamente consultándole aquello que quiere”¹⁴, y con ello, lo que los niños manifiesten como anhelo, se torna una pieza clave de todo el esquema. De esta forma se instaura la idea del interés manifiesto¹⁵ en la discusión, entendido como el deseo exteriorizado del niño en relación con una medida específica que le afecta, y que contiene sus esperanzas, miedos, anhelos y expectativas sobre la cuestión.

13 HOYOS (2020), p. 49.

14 CARRETTA (2018a), p. 96. En el mismo sentido SEDANO (2021), p. 100, quien señala: “Qué otra cosa podría representar con mayor claridad su interés superior que sus propios sentimientos y deseos”.

15 VILLALOBOS y RAVETLLAT (2021), p. 295, proponen al interés manifiesto como un sinónimo de voluntad del niño, ello con ocasión del rol de los curadores ad litem en los tribunales de justicia chilenos. En el mismo sentido, también referido al marco de actuación de los representantes judiciales del niño, GONZÁLEZ (2022), p. 62, expone que “algunos curadores representan el interés manifiesto de los NNA, actuando como verdaderos portavoces y defensores de lo que sus representados desean”. Por otra parte, pero en directa relación con lo acá desarrollado, DÍAZ (2023), p. 20, refiere que el “interés manifiesto del NNA, no debe ser el único factor para tener en cuenta a la hora de determinar el ISDN”.

Con todo, en este trabajo se prefiere el término *interés manifestado* en vez de el de interés manifestado, ya que, siguiendo nuevamente las explicaciones de la Real Academia de la Lengua, lo manifestado es lo patente o lo claro, y, por tanto, construido a partir de cierto sesgo de obviedad.

Dado que las preferencias de los niños no son siempre evidentes, es que en orden a evitar que ese deseo individual se tiña de razonamientos adultos que les comprendan orientados hacia resultados obvios y preconcebidos, es que el término de interés manifestado parece ser más idóneo. Por ejemplo, bien se podría pensar que el interés manifestado de un adolescente es el de tener una relación directa y regular con aquel progenitor con el que no vive, dado que parece obvio asumir el deseo de aquel de mantener dicha relación; pero que, aplicado que sea a las situaciones en concreto, se transforma en una idea que puede colisionar con el real deseo de aquel joven. Por tanto, como es necesario materializar el carácter de persona individual del niño, su deseo no puede ser supuesto a partir de lo que resulte patente, como lo que debería ser. Su opinión debe ser real, basada en lo que efectivamente aquel anhela, y no en lo que el mundo adulto presupone que el niño quiere.

Esta comprensión pone a prueba la aceptación dogmática de los niños como personas igualmente válidas en el campo de los derechos fundamentales, dado que son planteamientos que colisionan con las posturas civilistas tradicionales fundadas en la capacidad de agencia limitada de este grupo humano. Asumir como posible que el niño forme y exprese una opinión propia, y que esta tenga valor por sí misma, y no por la conformidad adulta con ella, no es una tarea simple dado que implica abandonar las nociones que entienden que la efectividad de su opinión del niño depende de cuán adulta o juiciosa sea¹⁶, planteamiento que se anidó en la visión del niño como una persona inferior, incompleta o imperfecta. Así, como recuerdan Turner y Varas, la capacidad de opinión no puede ser medida desde las reglas de la

16 CARRETA (2018b) afirma en este orden que “la norma establece que debe escucharse a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, y en consecuencia, aquel que no posea dicha habilidad, no debería ser oído”.

incapacidad civil, dado que “mientras el régimen protector de la incapacidad debiera regir los actos patrimoniales del adolescente, el reconocimiento de la autonomía progresiva debiera aplicarse a los actos que realice en orden personal o extrapatrimonial”¹⁷, y esa autonomía, que no es otra cosa que libertad progresiva para el ejercicio de sus derechos, exige reconocer la posibilidad de que el niño exprese lo que estime frente a ellos de forma individual, sin presunciones ni prejuicios de ninguna especie.

Con estas definiciones, se hace necesario indagar sobre la relación entre ambos intereses. Tal como se ha dejado ver, el interés superior y el interés manifestado son piezas clave del paradigma de protección integral, y como tal, no están desconectados el uno del otro. De hecho, como se explicó en algún trabajo anterior¹⁸, tanto la doctrina nacional como la comparada se aprecian contestes en identificar la íntima relación¹⁹ existente entre el derecho a ser oído, base del interés manifestado de los niños, y el principio de su interés superior.

Dicha relación se aprecia en dos sentidos diversos. De un lado, existe una influencia y necesaria participación del niño con su interés manifestado en la determinación del principio de interés superior del niño; y, por otra parte, o más bien, a la inversa, el principio de interés superior del niño también tiene un rol definido en el ejercicio del derecho a ser oído que sostiene al interés manifestado. En resumen: el interés manifestado participa en el interés superior, y a la vez, el interés superior tiene un rol que cumplir en el interés manifestado del niño.

17 TURNER y VARAS (2021), p. 152.

18 Véase IBÁÑEZ (2023), p. 19.

19 LATHROP (2004), p. 222, expone que la “integralidad nos lleva a concebir a estos dos principios íntimamente vinculados; es difícil imaginarse la idea de que un juez asegure haber tenido en debida consideración el interés superior de un niño en un caso de tuición, por ejemplo, si no le ha preguntado su opinión y brindado la debida atención interdisciplinaria”.

Esta relación no es circular, sino que bidireccional, ya que el rol que un interés cumple en el otro es diverso según el encuadre que se trate. Por ello en los apartados siguientes se analizará la forma en la que el interés manifestado de los niños aporta en la construcción del interés superior del niño; y luego, y a la inversa, se analizará cómo opera el interés superior del niño en el ejercicio y recepción del interés manifestado de los niños, niñas y adolescentes.

2.1. El interés manifestado del niño como una condición de posibilidad de la determinación del principio de interés superior del niño

Si bien el art. 7° de la Ley de Garantías agregó dentro del listado de elementos a tener en cuenta en la determinación del principio de interés superior del niño a la opinión de aquel, lo cierto es que esta idea se ha desarrollado de manera consistente y desde antiguo por diversas fuentes dogmáticas y de derecho internacional. Por ejemplo, en la doctrina local destaca Gómez de la Torre, quien afirma que no es posible la plena satisfacción de los derechos del niño sin darle la posibilidad de ser oído²⁰. De la misma forma, Valenzuela y Correa indican que “el principio de participación es una piedra angular en la determinación del interés superior”²¹; y, por su parte, Illanes ha explicado que “en un sistema que reconoce a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, la determinación de su interés superior no es posible de alcanzar sin la consideración de su opinión y autonomía”²².

En el mismo sentido parece inclinarse la doctrina en España. Verdadera expone que el niño deberá participar progresivamente en el proceso de determinación de su interés superior²³. Por otra parte, Rivero indica que el niño es el “partícipe principal en la concreción de su propio interés”²⁴, y, con similar orientación, Sánchez establece que el niño debe realizar “de forma

20 GÓMEZ DE LA TORRE (2018), p. 127.

21 VALENZUELA y CORREA (2022), p. 210.

22 ILLANES (2023), p. 76.

23 VERDERA (2019), p. 156.

24 RIVERO (2007), p. 28.

libre y consciente su propia valoración de intereses determinando lo que más le conviene, no restringiéndose o excluyendo su derecho a participar en la evaluación de su propio interés y su futuro”²⁵.

De esto se sigue que la influencia de la opinión resultante del ejercicio del derecho del niño a ser oído en el principio de interés superior no es simbólica, sino efectiva, ya que la Convención impone el involucramiento de los niños en el proceso de determinación de su bienestar como una participación real²⁶. No se trata de una mera recomendación o de una situación que pueda ejecutarse en la medida que fuere posible, sino que el influjo del interés manifestado del niño aparece como un encuadre basal para materializar el verdadero sentido y contenido del interés superior del niño que servirá de base para una decisión.

Solo con tal forma de procederse logra encuadrar la determinación del principio del mejor interés de los niños con pleno respeto a la calidad de sujeto de derecho que el niño tiene²⁷, lo que, dicho en otros términos, implica que el niño sea “respetado como portador de una percepción autónoma de sus necesidades, percepción de su situación y de la situación alrededor de él; como portador de un pensamiento, una conciencia y una religión; como sujeto del cual dependen libremente la comunicación y la asociación con otros sujetos”²⁸. Así, dado que el niño, al igual que todas las demás personas, tiene el derecho de ser un “protagonista de su propia vida y no un mero espectador”²⁹ de lo que los demás deciden sobre ella, sus deseos y expectativas siempre han de estar presentes en la determinación del interés superior del niño, si se espera que la humanización del paradigma jurídico³⁰ del niño que trajo la Convención no sea solo un discurso retórico.

25 SÁNCHEZ (2003), p. 963.

26 VERHELLEN (2006), p. 114.

27 En este sentido, HENRÍQUEZ (2023), p. 23, afirma que “la opinión del niño (...) es, con mucho, la forma más explícita y concreta de materializar su calidad de sujeto de derechos”.

28 BARATTA (2007), p. 20.

29 DUTTO (2011), p. 9.

30 IBÁÑEZ (2024a), p. 651.

Por tanto, no solo por razones de humanidad, sino también de configuración, la participación se erige como una condición de posibilidad del principio de interés superior del niño³¹. Sin embargo, se precisa que la vinculación entre estos dos elementos se destaca de la forma expuesta por los objetivos que este trabajo persigue, pero ello no implica que quede solo ahí restringido. En otros términos, y concordando con Silva, la relevancia de la participación del niño en los asuntos que le afecten, tanto en la determinación de su interés superior como en cualquier otro aspecto, se entiende como un “criterio de aplicación general, porque en todo asunto que involucre a NNA se debe tener en consideración la opinión de este”³².

Reforzando estas posiciones dogmáticas que reconocen un importante rol al interés manifestado de los niños en la configuración de su interés superior, destaca que dichas ideas también han sido consagradas en algunos instrumentos internacionales. Así, se revisarán algunos planteamientos dados por el Comité de Derechos del Niño en este sentido.

a) La incidencia del interés manifiesto del niño en la configuración de su interés superior según el Comité de Derechos del Niño

Aunque tienen una diferente naturaleza, ya que uno es un principio y el otro es un derecho, y, por tanto, reconociendo distintos grados de operatividad, extensión y exigibilidad, el Comité de Derechos del niño ha puesto al derecho a ser oído al mismo nivel que el principio de interés superior³³ desde un inicio. De hecho, en la Observación General N°1, incluyó dentro de los “principios generales de la Convención”³⁴ a la no discriminación; al interés superior del niño; al derecho a la vida, supervivencia y desarrollo; y al derecho del niño a ser oído, los cuales son entendidos como “una lente a través de la que debe considerarse el ejercicio de todos los demás derechos previstos en la Convención, [que] deben servir de guía a la hora de determinar

31 En este sentido, véase IBÁÑEZ (2022).

32 SILVA (2025), p. 235.

33 DOMÍNGUEZ (2023), p. 84.

34 CRC/C/GC/1 (2001), párr. 6.

las medidas necesarias para garantizar la efectividad de los derechos”³⁵. Este planteamiento de reconocerles como principios generales o, como afirmara en 2009, de “valores fundamentales”³⁶, tras casi 25 años de reiteración³⁷ ya se ha consolidado como una explicación indubitada del Comité, dejando claro el peso y el lugar que aquel organismo le reconoce al principio de interés superior del niño y al derecho a ser oído.

Sin embargo, aun equiparando la importancia, el Comité parece ser consciente de la diferencia operativa que reporta uno y otro elemento. De hecho, tanto en la Observación General N°12, sobre el derecho del niño a ser oído, como en la Observación General N°14, sobre el derecho del niño a que su interés superior del niño sea una consideración primordial, se asigna un rol diferenciado al derecho del niño a ser oído dentro del interés superior.

Así, en la Observación General N°12, sobre el derecho del niño a ser oído, recalca el Comité la importancia y transversalidad del principio de interés superior, afirmando que aquel “es semejante a un derecho procesal que obliga a los estados partes a introducir disposiciones en el proceso de adopción de medidas para garantizar que se tenga en consideración el interés superior del niño”³⁸, agregando luego que, “la Convención obliga a los

35 CRC/C/GC/25 (2021), párr. 8.

36 CRC/C/GC/12 (2009), párr. 2: “El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención”.

37 También pueden encontrarse referencias a la idea de “los principios generales enunciados en la Convención”, en la Observación General N°2 (CRC/C/GC/2 (2002), párr. 19); Observación General N°3 (CRC/C/GC/3 (2003), párr. 5 y 6); Observación General N°5 (CRC/C/GC/5 (2003), párr. 12, 22 y 38); Observación General N°6 (CRC/C/GC/6 (2005), párr. 41); Observación General N°7 (CRC/C/GC/7 (2005), párr. 9); Observación General N°9 (CRC/C/GC/9 (2005), párr. 28); Observación General N°10 (CRC/C/GC/10 (2007), párr. 4 y 5); Observación General N°11 (CRC/C/GC/11 (2009), párr. 23); Observación General N°12 (CRC/C/GC/12 (2009), párr. 2, 6, 68 y 74); Observación General N°14 (CRC/C/GC/14 (2013), párr. 9, 17, 41 y 99); Observación General N°16 (CRC/C/GC/16 (2013), párr. 11, 12 y 79); Observación General N°17 (CRC/C/GC/17 (2013), párr. 16); Observación General N°18 (CEDAW/C/GC/31/CRC/GC/18 (2014), párr. 32); Observación General N°19 (CRC/C/GC/19 (2016), párr. 2, 5, 19, 26, 28, 40, 57, 58, y 89); Observación General N°20 (CRC/C/GC/20 (2016), párr. 14); y Observación General N°25 (CRC/C/GC/25 (2021), párr. 8).

38 CRC/C/GC/12 (2009), párr. 70.

estados partes a garantizar que los responsables de adoptar esas medidas [las fundadas en interés superior] escuchen al niño conforme a lo estipulado en el artículo 12”³⁹.

Cierra el párrafo indicando el Comité que “esta disposición es obligatoria”⁴⁰, de lo que se sigue que no quedaría a discrecionalidad del operador determinar si debe o no recibir la voz del niño en la determinación del interés superior cuando se aplica en una medida en concreto. Por ello, concluye que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3º [referido al interés superior del niño], si no se respetan los componentes del artículo 12 [sobre el derecho del niño a ser oído]”⁴¹.

Con todo, la Observación General expone un argumento que, malentendido, podría llegar a contradecir lo ya expuesto. En el párrafo 71 señala que “el interés superior del niño, establecido en consulta con el niño, no es el único factor que debe tenerse en consideración en la actuación de las instituciones, las autoridades y la administración. Sin embargo es de importancia fundamental”⁴². Así aparecen algunas ideas nuevas que ameritan precisión. Primero, que expone como una ‘consulta’ al interés manifestado, y como tal, con un matiz distinto al de obligatoriedad que antes se hubiera planteado. Segundo, que deja en claro que el interés superior no lo define el niño según su deseo, ya que no es el único factor que deben tomar en consideración las autoridades. Con esto, legítima resulta la duda ¿Es o no obligatoria la consideración al interés manifestado en la determinación del interés superior según el Comité?

Para intentar responder tal interrogante es que se debe fraccionar el derecho bajo análisis, ya que, como se ha explicado en otra oportunidad⁴³, el derecho del niño a ser oído reconoce tres etapas, cada una con distintos

39 CRC/C/GC/12 (2009), párr. 70.

40 CRC/C/GC/12 (2009), párr. 70.

41 CRC/C/GC/12 (2009), párr. 74.

42 CRC/C/GC/12 (2009), párr. 71.

43 IBÁÑEZ (2023), pp. 25-38.

grados de exigibilidad. Por un lado, puede afirmarse que las etapas uno y dos corresponden al derecho a la expresión y al derecho a ser oído. Se trata de elementos inamovibles y presentes en toda decisión, dado que ellos consisten en la posibilidad de poder exteriorizar sus deseos y sentimientos; y de que estos sean puestos en conocimiento de la autoridad que adoptará la decisión. Cosa distinta es la tercera fracción, denominada ‘derecho a ser escuchado’, y que corresponde a la determinación de la influencia que lo expresado por el niño tendrá en la decisión particular, y que, como expone tanto la Ley de Garantías como la Convención, dependen de la comprensión del asunto, de la edad y de la madurez.

Por ello, como ha resaltado parte de la doctrina⁴⁴ y alguna jurisprudencia⁴⁵, debe precisarse que el hecho de que el niño opine y que dicha opinión esté presente en la determinación del interés superior, no se transforma en un derecho a decidir del niño, ni tampoco traslada la responsabilidad de la determinación de su interés superior a sus hombros. Así, el operador debe siempre dar espacio y recibir lo que el niño estime pertinente de expresar (y en la forma que desee hacerlo), teniendo en cuenta dicha opinión en la determinación de su mejor devenir dentro de varias otras consideraciones, pero ello, siempre desde el lente que representa el interés superior del niño.

De esto se sigue que, para que el interés manifestado sea acogido, deberá estar en concordancia con el interés superior. Con ello queda revelado que el principio de interés superior del niño tiene un rol orientador del interés manifestado, pudiendo funcionar como un límite también de aquel. En otros términos: el interés superior es lo que dirime si el interés manifestado puede o no ser acogido en la decisión. El análisis de esta idea es el motivo del título siguiente.

44 ORLANDI (1998), p. 273, expone que “la obligación de oír al niño no es equiparable con la de aceptar su deseo”. En el mismo sentido, LATHROP (2004), p. 219. También aporta RIVERO (2007), p. 185, explicando que “las afirmaciones de los niños ante los jueces pueden carecer de fundamento suficiente para la relevancia de una decisión”.

45 Corte Suprema, Rol N°16928-2016, de 11 de octubre de 2016: “si bien la opinión de la niña es importante, ella no es vinculante para el juez y por sí sola no equivale a lo que se debe entender por interés superior”.

2.2. El rol del interés superior del niño en la efectividad del deseo manifestado del niño

Como quedó revelado, el interés manifestado del niño tiene un papel imprescindible en la determinación de su mejor interés, funcionando como un verdadero requisito de validez. Con todo, dicha idea no debe hacer perder de foco el hecho de que la tarea de determinar y considerar al interés superior no le corresponde al niño, sino al adulto que adopta una decisión respecto de aquel. Así, si conforme a la literalidad del texto de la Convención, “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas (...) una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”⁴⁶, queda claro que el niño no es quien debe evaluar ni autoimponerse lo que se entienda como su mejor interés⁴⁷.

La idea recién planteada debe ser tratada con especial cuidado para no derrumbar el sistema que se ha venido construyendo sobre la idea del niño como un sujeto pleno de derechos. Asumir que la eficacia de los deseos de los niños dependerá solo de si un adulto, la autoridad que tiene en cuenta el interés superior del niño, considera que aquellos son válidos y que pueden ser acogidos, colisiona directamente con la calidad de los niños como sujetos individuales portadores de anhelos y expectativas propias. En el fondo, se trata de un planteamiento que, aunque se exprese con lenguaje renovado acorde a la Convención, si es mal aplicado reduciría las reales opciones de la definición individual de los intereses de los más jóvenes, terminando por subyugar a los niños a un *status* socio-jurídico inferior solamente por el hecho de ser niños⁴⁸.

46 Art. 3.1., Convención de Derechos del Niño, de 1990.

47 Siguiendo a AGUILAR (2008), p. 238, los obligados por el interés superior del niño son, en primer lugar, la familia, luego el Estado y, finalmente, la sociedad toda.

48 Expone LIEBEL (2015), p. 45, para graficar este problema, si “cabe preguntarnos si acaso la Convención ha dado un nuevo significado al concepto de interés superior, un significado que deje atrás sus raíces paternalistas”.

Por ello, conviene tomar ciertas posturas y resguardos argumentales. En lo primero, que tal como criticara Couso hace dos décadas, el planteamiento del niño como una persona con derechos individuales invita a abandonar la idea de que los intereses jurídicos de los niños son necesariamente algo opuesto a sus deseos, ya que eso supone que los niños “casi por definición, desean cosas que no les convienen, guiados por cierta tendencia autodestructiva”⁴⁹. Por tanto, dejar de lado las nociones de los niños como personas que no saben o que no entienden, con voz y decisión infértil, y por ello, necesariamente reemplazable por la perspectiva adulta, es una exigencia basal del funcionamiento de todo el sistema que aporta la Convención⁵⁰. Como expresara Gómez de la Torre, la calidad de sujeto de derecho de los niños no debe ser entendida solo en un enfoque lógico, sino “también debe ser entendido en un sentido ético, como lo opuesto a un objeto que puede ser manipulado por los adultos”⁵¹. Así, si el niño no es una cosa, sino una persona, y además, una individual, completa y válida, su carácter de sujeto de derecho no puede quedar en una declaración nominal, sino que debe materializarse en acciones reales y efectivas que den muestra de que dicha calidad es reconocida, respetada y aplicada.

Por su parte, y en segundo lugar, también ha de tenerse en cuenta que siguiendo al Art. 5° de la Convención, los niños son los primeros convocados en el ejercicio de sus propios derechos, cuestión que representa el lineamiento por el cual la familia debe orientar la crianza y educación de aquellos y que, a su vez, constituye una limitación al actuar estatal. Así, sujetos a la regla natural de la evolución de sus propias capacidades, que la doctrina define como autonomía progresiva⁵², los niños tienen un rol protagónico en la forma, tiempo y finalidad en la que sus derechos son utilizados.

49 COUSO (2006), p. 149.

50 Según GATICA y CHAIMOVICH (2004), p. 2, esos planteamientos son los basales del paradigma del niño en situación irregular.

51 GÓMEZ DE LA TORRE (2008), p. 440.

52 Como destaca BASSET (2023), p. 20, “[l]a noción de autonomía no se encuentra en ninguna parte de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es un concepto deducido de la Convención por parte de la doctrina”.

Como corolario de lo anterior se extrae que el niño es una persona con intereses individuales, dentro de los cuales está el ejercicio de sus derechos fundamentales establecidos por la Convención y, en general, por el ordenamiento jurídico. Así, “es precisamente el ámbito de los derechos esenciales de carácter extrapatrimonial aquellos en que el ordenamiento jurídico debería potenciar el ejercicio de tales prerrogativas”⁵³, lo que impone la tarea de “buscar maneras para que realmente los niños puedan tener un rol significativo en la interpretación y el uso de sus derechos”⁵⁴, no restringiendo el campo de decisión por la idea preconcebida e incorrecta de que los niños no tienen agencia en los distintos aspectos de su vida.

En este marco, debe precisarse que la orientación de la autonomía progresiva está dada, como expresa la literalidad del artículo quinto de la Convención ya referido, en que aquella sea útil para una finalidad específica: “para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”⁵⁵, y todo ello condicionado a la evolución de sus capacidades⁵⁶. Con ello, si la decisión autónoma del niño no tiene esa orientación de ejercer derechos, la pregunta a dirimir está en si esa actitud puede (o no) seguir considerándose como una extensión de esta facultad. Dicho de otra forma: ¿Están amparadas por el derecho las decisiones de los niños consistentes en no ejercer derechos; o, en un sentido más controversial, en actuar en contra de ellos?

53 ALVAREZ (2023), p. 50.

54 LIEBEL (2015), p. 45.

55 Conforme al Art. 11 de la Ley de Garantías N°21.430, de 2022, “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”.

56 Así lo apunta DOMÍNGUEZ (2016), p. 108, cuando refiere que muchas veces “el principio es presentado como si fuere una autonomía ‘a secas’, olvidando que el adjetivo ‘progresivo’ justamente fuerza a que la determinación de la capacidad concreta del niño o del adolescente se realice mediante un examen muy preciso, ajustado al niño en concreto”. Así, como se ha tenido oportunidad de explicar en IBÁÑEZ (2024b), pp. 119-120, “no todos los niños adquieren su autonomía al mismo tiempo, y del mismo modo, no todos los derechos alcanzan la autonomía en su ejercicio en el mismo punto, aun cuando se trate del mismo niño, niña o adolescente”.

El análisis exige ser diferenciado entonces, primero, respecto del no ejercicio de los derechos; y segundo, de la actuación en contra de ellos. Desde ya, la primera situación es de fácil despeje, dado que conforme a la doctrina⁵⁷ y a algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁸, se aprecia con claridad que la idea de autonomía viene asociada a la de libertad y, por tanto, dado que el contenido de la Convención son derechos y no obligaciones, perfectamente el niño puede declinar de su utilización⁵⁹, y así, “también es una garantía en favor del principio que considera al niño como sujeto de derechos, la facultad de renunciar al ejercicio de los mismos”⁶⁰. Una muestra clara de ello se aprecia en el derecho a ser oído, en el que según el Comité de Derechos del Niño, aquel “(...) tiene derecho a no ejercer ese derecho, [ya que] para él (...), expresar sus opiniones es una opción, no una obligación”⁶¹. Además, esta voluntariedad incluye no solo la decisión de exteriorizar su opinión, sino también la forma en la que le ejerce⁶².

57 En este sentido, SÁNCHEZ (2003), p. 957; LIEBEL (2015), p. 59; y LOZANO (2016), pp. 76-77.

58 En la sentencia *Loayza Tamayo vs. Perú* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C-42, de 27 de noviembre de 1998, se afirma que “el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino”, explicación que fue aplicada a niños en la sentencia *Niños de la Calle vs. Guatemala*, también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, C-63, de 19 de noviembre de 1999. En sentido similar refiere la sentencia *Gelman vs. Uruguay* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C-221, de 24 de febrero de 2011, en la que se expone que el derecho a la libertad “en el más amplio término (...) implica la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia. En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquellos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal”.

59 LOZANO (2016), p. 76, indica que “el problema que surge de la relación entre niños y derechos humanos se refiere a la plausibilidad de considerar al niño como sujeto de derechos, ya que estos se encuentran como instrumentos para promover la libertad o la autonomía con un titular que sería, en consecuencia, un soberano libre para ejercer una parcela de libertad de acción”.

60 ETCHEBERRY y FUENTES (2017), p. 117.

61 CRC/C/GC/12 (2009), párr. 16.

62 GARCÍA (2020), p. 30, expone que debe reconocerse que, si los niños son participantes activos del desarrollo de sus propias vidas y titulares de sus derechos, entonces también deberán “tener la posibilidad de ejercitarlos también como niños”.

Acierta Basset cuando afirma que uno de los sentidos en que puede comprenderse a la autonomía es como una capacidad de elección⁶³, y así, los niños tienen la libertad “para escoger su propio estilo de vida y entrar en relaciones sociales de acuerdo a sus propias inclinaciones y sin el control del mundo adulto”⁶⁴, dentro de las cuales estará también la posibilidad de no exigir ciertos derechos, siempre que ello no les afecte mayormente y no se trate de aquellas cuestiones indisponibles.

Mucho más controversial será el segundo caso, en el cual el niño toma una decisión autónoma que va expresamente en contra de sus derechos. Acá no se trata de la decisión de no utilizar una prerrogativa, sino más bien de actuar en su contra a través de decisiones que buscan ejecutar acciones que restan cumplimiento a las disposiciones que la Convención y el ordenamiento jurídico establecen en su favor. En estos casos, puede afirmarse que la regla de autonomía progresiva se rompe, porque si aquella está pensada para ejecutar los derechos que la Convención le otorga, resulta imposible cualquier comprensión que busque sustentar que el Art. 5° permite actuar en contra de la misma Convención porque el niño así lo desea.

Con ello queda establecido que, como refiere Liebel, “el interés superior de los niños proclamado por la Convención, no automáticamente coincide con la visión que los niños mismos tienen de sus intereses y de sus derechos”⁶⁵. Por ello, debe realizarse una diferenciación teleológica del interés manifestado y del interés superior del niño, ya que sobre esa base se podrán comprender las razones por las que el principio de interés superior, bien entendido, no contradice los lineamientos que provienen de la calidad del niño sujeto de derecho, propio del paradigma en el que aquel se inserta, cuando toca desechar el interés manifestado del niño por su mérito.

63 BASSET (2023), p. 35.

64 ESPEJO (2022), p. 621.

65 LIEBEL (2015), p. 45.

a) Las diferencias funcionales del interés superior y del interés manifestado de los niños

Por más que ambos elementos sean denominados con la palabra ‘interés’, el manifestado y el superior, no son términos que están en el mismo plano, ni tampoco son ideas que cumplen la misma función dentro de la protección integral que impuso la Convención. Por un lado, la definición del interés manifestado se realiza conforme a las propias expectativas y deseos del niño, no debiendo responder a ningún otro factor que las motivaciones internas, o como afirma Pérez, “que el niño pueda expresar lo que tenga que decir sobre la situación concreta”⁶⁶. Así, el ejercicio del derecho a ser oído no depende de nada más que de los sentimientos que el niño en específico quiera expresar, porque esa es su función: exteriorizar los “deseos, opiniones y sentimientos”⁶⁷ que el niño vivencie. De esta forma, aunque con formas imperfectas y con manifestaciones que a veces puedan ser extremas o vehementes, el interés manifestado de los niños vale por lo que es y por lo que representa⁶⁸, y no por su coherencia ni por la coincidencia de los adultos con el planteamiento expuesto por el niño.

Por otro lado, ya se ha explicado que el interés superior es un principio que insta a la construcción de una respuesta jurídica que, utilizando los derechos de los niños, contribuya a generar las mejores condiciones de desarrollo posible para aquellos. Así, el interés superior del niño tiene una estrecha relación con los derechos, representándose como un interés de contenido jurídico que, como afirmara Fanlo, aporta en la ejecución de derechos autónomos del niño⁶⁹, y que por tanto, trasciende de las meras consideraciones de bondad o de bienestar social⁷⁰.

66 PÉREZ (2007), p. 254.

67 ESCOBAR y HERNÁNDEZ (2018), p. 55.

68 Como expone RIVERO (2007), p. 173, “en orden a sus sentimientos (...) lo racional tiene menos peso, pero no menor trascendencia en el bienestar de una persona – y más tratándose de un menor”.

69 FANLO (2007), p. 160.

70 CILLERO (1999), p. 54.

De estas manera, el interés superior no es una opinión de los operadores o autoridades adultas, sino que es una construcción más compleja que ello, que está lejos (y bastante) de la discrepancia de opiniones adulto vs. niño. Esta es una fórmula destinada en favor de los niños que permite la máxima satisfacción de sus derechos⁷¹, y no solo una posición personal de parte de quienes adoptan decisiones⁷². Por ello, las funciones del interés superior del niño son diversas de las que el interés manifestado tiene, ya que el primero es una herramienta de uso obligatorio al servicio de los derechos cuando se adoptan soluciones que afectan a los niños para que estas sean útiles para su mejor desarrollo; mientras que el interés manifestado es el resultado del ejercicio del derecho a ser oído, cuya función principal es la exteriorización de los sentimientos y deseos del niño respecto de una situación que le afecta.

Por ello, la exclusión del interés manifestado de los niños es posible y legítima si contradice al interés superior de aquellos en una situación específica, porque mientras que uno representa a la exteriorización de un deseo, el otro constituye una base proyectiva de desarrollo para la persona del niño, en clave de uso y maximización de sus derechos. Por tanto, para afirmar que la superposición del interés superior del niño por sobre el interés manifestado del niño es una cuestión tutelar contraria a la Convención, entonces habría que rebajar el poder del principio a un cúmulo de buenas intenciones del adulto que adopta la decisión⁷³. Entonces, dado que el conflicto no consiste en una colisión de opiniones en la que los adultos resultan vencedores por ser adultos, dejando relegados a los niños por ser niños, la creencia que de no

71 Art, 7, Ley N°21.430 de Garantías.

72 Por eso se discrepa de las posiciones que entienden al interés superior del niño solo como un beneficio. Por ejemplo, SÁNCHEZ (2023), p. 966, afirma que la operatividad del interés manifestado depende “si estas redundan en su interés, es decir, si le son beneficiosas o no”. En el mismo sentido, MONDACA y ASTUDILLO (2020), p. 3, refiriendo al principio como “lo más beneficioso para los niños”.

73 La sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°56-2011, de 18 de febrero de 2011, señala en relación al interés superior del niño, como un “principio de efectividad de los derechos”, contenido en la Convención de Derechos del Niño, la que “no es una declaración de buenas intenciones, sino un compromiso de los estados para adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos”.

acceder a los deseos de los niños se está incurriendo en una práctica tutelar, evidencia la ausencia de comprensión de la forma y funciones para las cuales ha de ser utilizado el principio de interés superior del niño en las decisiones.

Como corolario de lo expuesto, se puede afirmar que, tal como es necesario conocer el interés manifestado para determinar el mejor interés de los niños; a la inversa, el interés superior también cumple un rol en cuanto al ejercicio y efectividad del contenido de la opinión del niño. Si las preferencias manifestadas por el niño apuntan a ejercer los derechos que pretenden aportar a crearlas mejores opciones para su desarrollo, entonces es coincidente con su interés superior; pero si por el contrario, el deseo del niño afecta las posibilidades de desarrollo hacia el futuro, orientándose en contra del ejercicio de sus derechos, entonces aquel pierde eficacia ante el interés superior.

Casos como el del niño que desea abandonar la escuela, la niña que desea mantener una relación sexo-afectiva con un adulto o, mucho más frecuente, la intención de permanecer bajo el cuidado de progenitores que le maltratan gravemente, pueden considerarse como atentatorios a su interés superior, ya que son preferencias que no permiten dar efectividad a sus derechos y que poco contribuyen a la creación de las mejores condiciones de desarrollo futuro para esos niños. Con ello, siendo viable que se rechacen las pretensiones de los niños por su interés superior, la pregunta a responder ahora está dada en orden a determinar los requisitos que aquel principio debe cumplir para lograr dicha exclusión de deseos, sin traspasar la frontera propuesta por el paradigma de protección integral.

3. LOS REQUISITOS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA EXCLUSIÓN DEL INTERÉS MANIFESTADO DE LOS NIÑOS

Establecida que sea la posibilidad de excluir el interés manifestado por el interés superior del niño, dicha conclusión exige de un examen más específico para poder afirmar que estas decisiones se mantienen dentro de los límites

del paradigma de protección y del enfoque de derechos. Los requisitos a cumplir aparecen en dos frentes distintos: uno de fondo y otro de forma, y ambos igualmente importantes.

En cuanto a la primera arista de fondo, es menester que la petición del niño cuando es rechazada, lo sea por cuestiones objetivas, lo que de inmediato excluye cualquier base en el mero deseo, aprehensión o preocupación del agente tomador de decisiones. Esto, que parece obvio, no lo es en la práctica, ya que no es extraño encontrarse con situaciones en las que se rechazan peticiones dadas en el ejercicio de la autonomía de los niños, por colisionar con convicciones personales del mundo adulto, sean del abogado que le representa, de sus progenitores o incluso de los jueces.

Por ejemplo, Contreras, expone que un curador “debe cesar en su función si estima que no puede realizar una defensa técnica cabal por estar en desacuerdo de sus pretensiones”⁷⁴. Ante tal diagnóstico puede cuestionarse, desde la comprensión del derecho a la defensa como parte integrante del derecho humano al debido proceso, si dicha posibilidad surge en los adultos. Si la respuesta es afirmativa, es decir, que los abogados solo representan a personas adultas con las que comulgan en sus pretensiones, entonces se justificaría la decisión de abandonar las defensas por no compartir el interés manifestado del niño.

Peor aún será en el caso en el que sean los jueces o tomadores de decisiones los que rechazan peticiones de niños porque no las comparten, utilizando al interés superior del niño “a la carta”⁷⁵. Un ejemplo claro es el inexplicable rechazo a la realización de la audiencia reservada de niños que solicitan hablar con el tribunal, bajo la idea de que la interacción del

74 CONTRERAS (2023), p. 185.

75 GARCÍA (2020), p. 44.

niño con el aparataje jurisdiccional le es perjudicial⁷⁶. Llamativo resulta que un lugar y una autoridad convocados como garantes de los derechos de los niños, sean entendidos como elementos contrarios a su interés superior.

De esto se sigue que quien adopte decisiones que involucren a los niños debe fundamentar y motivar el rechazo al interés manifestado por el interés superior, no bastando su mención, sino que llenándolo de contenido en la clave que se ha propuesto: con base en los derechos del niño. Así, es el fundamento jurídico, el de derechos, el que permitirá justificar que la autonomía progresiva está limitada en ese caso, aunque exista el grado de madurez suficiente de parte del niño o adolescente, y ello, dado que el deseo se orienta a algo distinto a ejecutar derechos. Si no se identifica un derecho con el que realizar la oposición, o no se explica con detalle cómo es que el deseo del niño atenta contra aquel, la medida se transforma en antojadiza, y como tal, en tutelar.

Como consecuencia de lo anterior, surgen los requisitos de forma, que exigen hacer algo más que nombrar al principio y al derecho conculcado por el interés manifestado del niño. Así, este requerimiento radica en que la fundamentación se transforma en una pieza clave, porque constituye la necesaria información de salida en la que la sentencia se hace cargo de las razones por las que el interés manifestado fue descartado⁷⁷. A esto se refiere Henríquez cuando indica, resaltando la relevancia de los deseos de los niños

76 CARRETTA (2018b), p. 415, critica a la omisión infundada para la realización de la audiencia reservada, lo que califica como una patología. Además, la doctrina local ha hecho notar que este problema no sería solamente una cuestión local. En el mismo sentido, FUENTES y GARCÍA (2015), p. 73, exponen que “en el derecho comparado se constata la preocupación de someter a los niños a las reuniones judiciales, porque ellas pueden resultar perjudiciales para ellos y para su interés superior”.

77 Siguiendo al Comité de Derechos del Niño CRC/C/CG/12 (2009), párr. 45, “dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como una mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o denuncia”.

en la configuración del interés superior, que debe “el juez o jueza fundar, con un estándar más elevado, las razones por las cuales decide en contra de esa opinión”⁷⁸. Ello permitirá habilitar al niño a ejercer los derechos procesales que se le confieren por la ley, específicamente, su derecho a recurrir⁷⁹.

4. CONCLUSIONES

Si el principio de interés superior del niño consiste en la plena satisfacción de los derechos del niño a fin de permitir su holístico desarrollo, el rechazo del interés manifestado por sus titulares debe desglosar las razones por las que, sean los derechos o el pretendido holístico desarrollo, se ven en riesgo de acogerse lo solicitado por el niño. Sin este ejercicio, es decir, si solo se plantea que no se da lugar al deseo del niño por contradecir su interés superior, este principio resulta invocado con un contenido desconocido, pudiendo fácilmente ser un ropaje de juridicidad de convicciones personales del juez o autoridad que, al no coincidir con el deseo del niño, terminan siendo excluidas. Por ello, afirmar de manera reiterativa que *el interés superior supera al interés manifestado* no basta, porque ello, sin la fundamentación jurídica adecuada significa literalmente nada.

De esto deriva que el rechazo al interés manifestado debe contener una explicación clara y fundamentada en derecho, es decir, demostrar que lo que el niño desea pone en riesgo objetivo el efectivo goce y ejercicio de los derechos de aquel, y además la forma en la que ello hace tambalear a la finalidad de dar óptimas condiciones para su máximo desarrollo. Por ello, el juez debe ser capaz de dar una explicación sobre cómo y por qué el deseo manifestado afecta a ese derecho en particular y advertir las consecuencias que ello tendrá para el desarrollo del niño tanto en su momento presente como futuro. Si no es capaz de ello, entonces la muestra es clara de que

78 HENRÍQUEZ (2023), p. 23.

79 Art. 50, Ley N°21.430, de 2022.

el interés manifestado es el más acorde con su interés superior, porque no existen motivos razonables y/o jurídicos para no acoger lo que el destinatario de las medidas desea para sí.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACUÑA BUSTOS, Andrés (2019): “Principio de interés superior del niño: dificultades en torno a su aplicación en la legislación chilena”, en: *Opinión Jurídica* (Vol. 18, N°36), pp. 17-35.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2008): “El principio de interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Estudios Constitucionales* (Año 6, N°1), pp. 223-247.

ALEGRE, Silvina; HERNÁNDEZ, Ximena y ROGER, Camille (2014): *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas* (Buenos Aires, Unicef).

ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy (2023): “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes y la modificación de componentes de su identidad personal: apellidos y filiación”, en: MONDACA, Alexis; ILLANES, Alejandra e RAVETLLAT Isaac (eds.): *Lecciones de derecho de la infancia y adolescencia II. El principio de autonomía progresiva* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 47-68.

BARATTA, Alessandro (2007): “Democracia y derechos del niño”, en: *Justicia y Derechos del Niño* (N°9), pp. 17-25.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2013): “La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez”, en: *Revista Ius et Praxis* (Año 19, N°2), pp. 3-52.

BASSET, Úrsula (2023): “Autonomía progresiva: génesis y significado para las niñas, niños y adolescentes de hoy”, en: MONDACA, Alexis; ILLANES, Alejandra e RAVETLLAT Isaac (eds.): *Lecciones de derecho de la infancia y adolescencia II. El principio de autonomía progresiva* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 19-46.

BASSET, Úrsula (2020): “Sutiles evoluciones en la comprensión de los derechos de la infancia: niños y adolescentes ciudadanos en el siglo XX”, en: DOMÍNGUEZ, Carmen (ed.) *Convención Internacional de los Derechos del Niño. Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 65-81.

CARRETTA MUÑOZ, Francesco y BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2021): *Convención de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en el contexto judicial* (Santiago de Chile, Der).

CARRETTA MUÑOZ, Francesco (2018a): “Algunas precisiones adjetivas sobre el derecho del niño a ser oído, a propósito de un estudio empírico”, en: *Revista de Derecho* (Vol. 86, N°243), pp. 93-119.

CARRETTA MUÑOZ, Francesco (2018b): “El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: la esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 45, N°2), pp. 407-426.

CASAS, Ferran (1998): *Infancia: Perspectivas psicosociales* (Barcelona, Paidós).

CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999): “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”, en: *Revista Justicia y Derechos del Niño* (N°9), pp. 45-62.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2021): CRC/C/GC/25: Los derechos de los niños en relación con el entorno digital.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2016): CRC/C/GC/20: Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2016): CRC/C/GC/19: Sobre elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4).

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER Y COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2014): CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18: Sobre prácticas nocivas.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2013): CRC/C/GC/17: El derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego y las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31).

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2013): CRC/C/GC/16: Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2013): CRC/C/GC/14: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2009): CRC/C/GC/12: El derecho del niño a ser escuchado.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2009): CRC/C/GC/11: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2007): CRC/C/GC/10: Los derechos del niño en la justicia de menores.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2006): CRC/C/GC/9: Los derechos de los niños con discapacidad.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2005): CRC/C/GC/7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2005): CRC/C/GC/6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2003): CRC/C/GC/5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2003): CRC/C/GC/3: El VIH/SIDA y los derechos del niño.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2002): CRC/C/GC/2: El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2001): CRC/C/GC/1: Propósitos de la educación.

CONTRERAS ROJAS, Cristian (2023): “Una mirada al derecho de participación judicial y la curaduría ad litem de niñas, niños y adolescentes”, en: RAVETLLAT, Isaac y MONDACA Alexis (eds.): Manual de derechos sobre la infancia y adolescencia (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 163-189.

COUSO SALAS, 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”, en: Revista de Derechos del Niño (Nº3 y 4), pp. 145-166.

DIAZ PANTOJA, Juliana (2023): Entre la autonomía progresiva y el interés superior del niño y de la niña. Una mirada holística a los derechos de la niñez y adolescencia (Valencia, EdUPV).

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2023): “El derecho del niño a ser oído en Chile en tiempos de pandemia: lecciones hacia el futuro”, en: LÓPEZ, Patricia (dir.): Estudios de Derecho de Familia VI. Actas de las sextas jornadas nacionales. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales (Santiago de Chile, Thomson Reuters) pp. 81-99.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2016): “Autonomía en materia de niñez: Tensiones y perspectivas”, en: BARRÍA, Manuel (ed.): Estudios de Derecho Civil XI (Santiago de Chile, Thomson Reuters) pp. 101-112.

DUTTO, Ricardo (2011): “El principio del mejor interés del niño y sus derivaciones procesales”, en: MICROJURIS (ed.): Colección de doctrina comparada, ponencia del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal. Disponible en www.microjuris.com/, cita online MJD9291 [Fecha de última consulta: 16.03.2022] pp. 1-11.

ESCOBAR GALLARDO, Paulina y HERNÁNDEZ CÁDIZ, María Victoria (2018): Interés superior del niño. Principio general del derecho (Santiago de Chile, Hammurabi).

ESPEJO YAKSIC, Nicolás (2022): “Los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, en: IBARRA, Ana María (ed.): Curso de Derechos Humanos (Ciudad de México, Tirant lo Blanch), pp. 617-658.

ETCHEBERRY COURT, Leonor y FUENTES MAUREIRA, Claudio (2017): “El derecho de los niños a ser oídos”, en: UNICEF (ed.): Constitución política e infancia: una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile (Santiago de Chile, Unicef), pp. 111-147.

FANLO CORTÉS, Isabel (2007): “Los derechos del Niño y las teorías de los derechos. Introducción a un debate”, en: Revista Justicia y Derechos del Niño (Nº9), pp. 159-176.

FUENTES MAUREIRA, Claudio y GARCÍA ODGERS, Ramón (2015): “Entre la opacidad y la irreflexión: a propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los Tribunales de Familia”, en: Revista de Derecho de Familia (Vol. III, Nº7), pp. 55-82.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1994): Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral (Bogotá, Forum Pacis).

GARCÍA RUBIO, María Paz (2020): “Qué es y para qué sirve el interés superior del menor”, en: Actualidad Jurídica Iberoamericana (Nº13), pp. 14-49.

GATICA, Nora y CHAIMOVICH, Claudia (2004): “El derecho no entra a la escuela”, en: Revista de Psicoanálisis con niños Fort-DA (Nº7), pp. 1-8.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2018): “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”, en: Revista UCUDAL (Nº18), pp. 117-137.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2008): “El nuevo derecho de la niñez”, en: FUNDACIÓN FUEYO LANERI (dir.): Estudios de Derecho Privado. Libro Homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), pp. 435-460.

GONZÁLEZ LUCHSINGER, Constanza (2022): El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la defensa técnica (Santiago de Chile, Rubicón).

HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio (2023): *Ley de Garantías y Protección Integral de Derechos de la Niñez y Adolescencia. Análisis crítico de la Ley N°21.430* (Santiago de Chile, Der).

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva (2020): “La dignidad del niño: fundamento del interés superior del niño”, en: DOMÍNGUEZ, Carmen (coord.): *Convención Internacional de los Derechos del Niño. Estudios y experiencias en Chile y en Latinoamérica a 30 años de su entrada en vigencia* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 43-63.

IBÁÑEZ MEZA, Nicolás (2024a): “La negativa del niño a cumplir su régimen comunicacional. Algunas reflexiones en torno a la importancia de la voz del niño en la relación directa y regular”, en: BARRIENTOS, María Francisca (dir.): *Estudios de Derecho de Familia VII. Actas de las séptimas jornadas nacionales. Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 649-670.

IBÁÑEZ MEZA, Nicolás (2024b): “Explicaciones sobre la incorporación del principio de autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes en el artículo 323 del Código Civil relativo a los alimentos”, en: DOMÍNGUEZ, Carmen (dir.): *Estudios de Derecho de Civil XVII. XIX jornadas nacionales de Derecho Civil. Villarrica 2023* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 117-134.

IBÁÑEZ MEZA, Nicolás (2023): “Hacia una nueva lectura y aplicación del derecho del niño a ser oído en Chile”, en: LÓPEZ, Patricia (dir.): *Estudios de Derecho de Familia VI. Actas de las sextas jornadas nacionales. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 17-45.

IBÁÑEZ MEZA, Nicolás (2022): “El derecho a participación como condición de posibilidad del interés superior del niño”, en: DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA, ARGENTINA (coord.): IX Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y Adolescencia (Córdoba, Defensoría de la Niñez), pp. 1-13.

ILLANES VALDÉS, Alejandra (2023): “El interés superior del niño como consideración primordial de la atribución del cuidado personal a terceros en el contexto de la ley N°21.430 ¿Derogación tácita del artículo 226 del Código Civil?”, en: LÓPEZ, Patricia (dir.): Estudios de Derecho de Familia VI. Actas de las sextas jornadas nacionales. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 61-80.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2004): “El derecho del niño a ser oído”, en: DORA, María (coord.): Nuevas tendencias del Derecho (Santiago de Chile, LexisNexis) pp. 201-231.

LIEBEL (2015): “Sobre el interés superior de los niños y la evolución de sus capacidades”, en: Anales de la Cátedra Francisco Suárez (N°49), pp. 43-61.

LOZANO VICENTE, Agustín (2016): “Los derechos del niño: cuestiones sobre su fundamentación”, en: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud (14-1), pp. 67-79.

MONDACA MIRANDA, Alexis y ASTUDILLO MEZA, Constanza (2020): “Aplicación del principio de interés superior del niño en las autorizaciones judiciales para salir al extranjero: comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile de 24 de abril de 2018, (Rol 42.542-2017)”, en: Revista de Derecho (Vol. 27), pp. 1-22.

PÉREZ MANRIQUE, Ricardo (2007): “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, en: Revista Justicia y Derechos del Niño (N°9), pp. 251-257.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2007): *El interés del menor*, segunda edición (Madrid, Dykinson).

ORLANDI, Olga (1998): “El derecho del niño a ser oído en los procedimientos judiciales vinculados con la familia”, en: *El derecho de Familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Comisión II, el niño como sujeto de derecho* (Mendoza, Rubinzal), pp. 270-277.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen (2003): “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, en: CABANILLAS, Antonio; CAFFARENA, Jorge; MIQUEL, José María; MONTES, Vicente y, PANTALEÓN, Fernando (coords.): *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Semblanzas. Derecho Civil, parte general* (Madrid, Civitas), tomo I, pp. 951-974.

SEDANO TAPIA, Joaquín (2021): *El interés superior del niño y su recepción en los contextos nacionales. Análisis a la luz del derecho comparado* (Ciudad de México, Belisario Domínguez).

SILVA BERRIOS, Valentina (2025): “El bienestar: un criterio para determinar el interés superior de niños, niñas y adolescentes”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº44), pp. 217-252.

TURNER SAELZER, Susan y VARAS BRAUN, Juan Andrés (2021): “Adolescentes en Chile: propuesta de armonización de su condición de relativamente incapaces con el reconocimiento de su autonomía progresiva”, en: *Revista de Derecho Privado* (Nº40), pp. 149-171.

VALENZUELA RIVERA, Ester y CORREA CAMUS, Paula (2022): “El derecho a participar de los niños, niñas y adolescentes y la nueva Constitución”, en: CILLERO, Miguel; VALENZUELA, Ester y GONZÁLEZ, Juan Pablo (eds.): *Familias, infancia y Constitución* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 201-236.

VERHELLEN, Eugene (2006): *Convention on the rights of the child. Background, motivation, strategies, main themes, fourth edition* (Amberes, Garant).

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz (2019): *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción* (Navarra, Thomson Reuters Aranzadi).

VILLALOBOS MOLINA, Paula y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2021): “Medidas de protección a niños, niñas y adolescentes en situación de crisis sanitaria. De la teoría a la práctica”, en: LEPIN, Cristian e RAVETLLAT, Isaac (dir.): *Covid-19 y Derecho de Familia* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 265-298.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de derechos de la niñez y adolescencia. Diario Oficial, 15 de marzo de 2022.

Decreto 830, Promulga Convención sobre los Derechos del Niño. Diario Oficial, 27 de septiembre de 1990.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 27 de noviembre de 1998, rol N°C-42.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 19 de noviembre de 1999, rol N°C-63.

Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de fecha 18 de febrero de 2011, rol N°59-2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 24 de febrero de 2011, rol N°C-221.

Corte Suprema, sentencia de fecha 10 de noviembre de 2016, rol N°16928-2016.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 23 de septiembre de 2021, rol N°3728-2020.

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR (NNA) EN EL
ÁMBITO DE LA SALUD. EL CONSENTIMIENTO
INFORMADO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.
ESPECIAL REFERENCIA A MENORES DE EDAD
TRANSEXUALES E INTERSEXUALES EN LA NUEVA
LEGALIDAD ESPAÑOLA¹⁻²**

**THE BEST INTERESTS OF THE CHILD IN THE FIELD OF
HEALTH: INFORMED CONSENT OF
CHILDREN AND ADOLESCENTS, WITH SPECIAL
REFERENCE TO TRANSGENDER AND INTERSEX
MINORS UNDER THE NEW SPANISH LEGAL
FRAMEWORK**


Pilar Benavente Moreda*

Resumen:

Este trabajo se centra en el análisis del interés superior del menor en el ámbito sanitario, particularmente en situaciones que involucran a niños, niñas y adolescentes (NNA) en tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas con repercusiones físicas, mentales o psicológicas graves o irreversibles. Se analizan los diferentes escenarios en los que se ponen en juego la

1 Artículo recibido el 29 de agosto de 2025 y aceptado el 25 de octubre de 2025.

2 Elaborado en el marco del Proyecto “La protección de la persona y de los colectivos vulnerables ante el avance de la tecnología” (PID2024-155802NB-I00), financiado por MICIU / AEI /10.13039/501100011033 / FEDER, UE.

* Profesora Titular de Derecho Civil. Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid (UAM).  0000-0002-3653-4413. Dirección Postal: c/Kelsen 1, Ciudad Universitaria de Cantoblanco en Madrid. Correo electrónico: pilar.benavente@uam.es.

protección del interés superior del menor y los deberes de representación de los progenitores o representantes legales de aquellos. Analizamos el alcance y funcionamiento del consentimiento informado que se ha de prestar en estos casos, regulado en los artículos 8 y 9 de la Ley N°41/2002 de Autonomía del paciente, partiendo del reconocimiento del derecho fundamental de NNA a ser escuchados y a participar en la toma de decisiones sanitarias según su madurez en base al artículo 9 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Una atención especial se dedica a los menores trans e intersexuales, dado que sus tratamientos suelen implicar intervenciones médicas irreversibles o de gran impacto en su identidad. La Ley N°4/2023, de 28 de febrero, para la Igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI permite rectificar registralmente el sexo en el registro civil, con o sin cambios físicos en la persona y ello se extiende a los menores de edad. La nueva normativa española promueve el respeto a su identidad de género y limita prácticas que puedan considerarse no consensuadas o dañinas, estableciendo protocolos para asegurar su derecho a la autodeterminación y la protección de su salud integral. Analizamos igualmente aquí el posicionamiento de la jurisprudencia (del TS, TC y TEDH) sobre el conflicto entre los distintos intereses ante intervenciones médicas en las que se evidencia la posible colisión de intereses y la forma de solventar las prioridades existentes cuando de menores de edad se trata.

Palabras claves:

Interés superior del menor, Salud infantil y adolescente, Consentimiento informado, Autonomía progresiva, Menores trans.

Abstract:

This paper focuses on the best interests of the child within the health-care context, particularly in situations involving children and adolescents undergoing medical treatments or surgical interventions with serious or irreversible physical, mental, or psychological consequences. It examines the different scenarios in which the protection of the child's best interests intersects with the duties of representation by parents or legal guardians.

We analyze the scope and functioning of informed consent required in these cases, as regulated by Articles 8 and 9 of Law 41/2002 on Patient Autonomy, building on the recognition of the fundamental right of children and adolescents to be heard and to participate in healthcare decisions according to their maturity level, in accordance with Article 9 of Organic Law 1/1996 on the Legal Protection of Minors. Special attention is given to trans and intersex minors, whose treatments often involve irreversible medical procedures or those with a significant impact on their identity. Law 4/2023 of February 28, on the real and effective equality of trans people and the guarantee of LGTBI rights, allows for the correction of sex registration in civil registries with or without physical changes, extending this right to minors. This new Spanish regulation promotes respect for gender identity and restricts practices considered non-consensual or harmful, establishing protocols to ensure their right to self-determination and the protection of their overall health. We also examine the stance of case law (from the Supreme Court, Constitutional Court, and the European Court of Human Rights) regarding conflicts of interest in medical interventions where potential clashes arise, and how priority decisions are resolved when minors are involved.

Keywords:

Best interests of the child, Child and adolescent health, Informed consent, Progressive autonomy, Transgender minors.

1. INTRODUCCIÓN. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO E INTERSECCIÓN ENTRE EL DERECHO SANITARIO Y LOS DERECHOS DEL MENOR

Este trabajo recoge parte de mi intervención en el Precongreso Mundial por los derechos de la Infancia y la Adolescencia (Universidad de Valparaíso, abril 2024) centrado en los *NNA trans en el entorno de la nueva legalidad española. El consentimiento informado en el ámbito sanitario.*

El objetivo es reflexionar sobre la protección del interés superior del menor³ en intervenciones médicas que afectan a su salud física y mental, y que requieren su consentimiento informado. Se analiza el equilibrio entre el derecho del menor a ser oído y participar en decisiones sanitarias, y la intervención de progenitores, tutores o defensor judicial cuando sea necesario, reconociendo su progresiva madurez y superando el paternalismo tradicional.

El estudio se articula en torno a tres normas clave: La Constitución Española (CE), que reconoce derechos fundamentales de los menores; La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), especialmente tras su reforma en 2015, que define en su nuevo artículo 2 el interés superior del menor y la Ley 41/2002 (LAP), que regula la autonomía del paciente y el consentimiento informado, incluyendo el consentimiento por representación de los menores (arts. 8 y 9).

Las reformas de la LAP han reforzado dos aspectos esenciales: la valoración de la progresiva madurez del menor para consentir intervenciones médicas relevantes y el papel del criterio médico para determinar su capacidad intelectual y emocional para consentir. También se analiza cuándo es necesaria la intervención de sus representantes legales.

Parte del trabajo incluye un análisis de la posición del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional españoles y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han perfilado supuestos en los que se ha priorizado la voluntad del menor maduro o, por el contrario, se ha exigido y tenido en cuenta la voluntad de sus representantes legales. Se plantean dilemas como: ¿puede un menor consentir una transfusión vital, una cirugía de riesgo, un trasplante como donante, o rechazar tratamientos paliativos, vacunación, recepción

3 Dado que este trabajo constituye una valoración de la regulación vigente en el derecho español, utilizaré la denominación legal de *menores de edad* al referirme al interés superior del menor, reconociendo que la terminología más adecuada y extendida en textos internacionales y latinoamericanos es la de niños, niñas y adolescentes (NNA). Esta preferencia terminológica se hace extensiva al conjunto del análisis, aunque la legislación y jurisprudencia española mantengan el uso del término “menores”.

o donación de órganos, o decidir sobre un embarazo o cambio de sexo? o ¿Qué ocurre ante abusos en el ejercicio de la patria potestad o los conflictos entre representantes y el menor?.

Se analiza finalmente la situación de las personas transexuales e intersexuales menores de edad en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la Igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI⁴, que permite la rectificación registral del sexo de los menores, conectando para ello con las otras dos normas (LOPJM y LAP) en casos en los que la rectificación del sexo (en menores de 12, 14 o 16 años) no solo sea registral sino también física, a través de procesos de hormonación o incluso cirugía completa de reasignación sexual. La protección del interés superior del menor, su derecho a ser oído y la valoración de su madurez se integran, por tanto, en decisiones médicas complejas, como transfusiones, tratamientos irreversibles o cirugías de reasignación.

Finalmente, se destaca la interpretación que el TS y el TC hicieron en sendas sentencias de 2019, legitimando a los menores de edad maduros para rectificar su sexo registral, declarando inconstitucional el artículo 1 de la derogada Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas que tan solo legitimaba para ello a los mayores de edad. Esta jurisprudencia refuerza el reconocimiento de la capacidad progresiva del menor para decidir sobre su identidad y salud.

2. MARCO NORMATIVO. LOS MENORES COMO PACIENTES

2.1. En general: derecho de los menores a la protección de su salud, a ser escuchados y respetar sus opiniones y a la protección y asistencia durante la minoría de edad

4 Sobre el contenido completo de la citada Ley, BENAVENTE MOREDA (2024), pp. 667-770

Los menores de edad gozan del derecho a la protección de su salud (art. 43 CE), así como del conjunto de derechos fundamentales recogidos en la Constitución (arts. 14 a 29), especialmente aquellos relacionados con la igualdad, la vida, la integridad física y moral, la intimidad, la propia imagen y la libertad ideológica o religiosa. Todo ello ha de interpretarse conforme al principio rector de la protección del interés superior del menor, que prevalece sobre cualquier otro interés concurrente.

Este principio fue reforzado por la reforma del art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) operada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que lo definen como criterio prioritario en cualquier actuación pública o privada que afecte a menores. Su contenido esencial incluye: la consideración de sus deseos y opiniones, la participación progresiva en función de edad y madurez, el respeto a su identidad, cultura, religión, orientación sexual o discapacidad, y la garantía de un desarrollo armónico y no discriminatorio.

La norma establece criterios interpretativos como la edad y madurez, la igualdad y no discriminación, la necesidad de estabilidad en las soluciones adoptadas, el efecto del tiempo en su desarrollo y la preparación para la vida adulta. En suma, se trata de garantizar que toda actuación (pública o privada) respete la autonomía progresiva del menor y fomente su integración y estabilidad personal y social. Las limitaciones a su capacidad de obrar se habrán de interpretar de forma restrictiva.

Los criterios antes mencionados se han de ponderar (art.2.3 LOPJM) teniendo en cuenta entre otras cuestiones: a) La edad y madurez del menor; b) la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría

étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante; c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro o; e) la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

En el ámbito sanitario, este marco se concreta en el derecho del menor a la información, a ser oído y a participar en las decisiones que afecten a su salud, dentro del sistema del consentimiento informado. Este derecho se entrelaza con el de la identidad personal, especialmente en situaciones vinculadas a la identidad de género y los tratamientos médicos que puedan derivarse. La LOPJM refuerza así la necesidad de contar con la intervención de especialistas, la participación de progenitores o tutores y, en su caso, del Ministerio Fiscal o del defensor judicial, siempre bajo la exigencia de motivación de cualquier decisión que pueda afectar negativamente al menor.

Irán en paralelo tales derechos, partiendo de la esencia que se desprende de la LOPJM: El derecho de información, la audiencia y participación del menor; la intervención de los especialistas cualificados, en su caso; las vías de participación de los progenitores o tutor, en su caso la del defensor judicial y por supuesto la del Ministerio Fiscal en defensa *publica* de los intereses de los menores afectados. No queda fuera el derecho a la defensa, que va de la mano, en este caso, de la necesaria y obligada motivación de cualquier decisión que se adopte y que afecta o perjudique los derechos de los menores afectados.

Se desarrolla específicamente el contenido de estos derechos en la esfera de los menores, en la LOPJM de 1996 tras sus sucesivas reformas, partiendo, como acabamos de ver, del artículo 2 que refuerza, con su actual contenido, lo que constituye el *interés superior del menor* por más que siga siendo un

concepto indeterminado, dedicando su Capítulo II a los derechos del menor: honor, intimidad y propia imagen (art.4); información (buscar, recibir y utilizar información adecuada a su desarrollo (art.5); libertad ideológica (art.6); participación, asociación y reunión (art.7); libertad de expresión (art.8) y derecho a ser oído y escuchado (art.9)⁵. A ello se suma la protección derivada del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza la vida privada y familiar, dentro de la cual se incluye la integridad física y moral del menor atendiendo precisamente a la existencia o no de madurez del mismo.

2.2. Reglas generales de representación de los menores

El art. 39 CE impone a los padres el deber de prestar asistencia integral a sus hijos durante la minoría de edad y en los casos en que legalmente corresponda. Gozan igualmente los niños de la protección prevista en los Acuerdos Internacionales que velan por sus derechos. En este marco, la representación de progenitores y tutores constituye una garantía de los derechos del menor, aunque puede entrar en tensión con el reconocimiento de la autonomía progresiva del menor maduro⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional reconoce dicha autonomía en función de la madurez, si bien el ordenamiento mantiene límites objetivos de edad. Esta tensión se manifiesta especialmente

5 La redacción del artículo 9 de la LOPJM, se modificó por el artículo 1.4 de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE-A-2015-8222- nº 175 de 23/7/2015). Tal modificación produce un claro refuerzo en el sistema de protección del interés superior del menor, que pasa por una mejor y mayor delimitación en el artículo 2 de la LOPJM y por la necesidad de profundizar en el derecho del menor a ser oído y escuchado de una forma más completa y compleja delimitando lo que originariamente no lo estaba: oír y escuchar y tomar en consideración las opiniones, deseos y posiciones no solo en el ámbito familiar sino también en todo tipo de procedimientos que les afecten.

6 DE MONTALVO JÄÄSKELAINEN (2019) y ANDREU MARTÍNEZ (2018). Ambos trabajos han resultado fundamentales para el desarrollo y comprensión de las diferentes aristas que se presentan en el ámbito del consentimiento informado de los menores de edad en el marco de la LAP.

en materia de salud, donde en ocasiones corresponde al personal facultativo valorar la validez del consentimiento del menor atendiendo precisamente a la existencia o no de madurez del mismo.

En el marco de las actuaciones representativas de los progenitores encaja todo el sistema de protección y representación previsto en el ámbito del desarrollo y ejercicio de la patria potestad regulado expresamente en los artículos 154 a 168 del Código Civil. Esta se ha de ejercer (art.154 CC) siempre en interés de los hijos, conforme a su personalidad y con respeto a sus derechos y su integridad física y mental. Ello implica, entre otras funciones, la de velar por ellos y representarlos. La adopción de las decisiones en representación de los hijos se ha de tomar siempre con audiencia previa de los mismos si tuvieran suficiente madurez. Se debe garantizar la audiencia de los hijos en condiciones idóneas y en los términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptadas a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando fuera necesario⁷.

El art. 156 CC prevé el ejercicio conjunto de la patria potestad y el recurso al juez en caso de desacuerdo, oyendo siempre al hijo mayor de 12 años. Ello resulta relevante a los efectos de interpretar, posteriormente, el sentido de la norma contenida en el artículo 9 de la LAP. En relación con los menores sometidos a tutela son de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 199 a 238 CC⁸.

7 Este precepto se modificó por el artículo 2.8 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE» núm. 180, de 29/07/2015. BOE-A-2015-8470) , así como por la LO 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia () incorporando la necesidad de garantizar el derecho de los menores a ser oídos en las condiciones idóneas y en términos accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias. Esta última reforma, que pretende garantizar una máxima protección de los menores en situación de violencia, sirve de referente para dar mayor y mejor cobertura en supuestos como los relativos a la protección de su salud, pero en los que igualmente se debe garantizar el ejercicio del derecho a ser oído – y escuchado- con las mayores garantías.

8 La redacción de la totalidad del Título IX del CC ha sido modificada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el pleno ejercicio de su capacidad jurídica (BOE nº132 de 3 de junio).

¿Qué ocurre en caso de desacuerdo entre los progenitores?: conforme a la normativa civil (art.156.3 CC) cualquiera de los dos progenitores podrá recabar decisión judicial que se adoptará, oídas las partes e hijo atendiendo a su madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años. En tal caso el juez atribuirá la facultad de decidir a uno de los progenitores.

En los casos de desacuerdos reiterados, o si concurre una causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirse total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir sus funciones entre ellos, aunque la vigencia de estas medidas está sometida al plazo que se fije judicialmente y, en todo caso, no por uno periodo superior a 2 años. En el caso de que los progenitores vivan separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien convivan los hijos, aunque la autoridad judicial podrá establecer el ejercicio conjunto atendiendo al interés del hijo.

¿Qué ocurre en caso de desacuerdo entre los progenitores y los hijos, cuando existen intereses contrapuestos entre ambos?: También recurriendo a la normativa general de representación legal de los hijos (art.163 CC) el recurso que prevé la norma es el nombramiento de un defensor que los represente en juicio o fuera de él. Sin embargo, si el conflicto se plantea exclusivamente con uno solo de los progenitores, le corresponde al otro por ley la representación sin necesidad de especial nombramiento.

Existen, además, supuestos en los que no cabe representación legal (art. 162 CC): a) en los actos relativos a derechos personalísimos, que han de ejercerse por el propio menor conforme a su madurez; y b) cuando exista conflicto de intereses con los progenitores, supuesto en el que procede igualmente el nombramiento de defensor judicial.

En definitiva, el sistema normativo articula un equilibrio entre la representación de los progenitores, que garantiza la protección del menor, y el respeto a la autonomía progresiva de este. Estas normas son relevantes

y han de tenerse en cuenta, como veremos, cuando estas situaciones se producen en el ámbito de la toma de decisiones que afecta a la salud de los hijos menores de edad.

3. CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES DE EDAD⁹

Tras analizar la tensión entre la autonomía progresiva de los menores y los límites que sin embargo el legislador establece objetivamente y al margen de ello en función de la edad, corresponde abordar la regulación del consentimiento informado en el ordenamiento español, centrado en el menor como paciente en el ámbito de la salud física y mental. El marco normativo se articula principalmente a través de los arts. 8 y 9 de la Ley 41/2002 (LAP). Es importante analizar en paralelo la posición mantenida por la jurisprudencia de nuestros tribunales.

3.1. El respeto de la autonomía del paciente. Derecho a la información. El consentimiento informado de las personas menores de edad en los actuales artículos 8 y 9 LAP. Intervenciones o actuaciones que pueden practicarse sobre un menor de edad

El art. 8 LAP recoge, invariable desde su redacción original, la exigencia del consentimiento informado del paciente, en general, libre y voluntario. Ha de prestarse para toda intervención sanitaria, admitiendo la forma verbal salvo en actos de especial riesgo (intervenciones quirúrgicas, procedimientos invasivos o con repercusión relevante). El paciente puede revocar el consentimiento en cualquier momento.

9 Sobre la evolución del consentimiento informado ALVENTOSA DEL RÍO (2021), pp. 169-194.

El Tribunal Supremo ya había reconocido este derecho como fundamental, incluso antes de existencia de la LAP, en aplicación del artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Así se recoge en sus sentencias de 12 de enero (ROJ: STS 74/2001)¹⁰ y 11 de mayo de 2001 (ROJ: STS 3882/2001)¹¹.

Por otro lado, desde su primera redacción el contenido del artículo 9 de la LAP ha sido objeto de diversas reformas (2010, 2011, 2015, 2015, 2023), centradas sobre todo en el consentimiento de menores y en la interrupción voluntaria del embarazo. En su conjunto, el precepto delimita el consentimiento del menor en función de dos parámetros: la edad (mayores de 16 años o emancipados) y la madurez para comprender el alcance de la intervención, siempre modulados por el criterio del facultativo, en situaciones de grave riesgo)¹².

10 La demanda fue interpuesta por una mujer, contra el médico que la operó mediante la técnica Cloward, con colocación de injertos liofilizados en los espacios vertebrales C-5/C-6 y C-6/C-7. El litigio no se centró en una negligencia médica, sino en la ausencia de información previa al consentimiento otorgado. El TS, en línea con jurisprudencia anterior, fundamenta el derecho a la información médica en los derechos constitucionales a la dignidad y libertad personal, así como en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Según el TS, el consentimiento informado es un derecho humano fundamental derivado de los derechos a la vida, integridad física y libertad de conciencia, y refleja la autodisposición sobre el propio cuerpo. (FD 1º PF.6 - STS 12.01.2001. Roj: STS 74/2001 - ECLI:ES:TS:2001:74.

11 La demanda por daños y perjuicios fue presentada contra el profesional que practicó una vasectomía al actor, sin éxito, ya que este engendró un hijo en agosto de 1994. Tanto el Juzgado como la Sala reconocieron el cumplimiento del deber de información y atribuyeron al demandante la desobediencia de las instrucciones postoperatorias. El Tribunal Supremo, en su FD 7º, analiza las características del consentimiento informado, concluyendo que en este caso se cumplió conforme al artículo 10 de la Ley General de Sanidad. Reitera que dicho consentimiento constituye un derecho humano fundamental, derivado de los derechos a la vida, integridad física y libertad de conciencia, y representa una de las últimas aportaciones en la teoría de los derechos humanos.

12 El artículo 9 LAP ha sido modificado en cinco ocasiones, como consecuencia de las reformas operadas sucesivamente por la LO 2/2010, de 3 de marzo del aborto – apartado 4-(BOE-A-2010-3514-); por la Ley 26/2011, de 1 agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad- apartado 5- .() ; por la Ley 26/2015, 28 julio de protección a la infancia y a la adolescencia- apartados 3, 4 y 5, añadiendo los apartados 6 y 7- (BOE- A- 2015-8470); por la LO 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con

Como veremos, no son pocos los aspectos relevantes y complejos sobre los que se pronuncia el citado artículo 9, al margen del alcance y regulación concreta y también compleja, del *consentimiento informado* en el caso de los menores de edad. A ello nos referimos a continuación.

3.2. Los límites del consentimiento informado de los menores de edad y el consentimiento por representación

Resulta esencial para analizar esta cuestión partir de dos aspectos esenciales que han de concurrir en la valoración de tal consentimiento: a) la edad (dato objetivo) y madurez suficiente para comprender la intervención (“la capacidad intelectual y emocional de comprender el alcance de la intervención”, “capacidad de tomar decisiones”(dato subjetivo))¹³ y b) la existencia de riesgo grave para la vida o salud, cuya valoración corresponde al facultativo sanitario, lo que convierten al profesional sanitario en responsable añadido de la ecuación que hasta ahora se movía exclusivamente entre el dato objetivo de la edad y el subjetivo de la *madurez del menor* para acometer actuaciones dentro del libre desarrollo de su autonomía.

Esto adquiere especial relevancia en intervenciones médicas y quirúrgicas complejas, como aquellas vinculadas a menores transexuales o intersexuales a lo que aludiremos posteriormente.

capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, que nuevamente reforma el apartado 5 en relación con el consentimiento para interrumpir voluntariamente el embarazo (BOE-A-2015-10141-). Y, finalmente, de nuevo en relación con la interrupción voluntaria del embarazo (apartado 5) se vuelve a modificar por la LO /2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE-A-2023-5364).

13 Han surgido críticas respecto a la regulación actual de los apartados 3 y 4 del artículo 9 de la LAP, aunque se acepta generalmente que la regla principal es la madurez del menor, presumiéndose a partir de los 16 años. No obstante, se opta por el consentimiento por representación cuando, pese a tener dicha edad, exista grave riesgo para la vida o la salud del menor. En este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2024), pp.736.

La solución general que ofrece actualmente el vigente artículo 9 de la LAP da paso a una mayor influencia de las decisiones de los facultativos médicos en dos aspectos esenciales: a) Para delimitar y marcar la existencia de una situación de riesgo para la salud o la vida que determine la necesaria intervención de los representantes legales y, b) para marcar por las mismas razones, la desautorización de la actuación de los representantes legales que conduzca, bien a la resolución judicial, bien (ante situación de urgencia) a la toma de decisión directa de los propios facultativos sin recurrir a consentimiento alguno.

Dentro del artículo 9 de la LAP, se regulan tres aspectos especiales: Por un lado, la renuncia a recibir información, por otro, la posibilidad de actuación de los facultativos sin necesidad de contar con el consentimiento de los pacientes y en tercer lugar los supuestos de consentimiento otorgado por representación.

Nos centramos en el tercer aspecto relevante para este trabajo: ¿Cuándo puede el menor (NNA) prestar consentimiento por sí mismo y cuándo debe hacerlo a través de sus representantes legales?

a) Consentimiento autónomo del menor (art.9.4 LAP). Menor mayor de 16 años

Podrán consentir por sí solos los menores emancipados o mayores de 16 años, con capacidad no modificada (regla no modificada en la LAP pese a la inexistencia de incapacitaciones legales tras la Ley 8/2021) y que comprendan emocional e intelectualmente la intervención. Sin embargo, si la actuación implica grave riesgo para la vida o salud del menor, según criterio médico, el consentimiento lo prestará el representante legal, tras oír al menor.

El legislador combina criterios objetivos (edad) y subjetivos (madurez). Además, independientemente de la edad, si existe grave riesgo para la vida del menor, a juicio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante del menor una vez oído este.

b) Consentimiento por representación. Menores de 16 o mayores de 16 en situaciones riesgo vital. No solo la edad importa (art.9, 3 a 7 LAP)

i) ¿Cuándo se ha de prestar el consentimiento por representación?:

Incluso si el menor tiene más de 16 años, el consentimiento debe ser otorgado por sus representantes legales en dos supuestos:

-Por Ausencia de capacidad intelectual o emocional de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme al artículo 9 de la LOPJM 1/1996, de 15 de enero. Aunque el artículo 9.3.c) y 9.4 de la LAP permiten deducir que los menores de 16 años requieren consentimiento por representación en la mayoría de los casos, la interpretación de su capacidad genera incertidumbre y posible indefensión.

-Ante intervención de grave riesgo para la vida o salud mental. En este caso el consentimiento por representación se aplica independientemente de la edad o madurez del menor.

En ambos casos, el facultativo evalúa la capacidad del menor y el riesgo de la intervención, lo que en la práctica deja la decisión en manos del profesional y, en ocasiones, de los tribunales. Esto contrasta con el reconocimiento de madurez en otros ámbitos de la vida del menor.

La norma plantea un conflicto entre el avance hacia la autonomía del menor y un paternalismo persistente. Mientras la Ley 8/2021 ha eliminado la incapacitación en adultos con discapacidad, permitiendo decisiones autónomas incluso en situaciones de riesgo, el artículo 9 de la LAP mantiene

restricciones para menores, aun siendo maduros y mayores de 16 años. Esta tensión traslada la responsabilidad al profesional sanitario, generando dilemas éticos y jurídicos¹⁴.

ii) ¿Cómo han de actuar los representantes a la hora de prestar su consentimiento?: Los representantes legales deben actuar siempre en beneficio del menor, respetando su dignidad y escuchando sus opiniones en la medida de lo posible (arts. 9.6 y 9.7 LAP). En la práctica, esto puede generar conflictos entre la autonomía progresiva y las decisiones paternas, que suelen resolverse mediante la valoración del facultativo y, en su caso, por la vía judicial¹⁵. El consentimiento por representación debe ajustarse a las circunstancias, ser proporcional a las necesidades del menor, orientado a su beneficio y respetando su dignidad. El menor participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones durante el proceso sanitario.

14 Un caso especialmente complejo en salud mental de menores es el de los internamientos por problemas psiquiátricos o de conducta, donde debe primar el interés superior del menor. Este tema es analizado por MONTALVO REBUELTAS (2023) pp. 139-159. El trabajo aborda los protocolos para internamientos en centros psiquiátricos y los desafíos en la administración de medicamentos a menores no ingresados, destacando la necesidad de garantizar el derecho del menor a ser oído. En cuanto al consentimiento farmacológico, se aplica el artículo 33 de la LOPJM (tras la reforma de la LO 8/2015), en coordinación con la Ley 41/2002 (LAP). El consentimiento debe ser libre y consciente, otorgado por el menor si tiene 16 años. Si existe riesgo y el menor se niega, el consentimiento por representación sería procedente, según valoración facultativa (pp. 151 y 155, en que se analiza la problemática del consentimiento farmacológico en menores con patologías psiquiátricas).

15 Son frecuentes los conflictos derivados de la discrepancia entre los representantes legales y los menores, incluso cuando se invoca el beneficio para la vida del paciente. Un ejemplo especialmente complejo es el derecho del menor a morir dignamente y acceder a cuidados paliativos, frente al deseo de los padres de prolongar la vida pese al sufrimiento. ¿Cuál de estas posturas representa el mayor beneficio para el menor? Estos conflictos han sido objeto de pronunciamiento judicial, incluyendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha analizado el alcance interpretativo de las decisiones de los representantes legales. Situaciones similares se presentan en casos de negativa a tratamientos médicos por motivos religiosos, como la oposición a transfusiones de sangre. De ello daremos cuenta más adelante en este trabajo.

iii) ¿Cuál es el contexto real de riesgo, vulnerabilidad y falta de comprensión del alcance de las intervenciones médicas en un menor de edad?: Se consideran situaciones de vulnerabilidad aquellas en que el menor no puede comprender plenamente las implicaciones de la intervención o enfrenta riesgo grave para su salud física, mental o social.

Son dos elementos, por tanto, los que, de nuevo, al margen de la edad (dato objetivo) del *menor paciente*, limitan su capacidad para consentir: *la capacidad de comprender el alcance de la intervención* (que implica una valoración de madurez ad hoc para el caso específico) y *la existencia de riesgo vital o para la salud del menor*.

Estos supuestos se presentan en contextos clínicos (urgencias, enfermedades graves, trastornos psiquiátricos, retraso madurativo, neurocognitivos) y sociales (desamparo, violencia familiar, migración no acompañada). En tales casos, se requiere una valoración multidisciplinaria (facultativo, psiquiatra, trabajador social) y mecanismos adicionales de protección institucional. El juicio inicial sobre la capacidad del menor recae en el profesional sanitario, quien, ante la duda, optará por el consentimiento por representación o solicitará autorización judicial. Esta práctica, aunque garantista, revela, nuevamente, tensiones entre el principio de autonomía progresiva y el paternalismo legal.

Los límites que establece el legislador español y que ciertamente han sido reconocidos por el TS y TC en, entre otras, las sentencias citadas de 2019 (STC 18.07.2019 y STS 17.12.2019) relativas a la legitimación del menor de edad para cambiar de sexo, en las que se parte de la progresiva madurez del menor (de la autonomía progresiva), encuentran sin embargo límites objetivos en la edad (los 16 años) y en la madurez insuficiente en el ámbito sanitario, de la mano de la valoración de los facultativos, lo que nos

sitúa en un ámbito de madurez propia y específica exigida para dar validez al consentimiento informado del menor emitido sin representación alguna —el de la salud del NNA—¹⁶.

Relevante resulta igualmente la valoración e información de los facultativos para dar entrada al consentimiento en los tratamientos de alto riesgo. ¿Cómo se valora este riesgo vital, en qué medida influye el carácter irreversible o impacto psicosocial, físico o psicológico de la intervención, del tratamiento o falta de él, los efectos de la medicación, o la decisión de prescindir del tratamiento, para exigir el consentimiento reforzado, muchas veces con intervención judicial o informe médico especializado?

Dos sentencias del Tribunal Constitucional ilustran la delimitación del consentimiento en casos de riesgo. Por un lado, la STC 154/2002, de 18 de julio¹⁷ y por otro la más reciente, STC 106/2024, de 6 de septiembre¹⁸.

En la primera de ellas se resuelve sobre un supuesto claramente conflictivo: el rechazo por motivos religiosos, por parte de un menor de edad y sus progenitores, a practicarle una transfusión de sangre, con resultado de muerte de este ante la negativa a dicha intervención. Los padres, recurrentes en amparo habían sido condenados penalmente por un delito de homicidio

16 Sanchez Medina aborda el concepto de madurez desde la psicología, buscando ofrecer claves que permitan a los operadores jurídicos valorar adecuadamente la capacidad de actuación de los menores. Siguiendo a Garber, señala que el desarrollo no es un proceso unitario y singular, sino que se produce en diferentes dominios, como el cognitivo, comunicativo, emocional, físico o social. El desarrollo de una de dichas dimensiones no basta para determinar la madurez y no es un proceso unidireccional. El informe sobre la madurez de un menor debe basarse en criterios observables y mesurables alejándose de apreciaciones globales dirigidas por impresiones genéricas. SANCHEZ MEDINA (2024), pp. 27-95.

Sobre la confrontación entre los criterios de edad versus madurez, vid. igualmente el trabajo de LÓPEZ DE LA CRUZ (2024), pp. 97-142.

Desde una perspectiva jurídica, creo, estas pautas evidencian la ausencia de criterios objetivos que garanticen un espacio de seguridad en decisiones tan relevantes como el consentimiento informado. No obstante, considero que el criterio de la madurez, aunque complejo, resulta más coherente con el sistema vigente de valoración de la capacidad de NNA y más respetuoso con sus derechos constitucionales.

17 Tribunal Constitucional, 154/2002, de 18 de julio de 2002.

18 Tribunal Constitucional, 106/2024, de 12 de octubre de 2024.

por omisión. En el recurso debía resolverse sobre la colisión y conflicto existente entre los derechos, constitucionalmente protegidos, de la integridad física y moral, vida y libertad religiosa del hijo menor y la libertad religiosa de los padres. Para el TC la vida y la salud del menor son bienes jurídicos superiores que justifican la intervención médica incluso sin consentimiento.

Por otro lado, el contexto en el que se pronuncia el TC en la sentencia de 2024, parte del conflicto entre los progenitores sobre la necesidad de someter a tratamiento psicológico de la hija menor de edad. El resultado del proceso culmina con la autorización al padre para iniciar dicho tratamiento sin consentimiento de la madre priorizando el bienestar emocional del menor.

Hablar de la existencia de situaciones de *grave riesgo para la vida o salud del menor* nos sitúa también dentro de los márgenes de las situaciones de riesgo clínico para la vida o salud física (más evidentes, quizás, objetivamente hablando) o de riesgo para la salud mental o situaciones de riesgo social. Los menores en contextos clínicos o sociales de vulnerabilidad presentan características que requieren un enfoque reforzado en términos de protección jurídica y bioética: Dentro del riesgo clínico podríamos incluir a los menores con enfermedades graves, trastornos psiquiátricos, situaciones de urgencia médica o patologías que afecten a la capacidad de comprensión, como retraso madurativo o trastornos neurocognitivos. En estos casos, el consentimiento informado puede requerir valoración multidisciplinaria: pediátrica, psiquiatra y de trabajo social.

Cundo el menor se encuentra en una situación que no le permite comprender las implicaciones médicas también se justifica la necesidad de implementar mecanismos adicionales de protección institucional.

En *riesgo social*, se encuentran los menores en situación de desamparo, acogimiento residencial, violencia familiar o migrantes no acompañados, entre otros. De tal forma que la fragilidad del entorno familiar puede comprometer el ejercicio legítimo del consentimiento por los representantes legales.

Dentro de estos márgenes nos vamos a mover a continuación para analizar algunos de los supuestos en los que los tribunales se han movido precisamente bordeando la existencia *de grave riesgo para la vida* en tanto en cuanto, la intervención médica o el tratamiento pueda afectar directamente a la vida o la salud física o mental del menor o, con mayor complejidad, cuando sobre lo que gira el consentimiento o la falta del mismo es sobre la decisión de no realizar tratamientos, no intervenir quirúrgicamente, no medicar, no transfundir o en definitiva, no abordar un tratamiento que permitiría seguir viviendo o que permitiría mantener artificialmente la vida del menor. Tratamientos *positivos* por un lado frente a *ausencia de tratamientos* como vertientes complejas encuadrables en los márgenes del consentimiento informado¹⁹.

Por otro lado, se encuentran aquellas otras intervenciones *en positivo* con repercusiones, no tanto o no solo *vitales* por subsistencia física, sino vitales en cuanto a la repercusión o irreversibilidad de estas. La interrupción

19 Resulta decisiva la Circular 1/2012, de 3 de octubre emitida por la fiscalía general del Estado que aborda el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos surgidos en torno a las transfusiones de sangre a menores de edad en casos de riesgo grave para sus vidas. En ella se analiza el marco jurídico del consentimiento informado como derecho fundamental, recogido en el Convenio de Oviedo de 1997, antecedente directo de la LAP de 2002. En la Circular se establecen pautas de actuación ante la incertidumbre que se había creado ante la negativa a recibir transfusiones por razones religiosas, que en su momento derivaron en el fallecimiento de un menor por la falta de consentimiento a practicarla, tanto de los padres como del propio menor. La Fiscalía subraya que el interés superior del menor debe prevalecer en cualquier decisión médica, especialmente cuando hay oposición por parte del menor o sus representantes legales. Se incorpora un criterio mixto de edad y madurez para valorar su capacidad de decisión, estableciendo que los menores emancipados o mayores de 16 años no pueden ser representados en decisiones médicas, salvo en casos de grave riesgo para la vida o la salud. (CIR_01_2012 PDF (). (Circular 1/2012, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave. FIS-C-2012-00001 Fecha: 03/10/2012 (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2012-00001>). Sobre la Circular, vid. FIGUEROA NAVARRO (2012). “Circular 1/2012 sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave”. Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales, 65(1). Recuperado a partir de . Esta circular tiene repercusión directa en la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, incorporando el criterio mixto de edad y madurez del menor para valorar su capacidad de emitir consentimiento ante actuaciones médicas provocando por tanto la reforma del art. 9 de la LAP en el sentido citado.

voluntaria del embarazo (que actualmente tiene una regulación expresa al margen de la LAP dentro de la LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo) es una de ellas. Las intervenciones y tratamientos hormonales e incluso quirúrgicos sobre los menores intersexuales o transexuales son otras de ellas.

iv) Intervenciones o actuaciones que no pueden (algunas de momento) practicarse sobre un menor de edad ni con representación o tienen una regulación al margen de la LAP:

Algunas intervenciones no pueden realizarse sobre menores ni siquiera con representación legal, de acuerdo con el art. 162 CC y la LAP, aunque hipotéticamente se tenga suficiente madurez para otras actividades. Nos referimos a continuación a aquellas:

- La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación (art. 9.5 LAP).

Parece poco adecuado seguir manteniendo la redacción del precepto en los mismos términos en que se expresa la norma, en tanto en cuanto en algunos aspectos se han producido variaciones que pueden crear cierta confusión en cuanto quepa la actuación o intervención de los menores de edad y no sea lo más adecuada la mera remisión a la aplicación de las reglas de la mayoría de edad. Veamos:

Respecto del uso de TRHA, resulta aplicable la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA)²⁰. La normativa resulta clara en cuanto a la exigencia de mayoría de edad tanto para ser donante de gametos (art. 5 LTRHA), como para ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta ley (art. 6 LTRHA). Tal y como aparece

²⁰ Ley 14/2006, de 2006.

redactada esta normativa, parece que esta limitación alcanzaría a la utilización de cualquier técnica coadyuvante de las de reproducción asistida regulada por la ley, tal y como la crioconservación de espermatozoides o la utilización de ovocitos o tejido ovárico crioconservado (a los que alude el art. 11 LTRHA).

Sin embargo, al menos en lo que se refiere a la crioconservación de gametos no debe aplicarse esa interpretación limitativa, en cuanto es perfectamente posible que un adolescente diagnosticado de alguna enfermedad que le pudiera provocar esterilidad o daño gonadal pudiera, previo consentimiento informado sometido a las reglas del propio artículo 9 LAP, decidir crioconservar sus gametos para una futura fecundación²¹. Limitar la crioconservación de su espermatozoides o sus óvulos estaría limitando para el futuro su capacidad reproductiva y esa capacidad, como señaló BUSTOS MORENO, ha de ser protegida al amparo de la protección del derecho a la salud reproductiva y como manifestación del derecho a la dignidad de la persona²².

La LTRHA cuando se refiere al uso de estos procedimientos no excluye expresamente a los menores, pero sí se les excluye, como hemos visto, con carácter general, como donantes de gametos y para ser receptoras de estas técnicas. No creo que en estos casos deba prevalecer la regla limitativa de la mayoría de edad. La decisión sobre el destino de los gametos también debería ser considerada una técnica no limitada por razón de edad, tanto si

21 Como se verá más adelante, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y la garantía de los derechos de las personas LGTBI, establece en su artículo 19.3 la obligación de las Administraciones Públicas de impulsar protocolos de actuación en materia de intersexualidad que garanticen la participación de NNA en la toma de decisiones. En particular, antes de iniciar cualquier tratamiento que pueda comprometer la capacidad reproductiva, se deberá asegurar que las personas intersexuales tengan acceso real y efectivo a técnicas de preservación de tejido gonadal y células reproductivas, en condiciones de igualdad con el resto de las personas usuarias.

22 Vid el trabajo realizado por YOLANDA BUSTOS MORENO (2021), pp. 70-76 donde se argumenta a favor de esta posibilidad sobre la base del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico. *Ibid.*, pp. 91-104, donde se hace un estudio exhaustivo sobre la participación de NNA en procesos vinculados al uso de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), como la donación de gametos con fines reproductivos, de investigación o para uso propio —este último, el supuesto más claro—, al que ya se ha hecho referencia brevemente en el cuerpo del trabajo.

se van a destinar a su propia paternidad como si se decide utilizarlos con fines de investigación. La ausencia de referencia específica en la LTRHA deriva la aplicación de los criterios generales marcados por el artículo 9 LAP sobre consentimiento informado que hemos analizado.

En relación con la práctica de ensayos clínicos, rige el RD 1090/2015, de 4 de diciembre “por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos”²³. Su artículo 5 se refiere expresamente a los ensayos clínicos con menores estableciéndose como requisito la existencia de consentimiento informado parental y también el del menor si tiene 12 años.

- Instrucciones previas (art.11 LAP)

Conforme al artículo 11 de la LAP, solo las personas mayores de edad, capaces y libres tienen la posibilidad de emitir y formular un documento de instrucciones previas, en el que se manifieste anticipadamente la voluntad de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos de este.

No me parece sin embargo pertinente establecer esta limitación para los menores de edad, habida cuenta de la filosofía que se desprende de la actual LAP tras las últimas reformas operadas en 2015 precisamente en defensa de

23 Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, «BOE» núm. 307, BOE-A-2015-14082, de 2015.

De Montalvo destaca la contradicción entre el texto normativo de diciembre de 2015, poco después de la reforma del artículo 9 de la LAP por la Ley 26/2011 y el RD sobre participación en ensayos clínicos. Mientras la LAP establece que, además de la madurez, el consentimiento informado en menores requiere haber cumplido los 16 años, el RD fija el límite en los 12 años, siempre acompañado del consentimiento de los representantes legales. Esta incoherencia normativa refleja, a juicio del autor, un sistema legislativo paralelo que genera confusión en lugar de soluciones, afectando directamente a los profesionales sanitarios, quienes deben asumir la responsabilidad de recabar adecuadamente el consentimiento informado. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2019), p.187.

los derechos e intereses superiores de los menores, apoyadas en el respeto a su progresiva madurez y autonomía. Aunque se ha tratado de justificar esta limitación en lo previsto en el artículo 9.3 c) respecto del grave riesgo vital, que haría entendible la exclusión,²⁴ entendemos que no deja de ser una manifestación más del *paternalismo del legislador* que pretende recomponer la figura de las relaciones paternofiliales sobre la base de unos parámetros nuevos, pero sin embargo sigue arrojando medidas totalmente paternalistas y a veces, injustificadas.

Resulta igualmente contradictorio, que se vete tal posibilidad a los menores que, sin embargo, pueden, conforme a la LAP consentir determinados tratamientos o decidir, en negativo, no prestarse a que se le impongan determinados tratamientos relevantes para su vida²⁵.

- Donación de órganos de menor vivo

El artículo 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos²⁶ establece que el donante vivo debe ser mayor de edad. Sin embargo, en la práctica hospitalaria y en los protocolos hospitalarios se permite en casos muy excepcionales como la donación de médula ósea entre hermanos, y siempre bajo supervisión judicial y ética, con evaluación médica y psicológica y consentimiento informado de los representantes legales e informe favorable del Comité de Ética del hospital²⁷.

24 En este sentido DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2019) p.188.

25 CARDENAS (2018).

26 Ley 30/1979, de 1979.

27 No podemos obviar la existencia de los llamados bebés medicamento, niños concebidos mediante técnicas de reproducción asistida con el objetivo de ser genéticamente compatibles con un hermano enfermo, para donar células madre del cordón umbilical o, excepcionalmente, órganos o tejidos. Estas prácticas requieren autorización de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Aunque éticamente se valoran positivamente por su potencial para salvar vidas sin recurrir a donantes externos, plantean dilemas sobre el consentimiento y la posible instrumentalización del menor, especialmente en relación con su autonomía futura. DE LORA DEL TORO (2015).

La Organización Nacional de Trasplantes (ONT) y la Asociación Española de Pediatría (AEP) han publicado documentos de consenso que abordan los aspectos éticos de la donación pediátrica, referida siempre a donantes fallecidos, incorporando incluso la posibilidad de que un menor, en vida, pueda manifestar con plena madurez, su deseo de donar tras su fallecimiento, pero esto no es considerado como donación *en vida*²⁸.

- En relación con Eutanasia, en estos momentos rige en España la Ley Orgánica 3/2021, de 24 marzo²⁹, conforme a cuyo artículo 5, para poder recibir la prestación de ayuda para morir será necesario, entre otros requisitos, la mayoría de edad y existencia de capacidad y consciencia en el momento de la solicitud.

Creo, no obstante, que, aun tratándose de situaciones diferentes, si un menor con suficiente madurez puede rechazar un tratamiento médico que a la postre le provoque el fallecimiento, debería permitirse la posibilidad de poder recibir la ayuda para fallecer³⁰.

En relación con la prestación de ayuda para morir, es fundamental hacer referencia a principios básicos reconocidos a nivel constitucional, como la libertad, la dignidad o el derecho a la autorrealización personal y la au-

28 Al respecto el documento AEP-ONT (2020) sobre donación pediátrica.

29 Ley Orgánica 3/2021, de 2021.

30 Tanto en Bélgica como en Países Bajos se reconoce la capacidad a los menores para solicitarla. En Bélgica desde 2014, sin límite de edad, siempre que el menor, cumpliendo con el resto de los requisitos y con la autorización de los padres, fuera competente para la toma de decisiones. En Países Bajos puede practicarse en recién nacidos hasta los 12 meses de vida, según los criterios del denominado Protocolo de Groningen y a partir de los 12 años, según la competencia de la persona, en igualdad de condiciones que los adultos. A partir del 1 febrero de 2024, además, puede practicarse a menores de entre 1 y 12 años (en este caso, con el consentimiento de los padres) (Ley de 28/05/2002, relativa a la Eutanasia (actualizada a 23/03/2020) y Ley de Comprobación de la Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio (Wettoetsinglevensbeëindigingopverzoek in hulpbijzelfdoding (2002). Este debate ha sido abordado por MARTIN-FUMADÓ et al. (2025), donde plantean la necesidad de abrir en España un debate ético y jurídico sobre la eutanasia en NNA. Señalan que este debate debe considerar los distintos posicionamientos éticos, culturales, sociales y deontológicos, incluyendo la opinión de los profesionales de la pediatría.

todeterminación, aunque respecto de los NNA, la cuestión se vuelve más compleja en tanto en cuanto afecta a personas que apenas han comenzado a vivir. Incluso en los casos en los que se admitiera o se pueda admitir, también se plantea en qué medida su decisión debería primar por encima de la de sus progenitores o representantes legales.

Comparto, sin embargo, la postura de quienes consideran que ha de seguirse el criterio de la madurez del menor para permitir que ante un sufrimiento vital o agonía, si el menor expresa su deseo de no seguir viviendo, pueda considerarse que tiene capacidad sobrada para tomar esta decisión en el ejercicio de su derecho de autodeterminación lo que no se contradice necesariamente con la necesidad de proteger su interés superior que no siempre implica, apunta GARCÍA MAGNA, tener una vida que no se considera aceptable³¹.

- Esterilización forzosa: se rige en este momento por la “Ley orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente”³².

En estos momentos resulta obvia la prohibición de la esterilización forzosa de los menores de edad en tanto en cuanto la norma no diferencia. Que se mencione aquí la esterilización forzosa, es significativo, porque ello implica que en algún momento (hasta hace apenas cinco años) era algo que formaba parte del organigrama institucional *legítimo*.

31 GARCÍA MAGNA (2024), pp. 313-348, especialmente pp. 325-330 y 339-346 donde realiza un estudio pormenorizado de la jurisprudencia del TEDH sobre el tema.

32 Ley Orgánica 2/2020, de 2020.

Esta normativa tiene su origen en la aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada en 2006 (Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Jefatura del Estado «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008: BOE-A-2008-6963). En ella se recoge expresamente (art.23.1, c)) que los Estados Parte tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad asegurando que incluso los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás personas.

La LO 2/2020 deroga expresamente el artículo 156.2 del Código Penal español. Dicho precepto, que en su pfo.1º exime (y eximía) de responsabilidad penal los supuestos de trasplante de órganos, efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, así como las esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, mientras medie consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido, no penalizaba la esterilización forzosa sobre las personas discapacitadas, al señalar que:

No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil³³.

4. LOS CONTEXTOS DE ESPECIAL VULNERABILIDAD Y EN LA LAP: REGULACIÓN Y POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA (TS, TC Y TEDH)

Ya se ha mencionado previamente la posición que en casos concretos ha venido manteniendo el TS y TC español en relación con los menores de edad transexuales (en las citadas sentencias de 2019), a los que me referiré en el último apartado de este trabajo.

Las decisiones en ambos casos se toma dentro del marco de la resolución de un caso concreto, el del cambio de sexo de un menor de edad, pero ha marcado sus pautas, siguiendo en cierta medida los postulados de la Circular de la Fiscalía 1/2012, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones

³³ Ibid.

La propia LO 2/2020 en su preámbulo señalaba expresamente que: *“La permanencia de esta posibilidad legal en el Derecho nacional, más de una década después de la entrada en vigor del Tratado internacional de las personas con discapacidad, constituye una grave anomalía en términos de estrictos derechos humanos...”*

médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, ya mencionada, en consonancia con el juego de normas constitucionales y sustantivas analizadas al comienzo de este trabajo, donde se construye el entramado normativo/protector de los menores de edad, de los NNA en general y en particular cuando se trata de ubicarnos en los márgenes de aquellas actuaciones que, dentro del ámbito de la salud, les afecta directamente.

Analizamos en este apartado, en consonancia, de nuevo, con la regulación en la LAP, la posición mantenida por el TS, el TC y el TEDH. Para este último, se ubica dentro del ámbito de protección del artículo 8 del CEDH la protección de la salud de los menores y el reconocimiento de su autonomía progresiva dentro de los márgenes de su progresiva madurez y dentro del eje central de todos ellos que es la protección de su superior interés en todas las actuaciones que les afecten y, especialmente en aquellas que afectan a su integridad física, mental, a su vida y a su salud.

Analizamos a continuación, algunos supuestos complejos abordados y resueltos por la jurisprudencia del TEDH, junto con una breve referencia a la interrupción voluntaria del embarazo, abordado, este sí, legalmente dentro de la LAP.

4.1. Algunos supuestos conflictivos o complejos

a) Interrupción voluntaria del embarazo

Desde la publicación de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente (LAP), su artículo 9.4 incluyó referencias específicas a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), junto con los ensayos clínicos y técnicas de reproducción asistida, remitiéndose a la normativa general sobre mayoría de edad y disposiciones especiales.

Con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la IVE, se modificó el artículo 9.4 LAP, eliminando la mención expresa al aborto en menores. Esta ley introdujo el artículo 13.4, que otorgaba a las mujeres de 16 y 17 años la capacidad exclusiva para consentir la IVE, exigiendo solo la información a sus representantes legales, salvo en casos de conflicto grave (violencia, amenazas, desamparo).

Posteriormente, la Ley Orgánica 11/2015 reformó el artículo 9 LAP (ahora 9.5), exigiendo el consentimiento expreso de los representantes legales para la IVE en menores o personas con capacidad modificada judicialmente, además de la voluntad de la interesada. Los conflictos se resolverían conforme al Código Civil.

La reforma más reciente, mediante la Ley Orgánica 1/2023, vuelve a excluir la referencia explícita al consentimiento informado de menores en la LAP, remitiendo la regulación al nuevo artículo 13 bis de la LO 2/2010³⁴. Este establece:

-A partir de los 16 años, las mujeres pueden interrumpir su embarazo sin consentimiento de sus representantes legales³⁵.

- Menores de 16 años: se aplica el artículo 9.3.c) LAP, otorgando el consentimiento por representación si la menor no comprende intelectual o emocionalmente la intervención. El representante legal debe escuchar su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la LOPJM.

³⁴ Ley Orgánica 1/2023, de 2023.

³⁵ Por lo que se refiere a la exigencia de los 16 años, se ha señalado que se está utilizando exclusivamente el criterio de la edad para establecer la capacidad para consentir, al margen de la madurez y de la capacidad para comprender el alcance de la intervención, con exclusión expresa de la representación, lo que situaría la regla fuera de los márgenes de la regulación del consentimiento informado previsto con carácter general en el art.9 de la LAP. Si se recurre al criterio de la madurez sin embargo para las menores de 16 años. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2024), p. 736.

- Menores en situación de desamparo: si la tutela ha sido asumida por la entidad pública (art. 172.1 CC), esta prestará el consentimiento. Si no ha sido asumida, lo hará quien tenga la guarda provisional (art. 172.4 CC).

- En caso de discrepancia entre la menor y sus representantes, se resolverá judicialmente, con la presencia del defensor judicial y Ministerio Fiscal, en procedimiento urgente (art. 19.6 LO 1/2023).

Aunque la LO 1/2023 no menciona el artículo 9.4 LAP, cabe interpretar que, si la IVE implica grave riesgo para la salud o vida de una menor mayor de 16 años, el facultativo podría exigir el consentimiento del representante legal, conforme al espíritu de la norma reformada.

b) Transfusiones de sangre. Negativa a practicarla por motivos religiosos (Testigos de Jehová)

Numerosas resoluciones judiciales han abordado los conflictos derivados del rechazo, por parte de progenitores o menores, a los tratamientos médicos esenciales³⁶, especialmente transfusiones de sangre, por motivos religiosos u otros, pese a tratarse de intervenciones sencillas y no invasivas cuya omisión puede provocar el fallecimiento del paciente.

Entre los precedentes más relevantes destaca la ya citada STC 154/2002, de 18 de julio³⁷, dictada antes de la vigencia de la Ley de Autonomía del Paciente (LAP), fuera del marco de los artículos 8 y 9 reguladores del consentimiento informado. La sentencia analizó la validez del consentimiento negativo (“a la no intervención”) y la forma de resolver la colisión entre

36 DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN planteaba si debe exigirse la misma edad o capacidad para aceptar o rechazar un tratamiento. Considera que parece razonable exigir mayor capacidad al menor en el rechazo del tratamiento, cuando éste ha sido propuesto por el profesional, que en la aceptación de este. Criterio que, como el propio De Montalvo recoge, es la posición al respecto mantenida por la Circular 1/2012 de la fiscalía general del Estado ya citada anteriormente, en relación con las transfusiones de sangre DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2019), pp. 240-245.

37 Tribunal Constitucional (Pleno), 154/2002, de 18 de julio de 2002.

derechos fundamentales. El caso versó sobre un menor de 13 años que, tras un accidente leve de bicicleta, sufrió lesiones que derivaron en riesgo hemorrágico grave. Indicada médicamente una transfusión de plaquetas, tanto el menor como sus padres —Testigos de Jehová— la rechazaron por motivos religiosos. Por orden judicial se efectuó la transfusión, pero el menor falleció.

El conflicto enfrentó los derechos a la vida, integridad física, libertad religiosa y de culto, tanto del menor como de sus padres. Estos fueron condenados penalmente por homicidio por omisión con atenuante de estado pasional, y recurrieron en amparo ante el Tribunal Constitucional alegando vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 15 y 16.1 CE. El TC, tras un análisis detallado, reconoció la titularidad del menor sobre la libertad religiosa, pero estableció que, ante un riesgo vital, el interés superior del menor y el derecho a la vida prevalecen sobre su autonomía personal. La vida y la salud constituyen bienes jurídicos superiores que legitiman la intervención médica incluso sin consentimiento.

El TC afirma (F.D.9) que el menor es titular del derecho a la libertad religiosa y que su oposición expresa a la transfusión constituye un ejercicio del derecho de autodeterminación corporal, vinculado al derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE). No obstante, se precisa (F.D.10), que la oposición de un menor de 13 años no puede equipararse jurídicamente a la capacidad para decidir sobre actos con consecuencias irreversibles, como rechazar un tratamiento vital. Así, aunque se reconoce su relevancia, el TC considera que debe prevalecer el derecho a la vida como valor superior del ordenamiento constitucional, sin el cual los demás derechos carecerían de sentido³⁸.

38 En el contenido de este apartado se reflejan los aspectos que, en relación con el valor del consentimiento del menor y los progenitores, se han considerado especialmente relevantes con el tema que nos ocupa. Ciertamente la sentencia del TC sobre lo que tenía que pronunciarse finalmente era sobre el amparo solicitado por los progenitores contra las sentencias penales que les condenaron por delito de homicidio por omisión y es sobre lo que se pronuncia el TC en sus Fundamentos 11 a 15, en los que se analiza si la condición de garantes, atribuida por las sentencias impugnadas a los recurrentes en amparo, resulta afectada --y, en su caso, en qué sentido-- por el derecho de éstos a la libertad religiosa.

Años después, la Fiscalía General del Estado, ya vigente la LAP, mediante la ya citada Circular 1/2012, abordó de forma específica el rechazo de tratamientos médicos por parte de menores, especialmente en casos de transfusiones de sangre, estableciendo criterios de actuación para los conflictos entre autonomía del menor, voluntad de los representantes legales y deber médico de protección. La Circular parte de la valoración esencial de la madurez del menor, diferenciando varios supuestos:

-Si un menor maduro se niega a una transfusión con grave riesgo vital, y sus representantes legales apoyan la intervención, el médico puede realizarla sin autorización judicial, aunque se recomienda acudir al juez de guardia si no existe urgencia.

-Si el menor maduro y sus padres rechazan la intervención, el médico debe acudir al juez o al fiscal, salvo urgencia, en cuyo caso puede intervenir amparado por el cumplimiento de un deber y el estado de necesidad.

-Si el menor maduro consiente y los padres se oponen, debe prevalecer la voluntad del menor, pudiendo el médico actuar sin autorización judicial.

-Si el menor no es maduro y los padres se oponen, el médico —como garante de la vida del paciente— debe acudir al juzgado o al fiscal para solicitar autorización judicial.

-En situaciones de urgencia vital, el facultativo puede intervenir sin autorización, igualmente amparado por las causas de justificación antes citadas.

A la luz de la regulación vigente en el artículo 9 LAP, la negativa a una transfusión en caso de riesgo vital exige el consentimiento de los representantes legales. Sin embargo, conforme al artículo 9.2.b), cuando exista un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del paciente y no sea posible obtener la autorización, los facultativos están legitimados para actuar sin consentimiento.

En definitiva, tanto la STC 154/2002 como la Circular 1/2012 y la LAP consagran un equilibrio entre la autonomía personal y la libertad religiosa frente al deber de protección de la vida y la salud del menor. En última instancia, ante el conflicto entre convicciones religiosas y la preservación de la vida, el ordenamiento jurídico español establece la primacía de esta última como valor superior, legitimando la intervención médica necesaria para salvaguardarla.

c) Vacunación y tratamientos médicos a menores de edad

La cuestión de la vacunación de menores ha generado abundante jurisprudencia, debido al creciente rechazo de algunos progenitores y al frecuente desacuerdo entre ellos. Este fenómeno se intensificó con los procesos de vacunación masiva obligatoria frente a la COVID-19; en este ámbito el Tribunal Constitucional (TC) ha dictado más de 40 sentencias, muchas de ellas referidas expresamente a menores.

A continuación, se examinan las líneas interpretativas más relevantes del TC respecto del consentimiento para la vacunación frente a la COVID-19 cuando existe desacuerdo parental. Previamente cabe advertir la especialidad que en este caso concreto podría suponer esta vacuna en relación con el art. 9.2 a) de la LAP, por la existencia de un riesgo para la salud pública fundado en razones sanitarias legalmente determinadas. No obstante, el análisis que sigue se centra en la interpretación mayoritaria del TC en los casos resueltos sobre administración de la vacuna a hijos menores en supuestos de discrepancia entre sus progenitores.

En los recursos de amparo presentados ante el TC, el fundamento central invocado ha sido *la protección del interés superior del menor en relación con la protección de su salud*, ponderada a la luz de las recomendaciones de las autoridades sanitarias. Estas autoridades, tras valorar riesgos y beneficios, se mostraron mayoritariamente favorables a la vacunación de los menores.

Entre las decisiones más recientes, cabe citar expresamente las STC 148/2023, de 6 de noviembre³⁹; 157/2023, de 20 de noviembre⁴⁰ y STC 180/2023, de 11 de diciembre⁴¹. De 2024 resulta relevantes la STC 14/2024, de 29 de enero⁴² 15 y 29 de enero y 12 de febrero y 11 de marzo de 2024 entre otras muchas.

La STC 148/2023, de 6 de noviembre⁴³, es paradigmática y sirve de fundamento interpretativo en numerosas resoluciones posteriores. En ella se examinaba un recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que estimaron la petición de uno de los progenitores para vacunar a la hija común, de 11 años, frente a la COVID-19. La recurrente presentó el amparo en su propio nombre (no en representación de la menor) alegando vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En relación con el consentimiento informado y la vacunación —hipótesis particular de acto médico— el TC establece, entre otros puntos, los siguientes criterios (FJ 4):

a) La vacunación es un acto sanitario que implica la inoculación de productos biológicos para provocar respuesta inmunitaria y, por tanto, entra en el ámbito de autodeterminación protegido por el art. 15 CE; puede asimismo

39 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia 148/2023, de 6 de noviembre de 2023.

40 Tribunal Constitucional, 157/2023, de 20 de noviembre de 2023.

41 Tribunal Constitucional, 180/2023, de 11 de diciembre de 2023.

42 Tribunal Constitucional, 14/2024, de 29 de enero de 2024.

43 En sentido equivalente las SSTC

conllevar efectos adversos estadísticamente minoritarios, lo que introduce un riesgo potencial para la salud, circunstancia que conduce, igualmente, al ámbito de protección que otorga este derecho fundamental (STC 38/2023).

b) Para que la administración de una vacuna sea conforme a la Constitución es preciso el consentimiento libre, válido e informado de la persona afectada; en ausencia de éste, la constitucionalidad se condiciona al cumplimiento de requisitos: (i) habilitación legal de la medida; (ii) autorización judicial con motivación reforzada sobre su legitimidad constitucional; (iii) fin constitucionalmente legítimo; y (iv) respeto del principio de proporcionalidad (vid. SSTC 207/1996, 217/2015).

c) La capacidad de autodeterminación de menores encuentra su límite en la protección de su interés superior, que se impone como obligación a los progenitores (titulares de la patria potestad) y a todos los poderes públicos, incluida la autoridad judicial; corresponde a éstos garantizar que la decisión no provoque una quiebra relevante, persistente o irreparable del interés superior del menor.

d) La Ley 41/2002 exige que, antes del consentimiento por los representantes legales, se escuche la opinión del menor conforme al art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996. La opinión del menor ha de ser tomada en cuenta en función de su edad y madurez, que habrá de ser valorada por persona especializada, considerándose con carácter general que tal madurez existe a partir de los 12 años (art. 9.2 LO 1/1996).

e) La audiencia del menor puede denegarse por los órganos administrativos y/o judiciales si la motivación se vincula a la tutela de su interés superior (art. 9.3 LO 1/1996).

f) La decisión de los representantes legales sobre el otorgamiento o no del consentimiento informado por representación debe atender a la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y a la satisfacción

de sus necesidades básicas —materiales, físicas, educativas, emocionales y afectivas. — procurando el mayor beneficio para la salud del menor (art. 2.2.a LO 1/1996; art. 9, apartados 6 y 7 Ley 41/2002).

La STC 14/2024 de 29 de enero, revisa un caso análogo: el amparo se dirigía contra resoluciones que otorgaron a la madre la facultad de decidir sobre la inoculación de la vacuna contra la COVID-19 al hijo menor. El TC aplica la doctrina de la STC 148/2023 (FD 4 y 5) y reitera las pautas de ponderación necesarias para determinar si ha existido vulneración del art. 15 CE en supuestos de administración de vacunas contra la COVID-19.

En suma, la línea jurisprudencial del TC combina la exigencia del consentimiento informado con una ponderación del interés superior del menor, integrando la recomendación técnica sanitaria, la evaluación de riesgos/beneficios y las garantías formales (habilitación legal, control judicial reforzado y proporcionalidad) cuando el consentimiento no puede obtenerse o existe conflicto parental.

4.2. Desacuerdo entre los representantes del menor entre sí, con las autoridades médicas y con la voluntad del menor. Protección del derecho a la vida privada dentro del artículo 8 del CEDH y su forma de valorarla por el TEDH⁴⁴

Conviene destacar la posición mantenida por el TEDH respecto a los supuestos vinculados con el consentimiento informado de NNA en relación con el derecho a la salud y la protección de los menores. En estos casos el Tribunal resalta la necesidad de salvaguardar su interés superior, especial-

44 Sobre el desarrollo de la Jurisprudencia del TEDH sobre la eutanasia y suicidio asistido vid el estudio de GARCÍA MAGNA, D., La eutanasia y el suicidio asistido en menores de edad. Regulación y Jurisprudencia en España y en el contexto europeo. En *Personas vulnerables y Derecho* (GARCÍA PÉREZ, O., SANCHEZ HERNÁNDEZ, C., -Dir.-) Tirant lo blanch, 2024, pp 339 a 346 en particular.

mente en lo relativo a la salud, integridad física y mental, así como a los derechos a la vida, integridad personal e identidad, dentro del marco jurídico de protección.

Esta dimensión se encuentra claramente amparada por el derecho a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del CEDH, conforme a la consolidada jurisprudencia del TEDH.

Cabe aludir aquí a algunas decisiones relevantes del Tribunal en supuestos especialmente complejos, ya analizados parcialmente en relación con el artículo 9 de la Ley de Autonomía del Paciente (LAP) de 2002: tratamientos paliativos, retirada del soporte vital, sedación terminal o intervenciones quirúrgicas urgentes necesarias para la preservación de la vida del menor. Estos casos plantean cuestiones interpretativas de gran trascendencia, pues revelan que la protección del interés superior del menor puede, paradójicamente, expresarse en la posibilidad de acceder a cuidados paliativos que garanticen una muerte digna. En este sentido, el derecho a morir dignamente también forma parte del interés superior del menor, aunque su formulación pueda parecer contradictoria:

a) Cuidados paliativos. Administración de morfina y sedación con oposición de la madre del menor. STHDE (scc 4ª) Caso Glass contra U.K. (S. 9.3.2004)⁴⁵

Supuesto de hecho del que se parte: David Glass, niño con discapacidad grave y múltiples problemas de salud, estaba bajo el cuidado de su madre y tutora legal, Margaret Glass. Durante una hospitalización en 1998, los médicos decidieron administrarle morfina y sedación para tratar una crisis respiratoria, pese a la oposición de la madre, quien temía que ello acelerara su fallecimiento. Aunque los facultativos solicitaron autorización judicial, procedieron a suministrar el tratamiento antes de obtenerla.

45 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), Caso Glass contra Reino Unido, (TEDH/2004/22), de 9 de marzo de 2004. (Aranzadi Instituciones)

La familia denunció la actuación médica ante el TEDH, alegando la vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH.

El Tribunal debía determinar si la administración del tratamiento sin consentimiento de la representante legal constituía una injerencia en el artículo 8 del CEDH y, en su caso, si estaba justificada conforme al párrafo 2 de dicho precepto, por razones de salud o interés del menor.

El TEDH concluyó que se vulneró el artículo 8 del CEDH, al haberse impuesto el criterio médico sin base legal suficiente y sin intervención judicial previa. El Tribunal subrayó que el consentimiento informado de los representantes legales cuando el paciente carece de capacidad es elemento esencial del derecho a la vida privada y familiar. Asimismo, condenó al Reino Unido por no haber dispuesto de mecanismos judiciales eficaces y urgentes para resolver los conflictos entre profesionales sanitarios y familiares en situaciones críticas.

Con esta decisión, que sería discutida posteriormente en otras ocasiones, se reafirma la idea de que el consentimiento informado (o el consentimiento de los representantes legales en caso de incapacidad) es indispensable. Destaca la necesidad de contar con mecanismos judiciales urgentes para resolver conflictos entre profesionales sanitarios y familiares en situaciones críticas y, finalmente, subraya la protección reforzada del derecho a la autonomía y a la vida privada en el ámbito sanitario.

b) El otro lado de la moneda: tratamiento médico experimental ante enfermedad incurable. Consentimiento y solicitud paterna y oposición médica con autorización de retirada de soporte vital. Caso Charles Gard y otros contra UK (STEDH 27.6.2017)⁴⁶. La retirada de soporte vital como medida de protección de interés superior del menor

46 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR), Caso Charles GARD and Others contra United Kingdom, Application no. 39793/17, de 27 de junio de 2017.

El supuesto de hecho del que se parte: Charlie Gard, un lactante británico con una enfermedad genética terminal (síndrome de agotamiento mitocondrial), permanecía ingresado en el Hospital Great Ormond Street de Londres bajo soporte vital. Sus padres solicitaron su traslado a Estados Unidos para someterlo a un tratamiento experimental y recaudaron fondos con ese fin. Los médicos, sin embargo, consideraron que el tratamiento carecía de utilidad terapéutica y podía ocasionarle sufrimiento, por lo que solicitaron autorización judicial para retirar el soporte vital.

Los tribunales británicos —*High Court*, *Courtof Appeal* y *Supreme Court*— respaldaron la decisión médica, y el caso fue finalmente sometido al TEDH. Era la primera ocasión en que el Tribunal debía pronunciarse sobre el final de la vida de un menor gravemente enfermo cuyos padres pretendían prolongarla mediante un tratamiento experimental.

El TEDH debía determinar si la autorización judicial para retirar el tratamiento vulneraba los artículos 2 (derecho a la vida) y 8 (derecho a la vida privada y familiar) del CEDH, y si se había respetado el principio del interés superior del menor como criterio rector.

El TEDH concluyó que no hubo violación de los artículos 2 y 8 CEDH. Declaró inadmisibile la demanda, concluyendo, por unanimidad, que no existió violación de los artículos 2 ni 8 del CEDH. Consideró que los tribunales británicos habían efectuado un examen minucioso, independiente y equilibrado, garantizando el respeto de las garantías procesales y aplicando correctamente el principio del interés superior del menor, el cual puede prevalecer sobre la voluntad de los progenitores.

El caso *Gard* reafirma que el interés superior del menor constituye el parámetro decisivo en las decisiones médicas, incluso frente a los deseos parentales. Además, el Tribunal reconoció un amplio margen de apreciación a los Estados en cuestiones bioéticas y médicas complejas, siempre que existan procedimientos judiciales rigurosos y transparentes.

Esta resolución se contrapone al precedente *Glass vs Reino Unido* (2004): mientras en aquel se condenó al Estado por la administración de un tratamiento sin consentimiento familiar ni control judicial, en *Gard* se avaló el proceso británico precisamente por haberse garantizado dicho control y la adecuada ponderación del interés del menor⁴⁷.

c) Ingreso hospitalario de recién nacido contra la voluntad de los progenitores (por decisión judicial). Caso *Hanzelkovi vs República Checa*. STEDH 11.12.2014⁴⁸. Violación art. 8 CEDH por injerencia en la vida privada y familiar

El supuesto de hecho del que se parte es el siguiente: Eva Hanzelková dio a luz en un hospital checo y, al no presentarse complicaciones médicas, decidió regresar a su domicilio el mismo día del parto. El hospital, en desacuerdo con la decisión, notificó a las autoridades, que obtuvieron de un tribunal local una medida cautelar de retorno inmediato del recién nacido al hospital, dictada sin audiencia previa ni intervención de los padres.

47 OCHOA RUIZ (2018), “Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto *Charles Gard y otros c. Reino Unido*, demanda n.º 39793/17, decisión de 27 de junio de 2017. BIB 2017/5422. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 1/2018 parte Jurisprudencia. Doctrina Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018. La autora analiza el contenido de la sentencia planteando algunas cuestiones jurídicas y éticas, que, aun alejadas ligeramente del tema nuclear que abordamos en el trabajo, resultan relevantes, entre ellas la aplicación de tratamientos experimentales a enfermos terminales y la determinación de quién ostenta la facultad de decidir su implementación; así como la forma en que ha de garantizarse la protección del derecho a la vida consagrado en el artículo 2 del CEDH que impone a las autoridades estatales la obligación de proteger la vida de todas las personas y prohíbe su privación intencionada. Así mismo señala el amplio debate en el seno del Tribunal sobre el momento en que comienza y termina la vida y, el alcance de la protección que esta disposición ofrece. En líneas generales, igual que ocurre con el aborto voluntario, el Tribunal observa que no existe una regulación uniforme en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros del Consejo de Europa, y por ello ha venido decidiendo que la cuestión correspondía al margen de apreciación de los Estados, si bien ha afirmado que el art. 2 no reconoce el derecho a morir.

48 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), *Caso Hanzelkovi contra República Checa*, Requête N°43643/10. (TEDH\2014\8), de 11 de diciembre de 2014.

Los progenitores alegaron en su recurso ante el TEDH la vulneración del artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo), al no haber podido impugnar la medida antes de su ejecución.

EL TEDH concluyó que se habían vulnerado ambos preceptos:

- Violación del artículo 8: La medida constituyó una injerencia desproporcionada en la vida familiar, al adoptarse sin audiencia ni alternativas menos invasivas.

- Violación del artículo 13 en tanto que los solicitantes carecieron de un recurso judicial efectivo para oponerse a la decisión cautelar.

El Tribunal subrayó que la retirada de un recién nacido del cuidado de su madre es una medida extremadamente grave, que requiere razones excepcionalmente convincentes y un procedimiento garantista.

d) Intervenciones quirúrgicas sucesivas de un tumor cerebral de un menor sin el consentimiento libre e informado de los padres. No vale el consentimiento verbal caso Reyes Jiménez vs España (STEDH 8.03.2022) violación art. 8 CEDH⁴⁹

49 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Caso Reyes Jimenez contra España, Demanda Nº 57020/18, (TEDH/2022/28; ECLI: CE: ECHR: 2022:0308JUD005702018), de 8 de marzo de 2022.

Vid. OCHOA RUIZ, N., Revista Aranzadi Doctrinal, Nº 6, Sección Jurisprudencia. Doctrina, junio 2022; igualmente SANDRA M. WIERZBA; Derecho a la salud. Vida privada. Consentimiento informado TEDH. Affaire Reyes Jiménez c. Espagne, 8 de marzo de 2022, en “Debates sobre derechos humanos.” número 6 - AÑO 2022, pg 267 ss. Ochoa entiende que esta sentencia podría ser considerada como ejemplo de un sistema de medicina defensiva propiciando la redacción de excelentes documentos de consentimiento informado por especialistas en derecho y la instalación de rígidos protocolos para la firma por los pacientes, sin que ello signifique, no obstante, una mayor protección de los derechos humanos de los pacientes. Para TAIS RAMOS, dicha sentencia constituye un ejemplo de protección del derecho a la integridad física y la dignidad humana frente a las injerencias del Estado al exigir que el consentimiento se preste por escrito, aunque la normativa nacional no lo exija. RAMOS (2022).

Este caso pone de relieve la importancia del consentimiento informado como garantía esencial de la autonomía del paciente y su necesaria prestación conforme a las exigencias formales previstas por la legislación aplicable, en este caso, el artículo 9 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente (LAP). El consentimiento debe otorgarse de manera específica para cada acto médico o intervención, aun cuando varias actuaciones formen parte de un mismo proceso terapéutico.

El supuesto de hecho del que se parte es el siguiente:

El demandante, menor de edad en el momento de los hechos, fue sometido a tres intervenciones quirúrgicas para extirpar un tumor cerebral. Sus padres otorgaron consentimiento escrito para la primera y tercera operación, pero solo verbal para la segunda. Ante el TEDH se alegó que la segunda intervención se realizó sin el consentimiento escrito exigido por la legislación española (Ley 41/2002), lo que vulneraba el derecho al respeto de la vida privada protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El TEDH concluyó que hubo violación del artículo 8 del CEDH: Los tribunales españoles no justificaron adecuadamente por qué el consentimiento verbal era suficiente, ni explicaron por qué la segunda intervención no requería consentimiento escrito como una operación independiente. Aunque el Convenio no impone un tipo específico de consentimiento, los Estados deben garantizar un marco legal claro que proteja el consentimiento informado. El hecho de que los padres mantuvieran contacto con los médicos no garantizaba que fueran debidamente informados ni que prestaran su consentimiento válido para la intervención.

5. TRATAMIENTOS MÉDICOS EN MENORES TRANSEXUALES E INTERSEXUALES. CAMBIO DE SEXO Y TERAPIAS DE CONVERSIÓN⁵⁰

5.1. Reconocimiento legal de la identidad de género. Despatologización y derecho de autodeterminación de NNA. Diferencia entre el cambio de sexo legal y físico

En este apartado se analiza un supuesto especialmente complejo en el que se intersectan derechos fundamentales de los menores, como el derecho a la identidad sexual y de género, con la protección del derecho a la salud y la regulación de tratamientos médicos de hormonación o cirugías de reasignación de sexo.

Es relevante considerar la exigencia del consentimiento informado, previsto en la Ley 41/2002 (LAP), especialmente en menores intersexuales o transexuales, así como la prohibición legal de ciertas intervenciones (por ejemplo, terapias de conversión), sobre las que no cabe consentimiento. Este análisis se realiza de la mano de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI en paralelo con el artículo 9 de la Ley de Autonomía del Paciente de 2002 en cuanto se pueda vincular el cambio de sexo con un proceso médico/quirúrgico de cirugía de reasignación.

La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI fue publicada en el BOE de 1 de marzo de 2023 y entró en vigor el 2 de marzo del mismo año⁵¹. Esta norma reconoce el derecho de autodeterminación de

50 Para un análisis detallado del proceso y contenido de la Ley 3/2023 (Ley Trans) vid. BENAVENTE MOREDA (2024) pp. 667-770. De esta publicación, actualizada, se extrae, parcialmente el contenido de esta última parte del trabajo.

51 En junio de 2023 se presentó ante el TC Recurso de Inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley (en concreto contra los artículos 19.2; 43, apartados 1 y 2; 44, apartados 3 y 9; 47, primer párrafo; y 79, apartados 3 b), 4 e) y 4 f), de la Ley 4/2023). El recurso fue admitido a trámite por el Pleno del TC en junio de 2023. Algunos de los preceptos sobre los

género, despatologiza la transexualidad y permite que el cambio de sexo en el Registro Civil se base únicamente en la voluntad libremente expresada, sin requerir diagnóstico de disforia de género, cambio físico o tratamientos médicos o psicológicos.

El derecho a la autodeterminación del género ya fue reconocido en los Principios de Yogyakarta (2007), sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género⁵² y se encuentra protegido bajo el artículo 8 del CEDH conforme a una cuantiosa jurisprudencia del THDE, desde el Caso L. contra Lituania. (11.9.2007) TEDH\2007\56 hasta el más reciente, Caso P.H. contra Bulgaria, sentencia de 27 septiembre de 2022 (TEDH/ 2022/131).

A nivel autonómico, muchas Comunidades Autónomas han aprobado leyes que amplían los derechos de las personas trans, incluyendo a los menores, permitiendo la incorporación del género sentido en registros administrativos, académicos y sanitarios, independientemente del sexo registrado en el Registro Civil.

La Ley Trans modifica y sustituye a la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación de la mención registral del sexo de las personas, estableciendo la despatologización total de la transexualidad y reconociendo el derecho de los menores a rectificar registralmente su sexo, sin necesidad de diagnóstico de patología alguna, cambio físico o tratamiento médico o psicológico.

que recae este versan sobre la autodeterminación, despatologización y legitimación para instar la rectificación registral. Y, específicamente este afecta a la legitimación de los menores para cambiar de sexo. En los momentos de terminar la redacción de este trabajo, parece que el TC ha aplazado sin fecha su fallo, pese a que hace unos meses circulaba el contenido posible de un supuesto borrador de sentencia.

52 Para un mayor estudio de su contenido vid su desarrollo en sendos trabajos que sirvieron de base incipiente a mis investigaciones posteriores sobre la materia. (BENAVENTE MOREDA (2013), pp.1-75; AFDUAM(2013), pp. 105-144); RJUAM (2018), pp. 273-316).

No obstante, la ley no impide someterse a tratamientos médicos o cirugías de reasignación para adecuar la apariencia física a la identidad sentida, quedando estas intervenciones sujetas al consentimiento informado previsto en la Ley 41/2002 (arts. 56 y 57 LT). Así, la atención sanitaria integral a personas trans vincula la modificación física del sexo con la normativa general sobre autonomía y derechos de los pacientes. Por ello, en consonancia con lo anterior, cabe señalar que para cambiar el sexo en el Registro es, sin embargo suficiente con la presentación de la solicitud de rectificación registral del mismo, en la que se manifieste la discordancia entre el género sentido y el sexo asignado al nacer (con las matizaciones que se establecen respecto de las solicitudes presentadas por los menores de entre 12 y 14 años).

a) Reconocimiento del derecho a la autodeterminación de género de las personas menores de edad. Legitimación y consentimiento para el cambio registral del sexo

La Ley Trans (LT) legitima a los menores de edad para rectificar registralmente su sexo biológico conforme al sexo sentido. Esta ampliación de legitimación se fundamenta en precedentes jurisprudenciales, como la STC 99/2019, de 18 de julio, que declaró inconstitucional el artículo 1 de la Ley 3/2007, que limitaba este derecho a los mayores de edad. La sentencia fue aplicada posteriormente en la STS 685/2019, de 17 de diciembre, reconociendo la legitimación a menores con madurez suficiente y situación estable de transexualidad.

La LT introduce límites de edad que el TC no había previsto, ya que atendía exclusivamente al dato de la madurez del menor, mientras que el legislador establece un procedimiento distinto diferenciando según la edad del solicitante y dejando más de lado la *progresiva madurez y el estado permanente de transexualismo*.

El artículo 43 de la LT establece una amplia legitimación a los menores de edad. Se reconoce una legitimación absoluta y sin ningún tipo de representación ni asistencia a partir de los 16 años. Las personas mayores de 14 y menores de 16 años podrán presentar la solicitud por sí mismas pero asistidas en el procedimiento por sus representantes legales, que, en caso de desacuerdo entre ellos o con el menor, serán sustituidas por un defensor judicial nombrado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 235 y 236 CC. Los menores entre los 12 y 14 años podrán solicitar autorización judicial para modificar la mención relativa a su sexo en el Registro civil, de conformidad con lo dispuesto en los nuevos artículos 26 bis a 26 quinquies de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 (LJV).

b) Consentimiento de los menores para el cambio físico de sexo. El consentimiento informado

En el proceso de rectificación registral del sexo de las personas se *identifican dos tipos de consentimiento especialmente relevantes para los menores*: Por un lado, *el consentimiento para la rectificación registral*, previsto en la Ley Trans (LT), que se acaba de analizar en el apartado anterior. Por otro, *el consentimiento informado* para cualquier intervención médica o quirúrgica asociada al cambio físico de sexo, regulado por la Ley 41/2002 (LAP), que era el que, en mayor o menor medida exigía la Ley 3/2007 ya derogada para poder inscribir en el registro el cambio de sexo. La LT se remite, en todo lo referente al consentimiento para tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas, a la LAP de 2002⁵³ (art.57 LT).

Esto significa que una persona menor de edad, de 16 años, podrá solicitar personalmente la rectificación registral de la mención de su sexo en el registro sin representación alguna de sus progenitores o representantes legales. Sin embargo, si pretende someterse a un tratamiento médico de modificación

53 Son aplicables básicamente los artículos 8 y 9 de la Ley 4/2002, de 14 de noviembre de 2002.

física de su sexo, ya sea mediante tratamientos hormonales, intervenciones quirúrgicas de reasignación u otros procedimientos, deberá ajustarse a lo dispuesto en el artículo 9 LAP.

En particular, en situaciones de grave riesgo para la vida o la salud del menor (art.9.4 pfo. 2º) o cuando no sea capaz intelectual o emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (art. 9.3 c) requerirá el consentimiento por representación.

La primera cuestión a considerar es si el menor puede prestar y en qué condiciones, su consentimiento, a los tratamientos médicos que impliquen una transformación física acorde con la rectificación registral de su sexo, o incluso sin ella, incluyéndola cirugía de reasignación.

La segunda cuestión se refiere a si dichos tratamientos deben estar cubiertos por el sistema público de salud. La despatologización de la transexualidad no elimina la opción de acceder a tratamientos médicos para adecuar la identidad sentida a la física asignada al nacer. Esto plantea dudas sobre si dicha opción implica la obligatoriedad de cobertura sanitaria pública conforme al artículo 43 CE.

Respecto al consentimiento informado, el artículo 9 de la LAP regula sus límites y la posibilidad de otorgarlo por representación. Antes de la entrada en vigor de la LT (2 de marzo de 2023), los mayores de 16 años podían prestar consentimiento informado sin representación, salvo incapacidad intelectual o emocional para comprender la intervención, o si esta implicaba grave riesgo para la vida o salud.

A la vista de ello: ¿Son intervenciones de riesgo los tratamientos hormonales, médicos y psicológicos que exigía la Ley 3/2007 (art. 4) para completar el tránsito hacia el sexo sentido? ¿Lo es la cirugía de reasignación? ¿La irreversibilidad de estos procedimientos les confiere tal carácter?⁵⁴.

54 Vid. FERRER RIBA y LAMARCA MARQUÉS (2015), pp. 268 y 269.

Este debate no puede obviar las dudas sobre la irreversibilidad de los deseos del menor en la edad adulta, como plantea DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, quien analiza la capacidad del menor transexual y el papel de los padres en la toma de decisiones médicas, centrando su estudio en el artículo 9 de la LAP⁵⁵. Esa irreversibilidad así planteada, nos puede conducir a una interpretación más rigurosa en la exigencia de que el consentimiento deba prestarse por representación.

55 Conforme al artículo 9.4 LAP, los menores emancipados o mayores de 16 años podrán prestar su consentimiento sin necesidad de representación, salvo cuando tengan la capacidad de obrar limitada y así conste en la correspondiente sentencia o carezcan de capacidad intelectual o emocional para comprender la intervención. También en casos de grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento debe prestarlo el representante legal, previa audiencia del menor (art. 9 LOPJM). Sirva decir, en lo que respecta a la referencia a la capacidad de obrar limitada del menor de edad, que aunque la Ley 8/2021 no modificó expresamente esta norma, debe entenderse derogada en lo relativo a la modificación judicial de la capacidad, al desaparecer dicha figura («BOE» núm. 132, de 03/06/2021). Así, la capacidad del menor para consentir puede verse limitada por su falta de comprensión o por el riesgo grave que implique la intervención, según criterio médico. Esto podría afectar a tratamientos médicos para la modificación corporal, aunque no registral.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, tras analizar la modificación sufrida por el art.9 LAP, planteaba sus dudas en relación con los tratamientos hormonales en la medida en que puedan considerarse, por sus efectos, incluidos en el ámbito del art.9.4 como actuaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor, por lo que el menor no podría autorizarlos, aun siendo mayor de 16 años. Se refiere el autor a los tratamientos hormonales de segunda fase, por los riesgos asociados (esterilidad, entre otros y su posible carácter irreversible). Va más allá al considerar que en tal supuesto tampoco serviría suplir el consentimiento con la intervención de los padres, centrándose precisamente en la irreversibilidad o no de los deseos del menor (DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2017), pp.27 ss. Ibid., pp. 285-300. El autor aborda el consentimiento del menor no desde la corrección formal del consentimiento prestado por NNA o sus representantes, sino desde el dilema de si procede iniciar un tratamiento de reasignación de sexo en edades tempranas, atendiendo al interés superior del menor (pp. 292-300). Analiza detalladamente las intervenciones médicas —tratamientos farmacológicos, hormonales (especialmente los de segunda fase) y quirúrgicos— concluyendo que la cirugía de reasignación queda excluida de la posible autorización por parte de un menor mayor de 16 años, y por tanto debe subsumirse en el art. 9.4 de la LAP. El consentimiento de los progenitores tampoco puede suplir la falta de capacidad del menor para autorizar este tipo de intervenciones. Ante la ausencia de evidencia científica sobre la persistencia de la identidad de género en la edad adulta, el autor considera que no debe establecerse excepción alguna a lo dispuesto en el artículo 9.4.

PLATERO MÉNDEZ, R., analiza los tratamientos con bloqueadores hormonales durante la minoría de edad, como respuesta al malestar en menores, destacando su impacto en la fertilidad, especialmente en mujeres trans (PLATERO MÉNDEZ (2014), pp.66-67). LÓPEZ GÚZMAN estudia las intervenciones médicas tempranas desde la perspectiva del desarrollo personal y emocional, y señala contradicciones en el tratamiento de menores trans frente a intersexuales (LÓPEZ GUZMAN (2016), pp.137-146). Sobre la interpretación del art. 9 LAP tras las refor-

La autodeterminación, vinculada a la despatologización de la transexualidad, elimina la necesidad de transformación física, del diagnóstico de disforia de género o de tratamiento médico para la rectificación registral del sexo. No obstante, si dicha transformación física se realiza durante la minoría de edad, deberá cumplirse lo dispuesto en el artículo 9 de la LAP respecto al consentimiento informado para intervenciones médicas. Se distinguen así dos tipos de consentimiento: el previsto en la Ley 4/2023 para la rectificación registral del sexo, y el exigido por la LAP para las intervenciones médico-quirúrgicas de adecuación física al sexo modificado.

5.1. Protección de las personas intersexuales desde su nacimiento. Prohibición de terapias de conversión

a) Intersexualidad. Políticas públicas en el ámbito de la salud y medidas de protección en situaciones especiales (Arts.19 y 74 LT)

La Ley 4/2023, conocida como Ley Trans, introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español una regulación específica para la protección de las personas intersexuales, reconociendo sus derechos y prohibiendo las intervenciones quirúrgicas tempranas destinadas a definir el sexo al nacer. Esta novedad responde a una reivindicación histórica⁵⁶ respaldada por organismos internacionales como el TEDH, la CIDH y los Principios de Yogyakarta (2006), que rechazan dichas prácticas por vulnerar el libre desarrollo de la personalidad⁵⁷. Ya me pronuncié anteriormente sobre esta cuestión, en línea con el enfoque de estos organismos, destacando la necesidad

mas de las leyes 8/2015 y 26/2015, destacan los trabajos de ADROHER BIOSCA (2016), pp. 25-28, ARBESÚ GONZÁLEZ (2016), pp. 142-149 y MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA (2016), pp. 12-21.

56 BENAVENTE (2013a), p. 123. y BENAVENTE (2013b), p. 27.

Así por quienes comentaron el Anteproyecto de Ley de aprobado en el Consejo de ministros de 26 de junio de 2021. ESTEVE ALGUACIL y NONELL I RODRÍGUEZ (2021), pp. 28-284.

57 Mención expresa debe hacerse al Principio 18, denominado muy gráficamente como "Protección contra abusos médicos" Justifica este principio una doble argumentación: la despatologización de la transexualidad y la prohibición de la cirugía de reasignación o conversión para permanecer o atribuir una condición sexual determinada. En consonancia con lo indicado, en el propio principio 18 se hace la recomendación a los Estados para que adopten

de abordar la intersexualidad desde una perspectiva normativa que garantice derechos y evite la patologización. La Ley 4/2023, aunque avanza en este sentido, mantiene el marco binario hombre/mujer, sin ofrecer una solución plenamente satisfactoria al dilema de la asignación de sexo en la infancia.

Para entender la actual regulación, debemos aproximarnos a la radiografía que hizo ARROYO GIL al abordar la intersexualidad desde los dos principales problemas que padecía y padece este colectivo: las intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo y el reconocimiento registral de la identidad sexual, que no siempre se ajusta al binomio tradicional⁵⁸. Según el autor, las personas intersexuales presentan características biológicas que impiden una clasificación clara como masculino o femenino.

La LT define esta condición (art. 3.g) como aquella en la que las características sexuales no se corresponden con las nociones socialmente establecidas de los cuerpos masculinos o femeninos⁵⁹.

Históricamente la cirugía se había venido encargando de la transformación de la anatomía de los genitales ambiguos. Con ello el modelo biomédico se ajusta al binario de sexo/género de las sociedades occidentales ignorando los

todas las medidas necesarias a fin de asegurar el cumplimiento de tales exigencias. Se puede consultar la versión oficial en castellano en:

58 ARROYO GIL (2019), pp. 437-438.

59 Numerosos estudios han abordado la intersexualidad desde una perspectiva crítica, destacando como elemento esencial para la protección de las personas intersexuales el rechazo a las intervenciones quirúrgicas tempranas realizadas sin consentimiento informado y bajo protocolos marcados por el secretismo. Entre ellos, destacan: PLATERO MÉNDEZ (2014), pp.140-147; BERNINI (2018), pp.74 y ss. Igualmente debe mencionarse, como referente absoluto sobre el tratamiento interdisciplinar e internacional de la Intersexualidad, la obra editada por SCHERPE (2018). En este volumen, leauan HUGHES (NIHR Cambridge Biomedical Research Centre) analiza el desarrollo fetal del sexo, concluyendo que el proceso es binario, mediado por genes y hormonas durante una ventana crítica de programación fetal. Este conocimiento permite clasificar las causas de intersexualidad, pero también refuerza la necesidad de que solo profesionales especializados intervengan, brindando apoyo integral a las personas intersexuales y sus familias (HUGHES (2018), pp. 25-44). Por su parte, LAUROBA LACASA (2018), pp. 16-19), propone alternativas jurídicas para visibilizar y proteger a este colectivo, tradicionalmente excluido del marco normativo.

ejemplos de sociedades no occidentales que discrepan de tal construcción social. En función de ello a los intersexuales se les hacía crecer como varones o hembras procediendo a temprana edad a la asignación de su identidad, privándoseles del conocimiento de su auténtica identidad (posición comúnmente mantenida hasta la década de los noventa)⁶⁰.

La Ley 4/2023 intenta revertir esta lógica, prohibiendo las intervenciones quirúrgicas en menores y posponiendo la decisión hasta la edad adulta, como expresión del libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, sigue sin cuestionar el binarismo de fondo⁶¹. Esto está directamente vinculado con la necesidad de impedir las intervenciones quirúrgicas en la infancia, dejando a la persona que tome la decisión en la edad adulta como manifestación del libre desarrollo de la personalidad.

El activismo intersex ha sido clave en este avance, con hitos como la Declaración de Malta (2013)⁶², el IV Foro Intersex de Ámsterdam (2017), y las Declaraciones de Darlington⁶³ y Viena (2017)⁶⁴, que exigen el fin de las

60 NIETO PIÑEROBA (2008), pp. 47 y ss.; LAUROBA LACASA, (2018), pp.23-26.

61 Marina CAMPS, siguiendo a Maracuello y Elósegui, considera que en los supuestos de intersexualidad no se produce un problema de identidad sexual, porque cada sujeto tiene un sexo asumido, varón o mujer, que para él no ofrece duda; no hay un problema psicológico, apunta, y no tiene en absoluto la percepción de pertenecer a un tercer sexo (CAMPS MERLO (2007), p.105).

62 Vid. Web Organisation Intersex International Europe (Oii Europe) ().

63 En la Declaración de Darlington se establece específicamente es sus apartados 7 y 8 las siguientes manifestaciones: “...*Human rights and legal reform..()*7. *We call for the immediate prohibition as a criminal act of deferrable medical interventions, including surgical and hormonal interventions, that alter the sex characteristics of infants and children without personal consent. We call for freely given and fully informed consent by individuals, with individuals and families having mandatory independent access to funded counselling and peer support.* ...8. *Regarding sex/gender classifications, sex and gender binaries are upheld by structural violence. Additionally, attempts to classify intersex people as a third sex/gender do not respect our diversity or right to self-determination. These can inflict wide-ranging harm regardless of whether an intersex person identifies with binary legal sex assigned at birth or not...*.”()

64 Vid. en HYPERLINK “<https://oiieurope.org/statement-1st-european-intersex-community-event-vienna-30st-31st-march-2017/>.”Ultima”<https://oiieurope.org/statement-1st-european-intersex-community-event-vienna-30st-31st-march-2017/>. (Ultima consulta 19.8.2025)

esterilizaciones sin consentimiento y la despatologización de la diversidad de las características sexuales en los protocolos y clasificaciones internacionales. También se propuso en 2013 eliminar la categoría *sexo* de los documentos oficiales, propuesta que fue respaldada por el Parlamento Europeo en su Resolución de 8 de febrero de 2019 (2018/2875(RSP)), que instaba a La Comisión y a los Estados miembros a legislar contra la estigmatización y las intervenciones quirúrgicas en menores intersexuales⁶⁵.

La LT también trata de dar respuesta al *Cuándo y Quién* deberían decidir, en su caso, sobre una hipotética definición del sexo, sobre la identidad sexual de la persona intersexual.

Merecen destacarse por tanto en la vigente regulación dos aspectos esenciales:

1º) El reconocimiento del derecho a una atención integral de las personas intersexuales y prohibición de las prácticas de modificación genital en personas menores de 12 años (art. 19 y 74 LT).

La Ley Trans (LT) reconoce en su artículo 19 el derecho de las personas intersexuales a una atención sanitaria integral, basada en principios como la no patologización, la autonomía, el consentimiento informado, la no discriminación, la especialización y el respeto a la intimidad. Se prohíben exploraciones innecesarias o exposiciones sin finalidad diagnóstica o terapéutica (art. 19.1).

Las Administraciones públicas deben impulsar protocolos que garanticen la participación de menores intersexuales en la toma de decisiones, así como el acceso a apoyo psicológico y asesoramiento familiar. Además, antes de cualquier tratamiento que pueda afectar a la capacidad reproductiva, se debe asegurar el acceso a técnicas de preservación de tejido gonadal y células reproductivas en condiciones de igualdad (art. 19.3).

65 PARLAMENTO EUROPEO (2019).

El artículo 74.1 refuerza estos derechos, reconociendo: a) El derecho a recibir una atención integral y adecuada a sus necesidades sanitarias, laborales y educativas, entre otras, en igualdad efectiva de condiciones y sin discriminación con el resto de la ciudadanía y, b) El derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, sin injerencias arbitrarias o ilegales en su privacidad.

No obstante, esta regulación presenta una estructura fragmentada y reiterativa, al reproducir derechos ya reconocidos constitucionalmente (arts. 18, 27, 35 y 43 CE), sin abordar de forma sistemática el conjunto de derechos fundamentales aplicables. En gran medida, se trata de normas programáticas dirigidas a los poderes públicos, cuya efectividad dependerá del desarrollo reglamentario y presupuestario.

En contraste, el artículo 19.2 introduce una prohibición normativa clara y directamente exigible: se prohíben las prácticas de modificación genital en menores de 12 años, salvo indicación médica justificada. Para menores entre 12 y 16 años, dichas prácticas solo podrán realizarse a solicitud del menor, siempre que pueda prestar consentimiento informado en función de su edad y madurez. Esta disposición se alinea con las exigencias de organismos internacionales y del TEDH, y se vincula directamente con el artículo 17 de la LT, que prohíbe las terapias de conversión.

2º) Indeterminación registral temporal del sexo, en el momento del nacimiento (ART.74.2 LT, 49 LRC y Directriz 7ª IDGSJFP de 26.5.2023)

La Ley Trans (LT), en su artículo 74.2, y la Ley del Registro Civil (LRC), en su artículo 49.5 (introducido por la disposición final 11ª de la LT), permiten que, cuando el parte facultativo indique la condición intersexual del recién nacido, los progenitores puedan solicitar que la mención del sexo quede en blanco por un plazo máximo de un año. Transcurrido dicho plazo, la inscripción del sexo será obligatoria y deberá ser solicitada por los progenitores.

Esta previsión se complementa con la Directriz 7ª de la Instrucción de 26 de mayo de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (IDGSJFP)⁶⁶, que establece que a los nueve meses desde la inscripción del nacimiento sin que se haya solicitado la mención del sexo, el Registro Civil remitirá un recordatorio a los progenitores sobre su obligación legal. En la aplicación Inforeg, se seleccionará la opción “intersexual” en el campo sexo, pero la mención aparecerá en blanco tanto en el asiento como en su publicidad, conforme a lo estipulado por la Ley. En DICIREG, la inscripción se realizará mediante el procedimiento específico previsto para estos casos.

Este mecanismo busca respetar el desarrollo personal del menor intersexual, evitando una asignación prematura del sexo registral, y se alinea con los principios de no patologización y autonomía progresiva recogidos en la Ley 4/2023.

La disposición contenida en el artículo 74.2 de la LT y el artículo 49.5 de la LRC no implica el reconocimiento del no binarismo, sino que establece una indeterminación temporal del sexo registral por un máximo de un año. Esta medida parece responder más a la posible indecisión de los progenitores que a una voluntad real de reconocer identidades fuera del binomio hombre/mujer⁶⁷.

Además, la norma restringe la decisión exclusivamente a los progenitores, quienes no solo deben solicitar que la mención del sexo quede en blanco, sino que están obligados a instar su inscripción una vez transcurrido el plazo. No se contempla qué ocurre si los progenitores no cumplen con esta obligación, lo que genera una laguna jurídica.

66 Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, «BOE» núm. 132, de 3 de junio de 2023

67 Su objetivo, según ESTEVE ALGUACIL Y NONELL RODRÍGUEZ (2021), p. 284, sería reducir la preocupación o la urgencia por asignar un sexo registral al menor intersexual recién nacido. Manifiestan sin embargo cierta reticencia (que comparto) sobre la medida, sobre la eficacia de la medida, porque el plazo de un año que se da para proceder a la inscripción parece que la decisión será igual de arbitraria que en el momento del nacimiento.

La Instrucción de 26 de junio de 2023, por su parte, lejos de dar una solución complementaria a las disposiciones de la LT y LRC, sigue dejando la situación en en la mayor incertidumbre ante la falta de actuación de los progenitores, limitándose a señalar “el recordatorio” por parte de la Oficina del Registro para que los progenitores hagan constar el sexo del recién nacido y añade, con cierta sorpresa y rubor para quien lo lee, una cuestión meramente formal sobre la forma de inscripción que pudiera ser interesante a efectos meramente “formales” pero que en nada resuelve sobre la situación si los progenitores, pese al “recordatorio” incumplen en plazo con su obligación de hacer constar el sexo del nacido. No creo en ningún caso que ello conduzca a la inscripción de oficio por el encargado del Registro, pero de seguro abre la vía para una indeterminación más prolongada en el tiempo. ¿Será el tiempo y la práctica registral la que nos dé una respuesta?

- Prohibición de las terapias de conversión

La Ley 4/2023 prohíbe expresamente, en su artículo 17, la práctica de métodos, programas y terapias de aversión, conversión o contracondicionamiento destinados a modificar la orientación sexual, la identidad sexual o la expresión de género, incluso si cuentan con el consentimiento de la persona interesada o de su representante legal.

Esta prohibición se refuerza en el artículo 79.4.d), que tipifica como infracción muy grave la promoción o práctica de dichas terapias, ya sean psicológicas, físicas o farmacológicas, con independencia del consentimiento prestado.

Este enfoque normativo responde a los principios recogidos en el Principio 18 de los Principios de Yogyakarta, que exige a los Estados adoptar medidas para evitar intervenciones médicas irreversibles en menores sin su consentimiento pleno, libre e informado, respetando su edad, madurez y el principio del interés superior del menor.

Asimismo, la práctica de estas terapias vulnera el derecho a la identidad de género como manifestación de la dignidad y libertad personal, protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y por el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme a la jurisprudencia del TEDH⁶⁸ y la CIDH⁶⁹.

Ha sido objeto de críticas el hecho de que la norma vaya más allá de las exigencias anteriormente mencionadas respecto a la práctica de tales terapias, en tanto en cuanto se prohíben las mismas aun existiendo consentimiento por parte de la persona interesada o su representante legal. Es obvio que el legislador ha querido evitar a toda costa los procesos históricos de reconversión y de *cura* de las personas transexuales, que aún en los momentos actuales se propagan, con una limitación absoluta de la autonomía de la voluntad (que sí acepta sin embargo como base para el reconocimiento de la autodeterminación de género), yendo más allá de lo que los Principios de Yogyakarta o los pronunciamientos del THDH han ido en relación con el consentimiento que pudiera prestarse consciente y voluntariamente por la persona interesada.

6. REFLEXIONES FINALES

68 Los pronunciamientos del TEDH al respecto en tal sentido son reiterados. En ellos el Tribunal considera vulnerado tal derecho al exigir intervenciones médicas para permitir el cambio de sexo o no regular procedimientos rápidos, transparentes y accesibles para ello. Es el caso de las sentencias que se mencionan: (11.9.2007) STEDH\2007\56; Caso L. contra Lituania, de 11.9.2007; STEDH (sec.5ª) A.P., Garçon and Nicot v. Francia (6.4.2017); STEDH (Sección 1ª) Caso S. V. contra Italia (11.10.2018) (TEDH\2018\100); STEDH (Sección 1ª). Caso X. contra Antigua República Yugoslava de Macedonia (17.1.2019) (JUR\2019\18792); STEDH (Sección 5ª) Caso Y.T. contra Bulgaria (9.7. 2020) (TEDH\2020\106); STEDH (Sección 4ª) Caso Rana contra Hungría (16.7.2020) (TEDH\2020\107); STEDH (Sección 4ª) Caso X y Y contra Rumanía. (19.1.2021) (JUR\2021\16556); STEDH (Sección 3ª) Caso P.H contra Bulgaria (27.9.2022) (TEDH/ 2022\131).

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-24, de 24 de noviembre de 2017.

Este estudio ha examinado, dentro del ordenamiento jurídico español, la compleja interrelación entre el derecho sanitario y los derechos fundamentales de NNA, evidenciando la evolución normativa y jurisprudencial que configura su estatuto jurídico como pacientes. A través del análisis de la Ley de Autonomía del Paciente (LAP) y de la doctrina del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el TEDH, se constata una tendencia hacia el reconocimiento progresivo de la autonomía del menor, en coherencia con los principios de capacidad evolutiva y madurez intelectual.

El consentimiento informado, eje vertebrador de este trabajo, se configura como un instrumento jurídico que no puede interpretarse de forma rígida ni exclusivamente en función de la edad cronológica. Su aplicación exige una valoración contextualizada que considere la edad, la situación clínica, el entorno familiar y la voluntad expresada por el NNA. La práctica demuestra que el consentimiento por representación, aunque necesario en ciertos supuestos, debe ejercerse con respeto a los derechos individuales del menor y bajo criterios de proporcionalidad.

La madurez progresiva del menor, lejos de ser una noción abstracta, constituye un eje clave para articular el respeto a su autonomía personal con la necesaria protección institucional. La jurisprudencia nacional e internacional ha perfilado este concepto, otorgando a NNA un protagonismo creciente en decisiones que afectan su salud física, mental y emocional. Sin embargo, persisten zonas de tensión: ¿hasta qué punto puede un menor decidir sobre intervenciones médicas irreversibles? ¿Cómo garantizar que su voluntad no esté condicionada por presiones externas, familiares o sociales?

La Ley 4/2023 representa un avance legislativo significativo al reconocer derechos identitarios de NNA trans e intersexuales. No obstante, su aplicación práctica requiere una interpretación armónica con la LOPJM y la LAP, para garantizar el interés superior del menor sin desdibujar su derecho a ser oído,

informado y a decidir. En este contexto, el papel de profesionales sanitarios, juristas y operadores sociales es clave para evitar que la protección derive en tutela excesiva o que la autonomía se traduzca en abandono institucional.

Los supuestos de especial vulnerabilidad analizados, como la interrupción voluntaria del embarazo, las transfusiones por motivos religiosos, la vacunación obligatoria o los tratamientos médicos en NNA trans e intersexuales ilustran los desafíos éticos y jurídicos que plantea la atención sanitaria en la infancia y adolescencia. En particular, el reconocimiento legal de la identidad de género y la prohibición de las terapias de conversión constituyen avances relevantes en la protección de los derechos humanos de NNA, aunque su implementación efectiva requiere un compromiso institucional sostenido.

Este trabajo pone de relieve la necesidad de avanzar hacia un modelo de atención sanitaria que conjugue la protección integral de NNA con el respeto a su autonomía personal, garantizando una praxis médica conforme a los estándares constitucionales e internacionales de derechos humanos. No se pretende ofrecer respuestas cerradas, sino abrir espacios de reflexión sobre cómo construir un modelo jurídico que acompañe, escuche y respete a NNA en su diversidad. La infancia y la adolescencia no son etapas de incapacidad, sino de evolución.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ADROHER BIOSCA, Salomé (2016): “La salud y la autonomía en la reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por leyes 8/2015 y 26/2015”, en: *Derecho y Salud* (Vol. 26, Extraordinario, XXV Congreso - Ponencias), pp. 22-28.

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina (2021): “Regulación y problemática derivada de la capacidad del menor en el ámbito sanitario español”, en: CEDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Gonzalo y PÉREZ GALLARDO, Leonardo (Dir.), *Capacidad y protección de las personas menores de edad en el Derecho* (Santiago de Chile, Ediciones Olejnik), pp. 169-194.

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina (2019): “Consentimiento informado del menor en el ámbito sanitario. Reformas recientes”, en: *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (Nº 10 bis), pp. 514-547.

ANDREU MARTÍNEZ, María Belén (2018): *La autonomía del menor en la asistencia sanitaria y el acceso a su historia clínica* (Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi).

ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa (2016): “El consentimiento del menor en medicina voluntaria. A propósito de la reforma operada por la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, sobre el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y derechos de información y documentación clínica”, en: *Derecho y Salud* (Vol. 26, Extraordinario, XXV Congreso - Ponencias), pp. 142-149.

ARROYO GIL, Antonio (2019): “Intersexualidad: una aproximación jurídica”, en: MATÍA PORTILLA, Javier; ELVIRA PERALES, Alejandro y ARROYO GIL, Antonio (Dir.), *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 437-486.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA y ORGANIZACIÓN NACIONAL DE TRASPLANTES (2020): “Recomendaciones nacionales sobre donación pediátrica”. Disponible en: <https://www.ont.es/wp-content/uploads/2023/06/Recomendaciones-Nacionales-sobre-Donacion-Pediatrica.-Mayo-2020.pdf> [Fecha de última consulta: 10.08.2025].

BENAVENTE MOREDA, Pilar (2013a): “Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)”, en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM, N° 17), pp. 105-144.

BENAVENTE MOREDA, Pilar (2013b): “Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico-privadas”, en: Revista General de Derecho Civil (RGDC, N° 17), pp. 1-75.

BENAVENTE MOREDA, Pilar (2019): “Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor”, en: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM, N° 38).

BENAVENTE MOREDA, Pilar (2024): “Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, a debate: ¿qué aporta, ¿qué cambia, qué regula y qué protege? Sus luces, sus sombras”, en: Anuario de Derecho Civil (Tomo LXXVII, Fasc. II), pp. 667-770.

BERNINI, Lorenzo (2018): Las teorías queer. Una introducción (Traducc. Albert Tola, Barcelona-Madrid, Editorial Egales).

BLASCO IGUAL, María (2015): “El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria”, en: Revista de Bioética y Derecho (N° 35).

BUSTOS MORENO, Yolanda (2021): “La protección de la capacidad reproductiva en los menores de edad tras los avances médicos sobre preservación de gametos”, en: BUSTOS MORENO, Yolanda y MURTULA LAFUENTE, Vicente (Coord.), El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida (Madrid, Dykinson), pp. 69-104.

CAMPS MERLO, Marina (2007): *Identidad sexual y Derecho. Estudio interdisciplinario del transexualismo* (Pamplona, EUNSA).

CÁRDENAS OSUNA, Davinia (2018): *El consentimiento informado y la responsabilidad médica* (Madrid, Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Privado).

DE LORA DEL TORO, Pablo (2015): “¿Es permisible tener un hijo para curar a otro?”, en: *Boletín del Ministerio de Justicia* (Año LXIX, N° 2179).

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (2017): “Problemas legales acerca del tratamiento médico de la disforia de género en menores de edad transexuales”, en: *Revista General de Derecho Civil (RGDC)*, N° 24, pp. 1-31.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (2019): *Menores de edad y consentimiento informado* (Valencia, Tirant lo Blanch).

ESTEVE ALGUACIL, Laura y NONELLI RODRÍGUEZ, Arnau (2021): “Análisis del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”, en: *InDret* (N° 3). Disponible en: [link] [Fecha de última consulta: 13.10.2025].

FERRER RIBA, Josep y LAMARCA MARQUÉS, Albert (2015): “The legal status of transgender and transsexual persons in Spain”, en: SCHERPE, Jens M. (Ed.), *The legal status of transsexual and transgender persons* (Cambridge, Intersentia), pp. 261-279.

GARCÍA MAGNA, Deborah (2024): “La eutanasia y el suicidio asistido en menores de edad. Regulación y jurisprudencia en España y en el contexto europeo”, en: GARCÍA PÉREZ, Octavio y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen (Dir.), *Personas vulnerables y Derecho* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 313-348.

GONZÁLEZ LEÓN, Carmen (2022): “Aspectos legales sobre el paciente menor de edad. Reflexiones sobre el consentimiento, acceso a la historia clínica y conflicto entre autonomía y deber de cuidado”, en: Actualización en Pediatría 2022. Congreso de Actualización en Pediatría 2022 (Madrid, Lúa Ediciones 3.0), pp. 135-140.

FIGUEROA NAVARRO, Carmen (2012): “Circular 1/2012 sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Vol. 65, N°1). Disponible en: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/7446> [Fecha de última consulta: 13.10.2025].

HUGHES, Ieuan (2018): “Biology of fetal sex development”, en: SCHERPE, Jens M.; DUTTA, Anatol y HELMS, Tobias (Eds.), *The legal status of intersex persons* (Cambridge, Intersentia), pp. 25-44.

LAUROBA LACASA, Elena (2018): “Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible”, en: *Derecho Privado y Constitución* (N°32), pp. 11-54.

LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura (2024): “El estatus del menor de edad. La autonomía personal del menor en función de su edad y madurez”, en: LÓPEZ

DE LA CRUZ, Laura y SÁNCHEZ MEDINA, José Antonio (Dir.), *Estudio multidisciplinar del interés superior del menor. Una aproximación psicológica, sociológica y jurídica* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 97-142.

LÓPEZ GUZMÁN, José (2016): *Transexualismo y salud integral de la persona* (Valencia, Tirant lo Blanch).

MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo (2016): “Menores y tratamientos médicos”, en: *Derecho y Salud* (Vol. 26, Extraordinario, XXV Congreso - Ponencias), pp. 12-21.

MARTIN-FUMADÓ, Carles; CAMPINS, Magda; GÓMEZ-DURÁN, Esperanza y ARIMANY-MANSO, Josep (2025): “El debate de la eutanasia en menores (Carta al editor)”, en: *Anales de Pediatría* (Vol. 102, N°4).

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos (2024): “La respuesta legal a la situación del menor de edad: entre la desconfiguración y la reconfiguración”, en: MAYOR DEL HOYO, María Victoria y DE SALAS MURILLO, Sofia (Dir.), *El derecho civil ante los retos actuales de la vulnerabilidad personal* (Pamplona, Aranzadi), pp. 723-746.

MONTALVO REVUELTA, Pablo (2023): “Cuestiones jurídicas y administrativas sobre el tratamiento de la salud mental infanto-juvenil en el sistema actual”, en: RUBIO VALLADOLID, Gabriel y LEGAZ CERVANTES, Francisco (Dir.); POZO MARTÍNEZ, Amparo y ALBALADEJO BLÁZQUEZ, Natalia (Coord.), *Salud mental infanto-juvenil en el sistema de protección de menores* (Pamplona, Aranzadi), pp. 139-159.

NIETO PIÑEROBA, José Antonio (2008): *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género* (Barcelona, Editorial Bellaterra).

OCHOA RUIZ, Natalia (2018): “Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto Charles Gard y otros c. Reino Unido, demanda N°39793/17, decisión de 27 de junio de 2017. BIB 2017\5422”, en: *Revista Aranzadi Doctrinal* (N°1).

OCHOA RUIZ, Natalia (2022): “De nuevo, la cuestión de las transfusiones de sangre a los Testigos de Jehová: un comentario a la sentencia”, en: *Revista Aranzadi Doctrinal* (N° 6, Sección Jurisprudencia. Doctrina).

PLATERO MÉNDEZ, Raquel (Lucas) (2014): *Transexualidades. Acompañamientos, factores de salud y recursos educativos*, segunda edición (Barcelona, Editorial Bellaterra).

RAMOS, Tais (2023): “El consentimiento informado como derecho fundamental del paciente. La sentencia TEDH de 8 de marzo de 2022, *Reyes Jiménez c. España*”, en: *Revista General de Derecho Europeo* (Nº59).

SÁNCHEZ MEDINA, José Antonio (2024): “Claves psicológicas para entender el concepto de madurez”, en: LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura y SÁNCHEZ MEDINA, José Antonio (Dir.), *Estudio multidisciplinar del interés superior del menor. Una aproximación psicológica, sociológica y jurídica* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 27-95.

WIERZBA, Sandra (2022): “Derecho a la salud. Vida privada. Consentimiento informado. TEDH. *Affaire Reyes Jiménez c. Espagne*, 8 de marzo de 2022”, en: *Debates sobre Derechos Humanos* (Nº6), pp. 267 y ss.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. Boletín Oficial del Estado, Nº266, 6 de noviembre de 1979.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Boletín Oficial del Estado, Nº126, 27 de mayo de 2006.

Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos. Boletín Oficial del Estado, Nº307, 24 de diciembre de 2015.

Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Boletín Oficial del Estado, N° 328, 17 de diciembre de 2020.

Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Boletín Oficial del Estado, N° 72, 25 de marzo de 2021.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 154/2002, de 18 de julio de 2002, rec. 3468/1997, RTC 2002/154.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), caso Glass contra Reino Unido, sentencia de 9 de marzo de 2004, TEDH 2004/22.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), caso Hanzelkovi contra República Checa, sentencia de 11 de diciembre de 2014, demanda N°43643/10, TEDH 2014/8.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, “Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), caso Charles Gard and Others contra United Kingdom, decisión de 27 de junio de 2017, application N°39793/17.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), caso Reyes Jiménez contra España, sentencia de 8 de marzo de 2022, demanda N°57020/18, TEDH 2022/28, ECLI:CE:ECHR:2022:0308JUD005702018.

Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 148/2023, de 6 de noviembre de 2023, BOE N° 301, 18 de diciembre de 2023, ECLI:ES:TC:2023:148.

Tribunal Constitucional, sentencia 157/2023, de 20 de noviembre de 2023, rec. 5690/2022, RTC 2023/157.

Tribunal Constitucional, sentencia 180/2023, de 11 de diciembre de 2023, rec. 2354/2022, RTC 2023/180.

Tribunal Constitucional, sentencia 14/2024, de 29 de enero de 2024, BOE N° 53, 29 de febrero de 2024, ECLI:ES:TC:2024:14.

Tribunal Constitucional, sentencia 106/2024, de 12 de octubre de 2024, BOE N° 247, 12 de octubre de 2024, BOE-A-2024-20898.

COHERENCIA NORMATIVA: LEY DE GARANTÍAS Y JUSTICIA DE FAMILIA¹

LEGAL COHERENCE: GUARANTEE LAW AND FAMILY JUSTICE

Fabiola Lathrop Gómez*

Resumen:

Este trabajo analiza el proyecto de ley presentado al Parlamento con el objeto de adecuar la Ley de Tribunales de Familia y otros cuerpos legales a la Ley Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, en particular, las modificaciones relativas al procedimiento de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes en casos de vulneración.


Palabras clave:

Justicia de Familia, Derechos de niños, niñas y adolescentes.

Abstract:

This paper analyses the bill presented to Parliament with the aim of adapting the Family Courts Law and other legal bodies to the Law on Guarantees and Integral Protection of the Rights of Children and Adolescents, in particular, the modifications related to the procedure for the protection of the rights of children and adolescents in cases of violation.

¹ Artículo recibido el 24 de marzo de 2025 y aceptado el 16 de junio de 2025.

* Doctora en Derecho por la U. de Salamanca. Profesora de la Facultad de Derecho de la U. de Chile.  0000-0001-8324-5908. Dirección postal: Avenida Santa María 076 oficina 302, Providencia, Santiago de Chile. Correo electrónico: flathrop@derecho.uchile.cl.

Keywords:

Family Justice, Children rights.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley N°21.430, Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia² –en adelante Ley de Garantías–, entre otras adecuaciones legislativas que ordenó realizar en su artículo cuarto transitorio³, estableció que dentro del plazo de 18 meses desde su publicación –15 de marzo del año 2022–, el Presidente de la República debía enviar un proyecto de ley de reforma a la Ley de Tribunales de Familia⁴.

Con el propósito de cumplir con tal mandato legal, en el mes de septiembre del año 2022, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos convocó a un foro–conformado por quince académicas y académicos–, encargado de proponer tales enmiendas. En particular, se acordó que esta instancia se abocara a estudiar reformas en las siguientes áreas:

- Procedimiento especial de medidas de protección;
- Derecho del niño a ser oído;
- Prueba pericial;
- Derogación de la Ley de Menores⁵; y

2 Ley N°21.430, de 2022.

3 “Dentro del plazo de dieciocho meses contado desde la publicación de esta ley, el Presidente de la República deberá enviar al Congreso Nacional un proyecto de ley para adecuar las normas de la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, considerando las adecuaciones que surjan para la aplicación de esta ley”. Cabe señalar que una de las críticas formulables a la Ley de Garantías es no haber efectuado modificaciones legales directas a los cuerpos normativos que resultaba pertinente adecuar.

4 Ley N°19.968, de 2004.

5 Ley N°16.618, de 1967.

- Control judicial de la litigación.

En junio del año 2023, el mencionado foro aprobó cinco informes, correspondientes a las materias indicadas, los cuales sirvieron de base para la redacción del proyecto de ley que comentaré en estas páginas.⁶

En relación a la génesis de este proyecto de ley debe tenerse en cuenta que, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 32⁷ de la Ley de Garantías⁸ –referido al derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes–, en el mes de julio del año 2023, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos llevó a cabo un proceso de consulta para recoger las opiniones de niños, niñas y adolescentes –en adelante NNA– sobre estas materias. Fue así como se consultó a 398 NNA que hubieran sido parte de un procedimiento judicial de medidas de protección y que se encontraran bajo cuidado alternativo. Un 88,7% del universo de NNA consultado señaló que, gracias a instituciones como el abogado del niño y las duplas psicosociales, existían personas del sistema de justicia a las que pueden consultar sus dudas; si bien destacando que deberían tener la oportunidad de participar directamente en las audiencias en la que se tratan materias que pueden afectarles y que es necesario que los tribunales cuenten con más y mejores canales de información sobre los derechos que les asisten⁹.

6 Este comentario prescinde de análisis doctrinarios, restringiéndose al examen de las normas proyectadas.

7 “Artículo 32.– Derecho a la participación. Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a participar activamente en los asuntos que les conciernan o les afecten, de conformidad con la ley. Los órganos del Estado velarán por incorporar progresivamente a los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de los derechos y responsabilidades ciudadanas.

La Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su Plan de Acción, establecidos en el Título V, determinarán las medidas concretas para promover la participación de los niños, niñas y adolescentes y los mecanismos que permitan recoger sus opiniones en relación a las políticas, proyectos, programas o decisiones que les afecten. Supletoriamente se aplicarán las disposiciones del Título IV de la Ley N°18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”.

8 Ley N°21.430, de 2022.

9 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

A continuación referiré las materias y leyes en las que el Proyecto prevé modificaciones, me detendré especialmente en el procedimiento proteccional de derechos de NNA, realizaré un breve comentario acerca de la tramitación de esta iniciativa y la vigencia de las normas proyectadas, para finalizar con algunas impresiones críticas sobre las decisiones adoptadas en el ámbito proteccional analizado.

2. DERECHO PROYECTADO PARA LA JUSTICIA DE FAMILIA

2.1. Materias a modificar

El proyecto de ley presentado con el objetivo de adecuar la Ley N°19.968, Crea los Tribunales de Familia¹⁰, a la Ley de Garantías¹¹, lleva por título: Modifica la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, y otros cuerpos legales¹², adecuándolos a la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia¹³, y deroga la Ley N°16.618, Ley de Menores¹⁴ —me referiré en lo sucesivo a esta iniciativa con el nombre: el Proyecto—.

El Proyecto se encuentra contenido en el Boletín N°16.286-07¹⁵, ingresó el día 15 septiembre del año 2023 al Congreso Nacional y presenta su última actividad el día 25 octubre del mismo año, ocasión en que se le solicitó informe a la Corte Suprema. Se encuentra radicado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y modifica siete leyes:

- Ley N°19.968, Crea los Tribunales de Familia, en adelante LTF¹⁶;

10 Ley N°19.968, de 2004.

11 Ley N°21.430, de 2022.

12 Ley N°19.968, de 2004.

13 Ley N°21.430, de 2022.

14 Ley N°16.618, de 1967.

15 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

16 Ley N°19.968, de 2004.

- Código Civil¹⁷;
- Código Orgánico de Tribunales¹⁸;
- Ley N°20.876, Crea juzgados que indica y modifica la composición de diversos tribunales de justicia^{19,20}
- Ley N°21.302, Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que indica²¹;
- Ley N°20.084, Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal²²;
- Ley N°18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros²³.

Me parece que el Proyecto presenta grandes novedades y aportes en relación a tres cuestiones: (1) el derecho del NNA a ser oído y a contar con representación jurídica, (2) la prueba pericial; y (3) las medidas de protección.

De prosperar este Proyecto, nuestra justicia de familia cambiará radicalmente, porque las reformas que introduce no solo se relacionan con derechos de NNA sino que impactan los principios y reglas de todo procedimiento ante los tribunales de familia, es decir, el procedimiento ordinario y los procedimientos especiales de aplicación de medidas de protección y de violencia intrafamiliar.

2.2. Modificaciones relacionadas con el derecho de NNA a ser oídos

17 Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2000.

18 Ley N°7.421, de 1943.

19 Ley N°20.876, de 2015.

20 Cabe señalar que el Proyecto suma 118 magistrados, 118 consejeros técnicos y 118 empleados profesionales al Poder Judicial.

21 Ley N°21.302, de 2021.

22 Ley N°20.084, de 2005.

23 Ley N°18.961, de 1990.

En cuanto al derecho a ser oído, se regula por primera vez, y pormenorizadamente, la audiencia confidencial, incluso ante tribunales superiores; se establece que en los procedimientos en que se discutan las materias de cuidado personal, relación directa y regular, patria potestad, medidas de protección y adopción, el NNA tendrá derecho a contar con asistencia jurídica especializada, gratuita e independiente desde el inicio del procedimiento y hasta su cumplimiento y ejecución; y se introduce en el procedimiento de medidas de protección –solo para este procedimiento lo cual es criticable y obedece probablemente a cuestiones de presupuesto– el deber de redactar la sentencia definitiva en un lenguaje, claro, accesible y comprensible a la edad y madurez del niño que interviene en el procedimiento, así como la obligación de incorporar a la sentencia un anexo con un extracto de la decisión y sus fundamentos, redactado como una comunicación del juez al niño, que deberá ser puesta en su conocimiento.

2.3. Modificaciones en materia de prueba pericial

En materia de informe pericial, como es sabido, este medio de prueba ha sido objeto de importantes críticas, por ejemplo, en cuanto a la falta de credibilidad de los profesionales que presentan informes y a la no comparecencia en juicio de los peritos para incorporar la prueba y ser interrogados, lo que resulta especialmente crítico si se considera que, en la práctica, muchas veces los jueces fallan únicamente con el mérito de esta prueba.

El Proyecto²⁴ establece mejores condiciones para un control previo y posterior de la calidad de los informes de peritos, dando cabida a la designación de un perito común por ambas partes; regula los deberes de los peritos; se incorpora la posibilidad de que el juez solicite su elaboración a un órgano público u organismo acreditado; se busca que exista en la audiencia preparatoria un debate serio y profundo respecto de la pertinencia de la prueba pericial ofrecida, de manera que se agrega a las reglas actuales de admisibilidad la carga de las partes de exhibir los comprobantes que acrediten la

24 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

idoneidad del perito; establece que, en principio, cuando el perito es de parte los gastos y honorarios serán soportados por ambas en igual proporción; y, finalmente, ordena que el perito deberá comparecer ante el tribunal para exponer su informe, a menos que las partes de común acuerdo eximan al perito de esta obligación.

2.4. Modificaciones al procedimiento proteccional

En cuanto al procedimiento de medidas de protección de derechos de NNA que, por razones de espacio es el aspecto en que me centraré, existen importantísimas modificaciones.

Como sabemos, el Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia busca superar la sobre judicialización a través de un subsistema de protección administrativa, a cargo de las Oficinas Locales de la Niñez –en adelante OLN–, las que tienen competencia propia para dictar medidas de protección señaladas en el inciso primero del

artículo 68²⁵ de la Ley de Garantías²⁶, norma que cuenta con siete literales, el último de los cuales es de textura abierta. Entre las medidas que pueden adoptarse están las derivaciones a programas e instituciones, instrucción de matrículas, activación de beneficios de seguridad social, inicio de tratamientos médicos, etc.

La Ley de Garantías²⁷ advirtió expresamente que esta protección administrativa no es excluyente de la judicial (artículo 57 N°5²⁸), debiendo considerarse que su redacción original presentaba un carácter incluso más

25 “Artículo 68 inciso primero.— Medidas de protección administrativa. Las Oficinas Locales de la Niñez podrán aplicar las siguientes medidas de protección:

a) Derivar al niño, niña o adolescente y su familia, conjunta o separadamente, según el caso, a uno o más programas ambulatorios de protección social, de orientación y apoyo para el cuidado y crianza, fortalecimiento y/o revinculación familiar, prevención de vulneraciones, tratamiento y rehabilitación de los perjuicios ocasionados por éstas, y vínculo con redes de apoyo estatal, social y comunitaria.

b) Instruir la matrícula o permanencia del niño, niña o adolescente en establecimientos educacionales.

c) Instruir la activación de los beneficios de seguridad social que correspondan a los niños, niñas o adolescentes o a sus familias.

d) Derivar a programas de asistencia integral a la embarazada.

e) Derivar el ingreso a tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, o gestionar la internación, en algún centro de salud público o privado, del niño, niña o adolescente que lo requiera, o de su padre, madre, representantes o responsables, en forma individual o conjunta, según sea el caso.

f) Derivar al padre, madre, representantes o responsables del niño, al Servicio de Registro Civil e Identificación, a objeto que, dentro de un plazo breve, regularicen o procesen la falta de inscripción de su filiación o las deficiencias que presenten los documentos de identidad del niño, niña o adolescente, según sea el caso.

g) Cualquiera otra medida de protección idónea debidamente fundada, a fin de preservar o restituir los derechos, dentro de los límites de competencia de las Oficinas Locales de la Niñez”.

26 Ley N°21.430, de 2022.

27 Ibid.

28 “5. Protección Judicial. Es aquella protección específica de carácter especializado que corresponde disponer a los tribunales de justicia ante casos de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos fundamentales, con el objeto de restituir el ejercicio de sus derechos y reparar las consecuencias de las vulneraciones. Se realiza mediante el ejercicio de la función jurisdiccional especializada, establecida en la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, y conforme a un debido proceso legal y a los demás derechos garantizados en la Constitución Política de la República y en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentran vigentes.

La protección judicial no es excluyente de la administrativa.

administrativo, y enumeró las cinco medidas de protección que son de exclusiva competencia de los tribunales de justicia (artículo 68 inciso segundo²⁹ Ley de Garantías³⁰), es decir:

- Limitación o suspensión del derecho de NNA a mantener relaciones directas y regulares con sus familiares o cuidadores;
- Suspensión del derecho de NNA a vivir con su familia;
- Determinación de cuidados alternativos de NNA;
- Término de la patria potestad de NNA; y
- Adopción de NNA.

La adopción y el cumplimiento oportuno y eficiente de las medidas de protección será de responsabilidad del Poder Judicial, el que ordena las medidas de protección judiciales. A la Subsecretaría de la Niñez corresponde la supervigilancia del trabajo de las Oficinas Locales de la Niñez, las que adoptan medidas de protección administrativas, y del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, que las ejecuta. Dichos órganos actuarán conjunta y coordinadamente, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones. La coordinación necesaria para el cumplimiento efectivo y oportuno de la protección a nivel regional compete a los Presidentes de las Cortes de Apelaciones y a los Directores Regionales del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia que correspondan. A nivel comunal, es de responsabilidad de las Oficinas Locales de la Niñez y de los jueces presidentes de los tribunales de familia, en caso de tribunales pluripersonales, del juez titular del tribunal de familia o del juzgado de letras competente, tratándose de tribunales unipersonales".

29 "Si se tratare de casos que requieren de medidas de exclusiva competencia de los tribunales de familia, la Oficina Local de la Niñez deberá solicitar al tribunal de familia competente la adopción de medidas de protección judicial. La limitación o suspensión del derecho a mantener relaciones directas y regulares con sus familiares o cuidadores, la suspensión de su derecho a vivir con su familia, la determinación de cuidados alternativos, el término de la patria potestad y la adopción, serán siempre medidas de competencia de los tribunales de familia. Lo anterior, sin perjuicio de que el caso siga siendo gestionado por la Oficina Local de la Niñez competente y que ésta adopte respecto del mismo niño, niña o adolescente y/o su familia todas las medidas de protección administrativa que sean procedentes".

30 Ley N°21.430, de 2022.

Pues bien, el Proyecto³¹ reemplaza todo el párrafo primero del Título IV de la LTF³², título sobre los Procedimientos Especiales, e introduce uno nuevo que se encuentra dividido en cinco partes. En el apartado siguiente comentaré las adecuaciones previstas para este nuevo procedimiento proteccional.

3. PROCEDIMIENTO PROTECCIONAL DE DERECHOS DE NNA

En primer lugar, en relación al procedimiento proteccional propuesto, cabe tener en cuenta que el artículo 72³³ del Proyecto³⁴ establece que este procedimiento podrá iniciarse de oficio, por derivación de la OLN o por requerimiento de cualquier persona con interés en ello. El requerimiento no necesita cumplir formalidad alguna y el requirente puede solicitar no ser considerado como parte.

31 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

32 Ley N°19.968, de 2004.

33 Artículo 72.- Inicio del procedimiento. El procedimiento podrá iniciarse de oficio, por derivación de la Oficina Local de la Niñez en los casos en que corresponda según el artículo 71 de la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, o a requerimiento del niño, niña o adolescente, de sus progenitores, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de los profesores o del director del establecimiento educacional al que asista, de los profesionales de la salud que trabajen en los servicios en que se atienda, del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia o de cualquier persona que tenga interés en ello.

El requerimiento presentado por alguna de las personas señaladas en el inciso anterior no necesitará cumplir formalidad alguna, bastando con la sola petición de protección para dar por iniciado el procedimiento.

El requirente podrá solicitar no ser considerado parte en el procedimiento, en cuyo caso se consignarán sus datos para el caso en que el tribunal ordene su comparecencia, en calidad de testigo, en la etapa procesal correspondiente.

Cuando el requerimiento se relacione con los derechos de un niño, niña o adolescente respecto del cual se encuentre vigente una medida de protección judicial, se dejará constancia de lo requerido en el sistema informático del tribunal, ordenando la acumulación de las causas para la prosecución del procedimiento.

34 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

Ahora bien, ¿cuáles son los supuestos de hecho de la intervención judicial? El artículo 70³⁵ del Proyecto³⁶ dispone que los tribunales de familia conocerán de graves amenazas o vulneraciones de derechos de NNA, replicando, equivocadamente a mi juicio, el supuesto de hecho de la LTF³⁷ actual y de la Ley de Menores³⁸.

Para determinar cuándo ocurre ello, en el inciso primero del mencionado artículo se establece que el tribunal deberá ponderar especial y copulativamente una serie de criterios que guardan relación con la situación individual, familiar y comunitaria del niño:

35 Artículo 70.— Supuestos de procedencia de las medidas judiciales de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes. Los tribunales de familia conocerán de las causas de protección ante la grave amenaza o vulneración de derechos del niño, niña o adolescente, para lo cual, en cada caso, deberán ponderar especial y copulativamente los siguientes criterios:

- 1) La frecuencia e intensidad de la amenaza o vulneración de derechos de la cual es víctima el niño, niña o adolescente.
- 2) Las capacidades de los cuidadores de satisfacer las necesidades de cuidado del niño, niña o adolescente y su actitud de respuesta frente a las amenazas o vulneraciones.
- 3) La trayectoria de la desprotección y el impacto que producen en el desarrollo biopsicosocial del niño, niña o adolescente.

Asimismo, serán indicativas de esta grave amenaza o vulneración de derechos, entre otras, las siguientes circunstancias fácticas:

- a) La falta de atención física o psíquica del niño, niña o adolescente por parte de sus progenitores o adultos responsables que importe un perjuicio para la salud física o emocional del niño, niña o adolescente.
- b) La utilización, por parte de sus progenitores o de sus adultos responsables, de violencia física o emocional sobre el niño, niña o adolescente que perjudique su desarrollo.
- c) Las situaciones que, por no poder ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, puedan producir la marginación, la inadaptación o el abandono del niño, niña o adolescente.
- d) El conflicto abierto y crónico entre los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del niño, niña o adolescente.
- e) La incapacidad o la imposibilidad de los progenitores o de los adultos responsables de controlar la conducta del niño, niña o adolescente, que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas.

Sí, sobre la base de lo anterior y de la opinión del consejero técnico, el tribunal concluyere que no es necesario adoptar alguna medida de su exclusiva competencia, atendida la posibilidad de satisfacer las necesidades del niño, niña o adolescente con los apoyos sociales pertinentes y el seguimiento de sus resultados en sede administrativa, derivará el caso a dicha sede, en conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente.

36 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

37 Ley N°19.968, de 2004.

38 Ley N°16.618, de 1967.

- La frecuencia e intensidad de la amenaza o vulneración;
- Las capacidades de los cuidadores de satisfacer las necesidades de cuidado del NNA y su actitud de respuesta frente a las amenazas o vulneraciones;
- La trayectoria de la desprotección y el impacto que producen en el desarrollo biopsicosocial del NNA.

El inciso segundo del indicado artículo 70 contiene un listado no taxativo de hechos indicativos de grave amenaza o vulneración:

- La falta de atención física o psíquica del NNA por parte de sus progenitores o adultos responsables que importe un perjuicio para la salud física o emocional del NNA;
- La utilización, por parte de sus progenitores o de sus adultos responsables, de violencia física o emocional sobre el NNA que perjudique su desarrollo;
- Las situaciones que, por no poder ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, puedan producir la marginación, la inadaptación o el abandono del NNA;
- El conflicto abierto y crónico entre los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del NNA;
- La incapacidad o la imposibilidad de los progenitores o de los adultos responsables de controlar la conducta del NNA, que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas.

A su vez, el artículo 71 del Proyecto³⁹ enumera, en su inciso primero, las medidas de exclusiva competencia del tribunal que se adoptan cuando se configuran estas graves amenazas o vulneraciones de derechos:

- Su entrega inmediata al progenitor o a quien tenga legalmente su cuidado;

- Confiarlo transitoriamente al cuidado de otro u otros miembros de su familia, o de personas de confianza;

- Su ingreso a un programa de la línea de cuidado alternativo del Servicio Nacional de Protección

- Especializada a la Niñez y Adolescencia, conforme al proyecto que determine el Director Regional de dicho Servicio, por el tiempo estrictamente necesario, cuando no fuere posible o resulte contraindicado aplicar lo dispuesto en el literal anterior;

- Otorgar, modificar o suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener una relación directa y regular con el NNA, ya sea que ésta haya sido establecida por resolución judicial o no;

- Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común o la concurrencia del mismo al lugar de estudio del NNA, así como a cualquier otro lugar donde éste se encuentre, permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que asistan al mismo establecimiento, se adoptarán medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos.

- Decretar la prohibición de salir del país del niño sin autorización judicial.

39 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

Ahora bien, existe un supuesto de hecho especialmente grave, relacionado con los cuidados alternativos. Conforme al artículo 71 bis⁴⁰ del Proyecto, los tribunales de familia conocen de la medida de separación del NNA de

40 Artículo 71 bis.— De la separación del niño, niña o adolescente. El tribunal sólo podrá disponer como medida de protección la separación del niño, niña o adolescente de sus progenitores o de la persona a cargo de su cuidado, cuando la vulneración grave de derechos por causa de la inobservancia de los deberes de cuidado de quien lo tiene a su cargo es de tal entidad que pone en riesgo su vida o integridad.

Son circunstancias indicativas de una vulneración grave de derechos del niño, niña o adolescente que pone en riesgo su vida o integridad las siguientes:

- a) Abandono del niño, niña o adolescente.
- b) Maltrato físico o psíquico, abuso sexual, explotación u otras situaciones de naturaleza similar cometidas por las personas que tienen a su cargo el cuidado del niño, niña o adolescente.
- c) Los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal.
- d) El trastorno o la alteración psíquica o la drogodependencia de los progenitores o de quien tiene a su cargo el cuidado del niño, niña o adolescente, que repercute gravemente en su desarrollo.
- e) El suministro al niño, niña o adolescente de drogas, estupefacientes o cualquier otra sustancia psicotrópica o tóxica, carente de justificación médica, realizado por las personas que tienen a su cargo su cuidado.
- f) La inducción a la mendicidad, a la delincuencia o a la explotación sexual por parte de las personas que tienen a su cargo el cuidado del niño, niña o adolescente, o el ejercicio de estas actividades llevado a cabo con el consentimiento o tolerancia de tales personas, así como cualquier forma de explotación económica.
- g) La desatención física, psíquica o emocional grave o persistente del niño, niña o adolescente.
- h) La negativa a participar en la ejecución de las medidas adoptadas a favor del niño, niña o adolescente, si ello conlleva persistencia o agravamiento de su situación.
- i) Los hechos descritos en el artículo 70 que, por su número, evolución, persistencia o agravamiento, determinen un riesgo cierto de menoscabo de su vida o integridad.
- j) Cualquier otra situación de desatención o negligencia que atente contra la integridad física o psíquica del niño, niña o adolescente, o la existencia objetiva de otros factores que entorpezcan seriamente su desarrollo integral. La resolución que ordene esta medida deberá siempre fundarse en el interés superior del niño, niña o adolescente, que será la consideración primordial de la decisión, ajustándose a las exigencias establecidas en los artículos 24 de la Ley N°21.302, que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que indica, y 27 de la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia; y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. La modalidad de cuidado alternativo será preferentemente de carácter familiar y, excepcionalmente, de naturaleza residencial. Los niños y niñas entre 0 y 3 años de edad serán siempre acogidos en modalidad familiar, prefiriéndose a miembros de la familia extendida a falta o imposibilidad de los padres o madres. La resolución a que se refiere el inciso tercero deberá pronunciarse sobre quién ejercerá el cuidado personal del niño, niña o adolescente, correspondiendo, en la modalidad de acogimiento residencial, al director del proyecto y, respecto de la modalidad de acogimiento familiar, al adulto acogedor. El tribunal comunicará dicha resolución a la Oficina Local de la Niñez, la que pondrá término a las medidas administrativas que se encuentren vigentes, no pudiendo en estos casos dictarse nuevas ni renovarse las existentes mientras dure la modalidad de acogimiento de que se trate.

sus progenitores o de la persona a cargo de su cuidado.

Y ¿cuándo deben intervenir adoptando esta medida? Cuando la vulneración grave de derechos es por causa de la inobservancia de los deberes de cuidado de quien lo tiene a su cargo y es de tal entidad que pone en riesgo su vida o integridad. Son circunstancias indicativas de una vulneración grave de derechos del NNA que pone en riesgo su vida o integridad, conforme al Proyecto⁴¹, las siguientes:

- Abandono;
- Maltrato físico o psíquico, abuso sexual, explotación u otras situaciones de naturaleza similar cometidas por las personas que tienen a su cargo el cuidado del NNA;
- Los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal;
- El trastorno o la alteración psíquica o la drogodependencia de los progenitores o de quien tiene a su cargo el cuidado del niño, que repercuta gravemente en su desarrollo;
- El suministro al NNA de drogas, estupefacientes o cualquier otra sustancia psicotrópica o tóxica, carente de justificación médica, realizado por las personas que tienen a su cargo su cuidado;

Asimismo, en caso de ordenarse medidas de cuidado alternativo de las mencionadas en el inciso séptimo del artículo 27 de la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, de no ser posible por razones fundadas resguardar el principio de no separación, el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, por sí o a través de los colaboradores acreditados que ejecuten la línea de acción del cuidado alternativo, deberán adoptar las medidas necesarias para que entre los hermanos o entre los adolescentes y sus hijos o hijas se mantengan relaciones directas y regulares. Del respeto a este derecho en favor de niños, niñas y adolescentes deberá informarse al tribunal en la forma y oportunidad establecida en el inciso segundo del artículo 76.

Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

41 Ibid.

- La inducción a la mendicidad, a la delincuencia o a la explotación sexual por parte de las personas que tienen a su cargo el cuidado del NNA, o el ejercicio de estas actividades llevado a cabo con el consentimiento o tolerancia de tales personas, así como cualquier forma de explotación económica;

- La desatención física, psíquica o emocional grave o persistente del NNA;

- La negativa a participar en la ejecución de las medidas adoptadas a favor del NNA, si ello conlleva persistencia o agravamiento de su situación;

- Los hechos descritos en el artículo 70 (referido a los supuestos de vulneración o amenaza grave) que, por su número, evolución, persistencia o agravamiento, determinen un riesgo cierto de menoscabo de su vida o integridad;

- Cualquier otra situación de desatención o negligencia que atente contra la integridad física o psíquica del NNA, o la existencia objetiva de otros factores que entorpezcan seriamente su desarrollo integral.

Finalmente, con el objetivo de deslindar las competencias administrativas y judiciales, se establecen mecanismos de derivaciones.

El artículo 70 bis⁴² del Proyecto⁴³ regula la derivación desde la sede judicial a la administrativa. Así, se establece que esta derivación puede efectuarse en distintas etapas del procedimiento:

Primero, cuando, analizados los antecedentes del caso y en opinión del consejero técnico, se advierte que el nivel de desprotección del NNA se relaciona únicamente con materias de protección universal.

En efecto, conforme al artículo 70 inciso final del Proyecto⁴⁴, si en los casos en donde, en principio, había gravedad o amenaza, se considera finalmente que no es necesaria la dictación de una medida judicial, deberá derivarse el caso a la sede administrativa, es decir, esta es una regla de cierre.

42 Artículo 70 bis.— De la derivación del caso a la protección administrativa. Si, de conformidad con los antecedentes del caso y de acuerdo con los criterios referidos en el artículo anterior, no se requiere adoptar una medida judicial, el tribunal derivará el caso a la Oficina Local de la Niñez que corresponda.

En específico, si de conformidad con los antecedentes del caso y la opinión del consejero técnico, se identifica que el nivel de desprotección del niño, niña o adolescente se relaciona únicamente con materias de protección universal, requiriendo para su oportuno y correcto abordaje de prestaciones sociales, el tribunal derivará el caso a la Oficina Local de la Niñez respectiva, rechazando la medida de protección.

Por su parte, en caso de existir sospecha de amenaza o vulneración de los derechos del niño, niña o adolescente respecto de los cuales se requiere una evaluación que permita determinar el nivel de desprotección que le afecta, al tiempo de la recepción de la denuncia o de su admisibilidad, o en la audiencia preparatoria del procedimiento, el tribunal se lo comunicará al Director Regional del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, para que derive al niño, niña o adolescente a un programa de Diagnóstico Clínico Especializado a la Niñez y Adolescencia.

Si del resultado de dicha evaluación, el tribunal estima que no se requieren medidas de su exclusiva competencia, dispondrá la derivación a la Oficina Local de la Niñez, rechazando la solicitud de medida de protección judicial. Por su parte, de estimarse necesario decretar una medida judicial distinta a la separación del niño, niña o adolescente, podrá a su vez derivar a la Oficina Local de la Niñez, para que esta complemente la intervención en sede administrativa. Mientras se resuelve esta derivación, y cuando así lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá disponer a título de medida cautelar algunas de las medidas previstas en el artículo 71.

43 Proyecto de ley N° 16.286-07, de 2023.

44 Ibid.

Segundo, Cuando, recibido el resultado del Diagnóstico Clínico Especializado a la Niñez y Adolescencia, el tribunal estima que no se requieren de medidas de su exclusiva competencia o considera que se requiere de una intervención complementaria en sede administrativa.

En todo caso, se establece que en tanto se resuelva la derivación y así lo exija el interés superior del NNA o lo aconseje la inminencia del daño, el tribunal podrá dictar medidas cautelares, reguladas en el artículo 71 ter⁴⁵ del Proyecto⁴⁶, que se remite a las del artículo 71, antes analizadas.

45 Artículo 71 ter.- De las medidas cautelares. En cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente, el tribunal podrá adoptar una o más de las medidas previstas en el artículo 71, dando cumplimiento a las condiciones especiales del artículo 71 bis si la medida a adoptar supone la separación del niño, niña o adolescente de su progenitores o personas a cargo de su cuidado.

La resolución que determine la imposición de una medida cautelar deberá fundarse en antecedentes suficientes, de los que se dejará expresa constancia en la misma.

El tribunal podrá limitar, en la medida estrictamente necesaria, el acceso al expediente digital y a las audiencias de aquellos contra quienes se ordene una medida cautelar, si atendidas las circunstancias especiales del asunto, la publicidad pudiere perjudicar los intereses de la justicia o así lo exigiere el resguardo de los derechos del niño, niña o adolescente, debiendo resguardarse el derecho de defensa de las partes.

Cuando la adopción de cualquier medida cautelar tenga lugar antes del inicio del procedimiento, el juez fijará desde luego la fecha en que deberá llevarse a cabo la audiencia preparatoria para dentro de los cinco días siguientes contados desde la adopción de la medida.

La resolución que dé lugar a la medida deberá indicar expresamente su duración. Transcurrido el plazo, el juez deberá revisar y fundamentar su renovación, sustitución o revocación, de conformidad con lo dispuesto por el literal f) del artículo 59 de la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, sin perjuicio de proceder también a dicha revisión, para revocarla o sustituirla, según el caso, ante un cambio en las circunstancias que motivaron su dictación. En ningún caso la medida cautelar decretada de conformidad a este artículo podrá durar más de noventa días.

46 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

Por otro lado, el artículo 70 quáter⁴⁷ del Proyecto⁴⁸ establece que en los casos en que el procedimiento de protección sea iniciado por derivación de la OLN, el tribunal con competencia en materia de familia no podrá excusarse de su conocimiento, salvaguardando así el principio de inexcusabilidad.

Finalmente, si se impide la ejecución de medidas administrativas, se incumplen de modo grave o se las contraviene reiterada e injustificadamente, el tribunal podrá disponer la aplicación de apremios⁴⁹; y devolver el asunto

47 Artículo 70 quáter.— De la derivación proveniente desde la protección administrativa. En los casos en que el procedimiento de protección a que se refiere este párrafo sea iniciado por derivación de la Oficina Local de la Niñez, el tribunal con competencia en materia de familia no podrá excusarse de su conocimiento.

Si se tratare de la circunstancia establecida en el inciso 2° del artículo 70 de la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, el tribunal, para instar por el cumplimiento de la medida administrativa, podrá disponer la aplicación de los apremios referidos en el artículo anterior y devolver el asunto a la Oficina Local de la Niñez competente, de conformidad con lo señalado en el artículo 71 de la referida ley, salvo que estimare que en el caso procede alguna de las medidas de protección de competencia judicial exclusiva, en cuyo caso continuará con la tramitación del procedimiento correspondiente.

48 Proyecto de Ley N°16.286-07, de 2023.

49 Artículo 70 ter.— De las medidas de apremio para el cumplimiento de la o las medidas de protección administrativas. Las Oficinas Locales de la Niñez podrán requerir apremios ante el tribunal de familia competente, en los casos en que los progenitores, representantes legales, personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente, o cualquier otra persona que haya suscrito el plan de intervención, incumplan de modo grave o de manera reiterada e injustificada las medidas administrativas de protección acordadas.

La Oficina Local de la Niñez remitirá el plan de intervención junto con las acciones administrativas adoptadas para promover su cumplimiento en virtud de lo dispuesto en el reglamento a que hace alusión la letra g) del artículo 66 de la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

De estimar que existe incumplimiento de la o las medidas de protección administrativas, el tribunal apercibirá el cumplimiento adecuado de las medidas en un plazo máximo de quince días, disponiendo la posibilidad inminente de iniciar un procedimiento de protección judicial en caso de no cumplir con lo resuelto, pudiendo asimismo disponer las medidas contempladas en el inciso final del artículo 72 de la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Por el contrario, de no apreciarse supuestos para decretar apremios, el tribunal solicitará a la Oficina Local de la Niñez que remita nuevos antecedentes. Por su parte, en los casos en que se impida la ejecución de una medida del plan de intervención en sede administrativa por acción u omisión de terceros, podrá el tribunal, de oficio o a requerimiento de la Oficina Local de la Niñez, solicitar el auxilio de las policías para la ejecución de la medida o apercibirlos con multas que no excedan de diez unidades tributarias mensuales o arresto hasta de quince días, los que serán determinados prudencialmente, sin perjuicio de poderse repetir el apremio.

a la OLN competente, salvo que estimare que en el caso procede alguna de las medidas de protección de competencia judicial exclusiva, en cuyo caso continuará con la tramitación del procedimiento correspondiente.

4. TRAMITACIÓN DEL PROYECTO Y VIGENCIA DE SUS NORMAS

Para finalizar el análisis del Proyecto, quisiera señalar que deberá guardarse atención a la tramitación legislativa y a los tiempos previstos en el Proyecto⁵⁰ para la vigencia de sus normas.

El Proyecto⁵¹ contempla su vigor inmediato como regla general, pero hay cuestiones sujetas a una vigencia diferida. Así, el aumento en la dotación de juezas y jueces de familia y de miembros del consejo técnico se difiere en hasta 3 años dependiendo de las regiones del país (artículo tercero transitorio).

El Proyecto⁵² también contempla gradualidad para la entrada en vigencia de modificaciones en materia de competencia de los tribunales, sobre principios de la ley y, en especial, del derecho del NNA a ser oído, audiencia preparatoria, contenido de la sentencia y todo aquello referido al procedimiento de medidas de protección⁵³.

50 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

51 Ibid.

52 Ibid.

53 Conforme al artículo segundo transitorio del Proyecto, la gradualidad en la vigencia de las modificaciones contenidas en el artículo primero del texto del Proyecto varía dependiendo de las regiones del país entre uno a cuatro años. Las modificaciones de los numerales del artículo primero del Proyecto son:

número 2: se refiere al artículo octavo de la LTF, o sea, a la competencia de los tribunales de familia;

números 3 y 4: referidos a los artículos 16 y siguientes nuevos de la LTF, sobre principios de la ley y en especial del derecho del NNA a ser oído;

número 5: referido al inciso 2° nuevo del artículo 17 de la LTF, sobre acumulación necesaria;

número 7: referido al artículo 41 nuevo de la LTF, sobre el NNA como testigo;

número 14: referido al artículo 61 número 1 nuevo de la LTF, sobre audiencia preparatoria;

número 15: referido al artículo 66 nuevo de la LTF, sobre contenido de la sentencia;

número 16: referido al artículo 67, sobre los recursos;

número 17: referido al procedimiento de medidas de protección.

Además, conforme al artículo cuarto transitorio, la implementación de la figura del abogado del NNA se difiere en hasta 24 meses tratándose de las materias de competencia de los tribunales de familia, esto es: cuidado personal, relación directa y regular, y patria potestad (números 1, 2 y 3 del artículo 8 de la LTF⁵⁴). En las materias sobre medidas de protección y adopción la implementación de tal defensa es inmediata (numerales 7, 12 y 13 del artículo 8 de la LTF⁵⁵).

5. COMENTARIOS FINALES

El Proyecto⁵⁶ otorga coherencia normativa a los procedimientos de familia conforme a los mandatos de la Ley de Garantías⁵⁷, cuestión que esta ley no realizó directamente.

El Proyecto⁵⁸ mejora el sistema de determinación, aplicación y seguimiento de las medidas de protección de derechos de NNA, pero continúa utilizando la frase vulneraciones o amenazas graves.

La existencia de supuestos de hecho abiertos e indeterminados fue criticada durante la tramitación de la Ley de Garantías⁵⁹, en tanto pone en riesgo la regla de legalidad estricta que debe observarse en ámbitos normativos relacionados con la protección especial de derechos de NNA.

Estimo que debe acotarse el supuesto de hecho de intervención; de lo contrario, se corre el peligro de que el sistema que la Ley de Garantías⁶⁰ instala no implique reformas sustanciales. La implementación de este sistema exige un cambio radical en el conocimiento y gestión de los casos por parte de los jueces y juezas, de los operadores de la justicia de familia en

54 Ley N°19.968, de 2004.

55 Ibid.

56 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

57 Ley N°21.430, de 2022.

58 Proyecto de ley N°16.286-07, de 2023.

59 Ley N°21.430, de 2022.

60 Ibid.

general, así como una adecuada comprensión de la desjudicialización por parte de los órganos administrativos; impacto que podría resumirse en la idea de que el tribunal con competencia en materias de familia debe conocer de conflictos jurídicos que realmente afecten gravemente los derechos de NNA. Para lograr este objetivo resulta esencial socializar los mecanismos de derivaciones entre OLN y los tribunales de justicia.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Decreto con Fuerza de Ley N°1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del código civil; de la Ley N°4.808, sobre registro civil, de la Ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N°16.618, Ley de menores, de la Ley N°14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Diario Oficial, 20 de mayo de 2000.

Ley N°7.421, código orgánico de tribunales. Diario Oficial, 09 de julio de 1943.

Ley N°18.961, orgánica constitucional de carabineros. Diario Oficial, 07 de marzo de 1990.

Ley N°19.968, crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial, 30 de agosto de 2004.

Ley N°20.084, establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Diario Oficial, 07 de diciembre de 2005.

Ley N°20.876, Crea juzgados que indica y modifica la composición de diversos tribunales de justicia. Diario Oficial, 06 de noviembre de 2015.

Ley N°21.302, crea el servicio nacional de protección especializada a la niñez y adolescencia y modifica normas legales que indica. Diario Oficial, 05 de enero de 2021.

Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Diario Oficial, 15 de marzo de 2022.

Proyecto de Ley N°16.286–07, iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, que modifica la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, y otros cuerpos legales, adecuándolos a la Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, y deroga la Ley N°16.618, Ley de Menores.

INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL POR PARTE DEL PROGENITOR NO CUSTODIO Y SU SANCIÓN EN EL ARTÍCULO 49 BIS DE LA LEY DE MENORES¹⁻²

NON-COMPLIANCE WITH THE PRINCIPLE OF PARENTAL CO-RESPONSIBILITY BY THE NON-CUSTODIAL PARENT AND ITS SANCTION IN ARTICLE 49 BIS OF THE LAW ON MINORS


Alexis Mondaca Miranda*

Resumen:

Salvo circunstancias particulares, el mejor escenario para un niño, niña o adolescente es ser criado en el seno de una familia con la presencia de ambos progenitores. Lamentablemente, la realidad nos demuestra que, con cierta frecuencia, dicho escenario no se concreta. Sin perjuicio de lo indicado, corresponde a los progenitores el ejercicio de las funciones parentales, de forma tal que ambos se constituyan en agentes activos en el logro del bienestar de su descendencia. En el caso de nuestro país, es sabido que en

1 Artículo recibido el 13 de mayo de 2025 y aceptado el 22 de julio de 2025.

2 Investigación desarrollada en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N°1220037, titulado “Relaciones entre el principio del interés superior, el libre desarrollo de la personalidad, y el ejercicio de la relación directa y regular en las salidas prolongadas o definitivas al extranjero de madres acompañadas de sus hijos y/o hijas”, del cual el autor es investigador responsable.

* Doctor en Derecho por la Pontificia U. Católica de Valparaíso. Académico de la Facultad de Derecho de la U. de Tarapacá. Integrante del Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (OD-NNA) de la U. de Tarapacá.  0000-0002-6559-4124. Dirección postal: Cardenal Caro 348, Arica. Correo electrónico: amondacam@academicos.uta.cl.

muchas ocasiones el mayor peso de la labor de crianza recae en las madres custodias, en tanto que, los padres, poseen una mínima intervención en ello o, peor, pasan a ser progenitores completamente ausentes.

Un punto particularmente triste está dado por los casos que los padres ni siquiera cumplen con lo requerido por el régimen comunicacional, lo que conduce a un severo abandono de sus hijos y/o hijas. Lo anterior no puede pasar desapercibido para el Derecho, el que, fundadamente, puede sancionar al progenitor que incurra en dicha conducta. En este contexto, una de las sanciones está regulada en el artículo 49 bis de la Ley de Menores, precepto que permite al juez otorgar una petición de salida del país presentada por la madre custodia, pero, además, le permite al sentenciador autorizar futuros viajes de la madre acompañada de sus hijos y/o hijas, respecto de los que no será necesario oír al padre ausente. Así, estamos ante un supuesto excepcional, el que nos ha motivado a la redacción del presente trabajo.

Palabras clave:

Principio de corresponsabilidad parental, Progenitor no custodio, Relación directa y regular, Niños, niñas y adolescentes, Salida del país.

Abstract:

Unless there are special circumstances, the best scenario for a child or adolescent is to be raised in a family with the presence of both parents. Unfortunately, reality shows us that, with certain frequency, this scenario does not materialize. Notwithstanding the above, it is up to the parents to exercise their parental functions in such a way that both become active agents in achieving the welfare of their offspring. In the case of our country, it is known that on many occasions the greater weight of the work of upbringing falls on the custodial mothers, while the fathers have a minimal intervention in it or, worse, they are completely absent parents.

A particularly sad point is given by the cases in which the parents do not even comply with the requirements of the communication regime, which leads to a severe abandonment of their sons and/or daughters. This cannot go unnoticed by the law, which, with good reason, can sanction the parent who incurs in such conduct. In this context, one of the sanctions is regulated in Article 49 bis of the Law on Minors, a precept that allows the judge to grant a request to leave the country filed by the custodial mother, but also allows the judge to authorize future trips of the mother accompanied by her children and/or daughters, for which it will not be necessary to hear the absent father. Thus, we are faced with an exceptional case, which has motivated us to write this paper.

Keywords:

Principle of parental co-responsibility, Non-custodial parent, Direct and regular relationship, Children and adolescents, Leave the country.

1. INTRODUCCIÓN

El principio de corresponsabilidad parental impone a ambos progenitores, con independencia del hecho de vivir juntos o separados, el deber de intervenir de manera activa en lo relativo al cuidado y crianza de sus hijos y/o hijas. Este principio busca un ejercicio equilibrado entre los progenitores de las funciones propias de la parentalidad, intentando evitar una sobrecarga que opere en contra de la mujer en lo relativo al desempeño de tales funciones.

En consecuencia, el ideal buscado por el legislador supone que los progenitores intervengan en las cuestiones atinentes a su descendencia, especialmente respecto de las más relevantes. Dentro de éstas, sin duda, un lugar de privilegio ocupa la decisión de viajar fuera del país. A falta de acuerdo entre los progenitores, en conformidad a lo prescrito en el inciso 6° del artículo 49 de la Ley de Menores³, el asunto será resuelto por el tribunal competente sobre la base del beneficio que de la estadía en el exterior se derive en favor

3 Ley N°16.618, de 1967.

del niño, niña o adolescente (en adelante, NNA). Como puede advertirse, ambos progenitores podrán, en sede judicial, presentar sus alegaciones y rendir la prueba que estimen conveniente a sus intereses.

Con todo, un supuesto especial regula el artículo 49 bis de la Ley de Menores. En efecto, a modo de sanción para el progenitor que injustificadamente no ha cumplido con su derecho-deber de mantener una relación directa y regular con sus hijos y/o hijas, el juez podrá conceder la autorización para la salida pedida y, también, para futuros viajes, cumpliéndose los requisitos que la norma establece. De este modo, se autorizan viajes respecto de los que no se ha acreditado su conveniencia para el NNA, incluso, no se sabe el destino de tales viajes, por lo que no podrá formularse a su respecto oposición alguna.

Como podrá advertir el lector, el supuesto del artículo 49 bis constituye una situación de marcado carácter excepcional que sanciona gravemente al progenitor que no cumple con el régimen comunicacional. Teniendo presente todo lo indicado, este artículo tiene por objetivo realizar un análisis crítico del artículo 49 bis y justificar su aplicación a la luz de las exigencias del principio de corresponsabilidad parental.

2. EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL: UN DESAFÍO A ROLES HISTÓRICOS

En virtud del principio de corresponsabilidad parental, con independencia del lugar en que vivan los progenitores, ambos deben contribuir a las labores propias de la crianza, cuidado y educación de sus hijos y/o hijas⁴. Este principio ha sido consagrado en el inciso 1° del artículo 224 del Código Civil, en cuya virtud, en su parte pertinente, “debe ser ejercido de manera

4 Corte Suprema, Rol N°141.528-2022, de 5 de julio de 2023. Véase, también, Corte Suprema, Rol N°57.634-2022, de 24 de febrero de 2023.

activa, equitativa y permanente”. Este principio implica una reacción ante los supuestos de término de las relaciones de pareja, de forma tal que los progenitores continúen con el ejercicio de sus funciones parentales⁵.

En el Código Civil original⁶ la situación apreciable era radicalmente opuesta. En efecto, a modo de reflejo de la sociedad de la época, caracterizada por un acervado machismo y, por tanto, por un status de sujeción de la mujer⁷, no podía hablarse de una igualitaria o proporcionada repartición de las funciones parentales entre hombre y mujer. Por lo dicho, con el beneplácito de la sociedad, la responsabilidad de criar y cuidar a los hijos y/o hijas recaía, en esencia, en las madres. En lo anterior, se incitaba la colaboración de otras mujeres, más que la participación masculina, en dicho sentido, pensemos, por ejemplo, en las hermanas, abuelas y, en términos familiares, en parientes solteras o viudas.

Siguiendo a Acuña, el principio en comento ha adquirido relevancia al considerar que históricamente ciertos compartimientos eran exclusivos de los padres o de las mujeres, pero, en la actualidad, a lo menos, desde un punto de vista normativo, existe una igualdad en la distribución de las tareas pertenecientes a la corresponsabilidad parental: nadie puede disputar que, en el campo filiativo, se requiere de la intervención de ambos progenitores. Agrega la nombrada autora que el concepto de corresponsabilidad se centra en el modo en que debe ejercerse la labor de crianza y cuidado: una distribución equitativa respecto de los derechos y deberes entre los progenitores, lo que abarca las dimensiones personal y patrimonial⁸.

5 LATHROP (2008), pp. 9-37.

6 Publicado en el Diario Oficial el 14 de diciembre de 1855.

7 El descrito estado de cosas ha posibilitado la ocurrencia de una variada clase de discriminaciones que, a lo largo de la historia, han tenido por víctimas a las mujeres y se insertan dentro de un panorama más amplio de inequidad y violencia (el que se manifiesta con mayor o menor visibilidad) al que siguen estando subordinadas las mujeres. A mayor detalle, existen estudios que afirman que el escenario de violencia machista en América Latina ha aumentado a partir de 2019. FLORES y CÁRDENAS (2024), pp. 3 y 4.

8 ACUÑA (2013), pp. 26-28.

En la misma senda, Illanes vincula la corresponsabilidad parental con el principio del interés superior. En efecto, refiere que este último descansa en la premisa de la satisfacción plena de los derechos de los NNA, lo que incluye las necesidades de índole moral y material y supone la posibilidad de “relacionarse en forma permanente y equitativa con ambos padres”⁹. Sostiene Illanes, además, que la exigencia de corresponsabilidad opera con indiferencia del régimen de cuidado personal aplicable al caso concreto de que se trate¹⁰.

El principio de corresponsabilidad parental, junto con lo señalado, supone el pleno respeto de los derechos cuya titularidad se reconoce a los NNA. Respecto de tales derechos deben actuar los Estados promoviendo actividades tendientes al relacionamiento emocional entre los progenitores y su descendencia, sin perjuicio de las responsabilidades de éstos en el ámbito de la crianza. Por lo dicho, se ha observado que las normas sobre parentalidad responsable “no solo permiten la plena efectividad de los derechos de NNA, sino que se avanza en igualdad de derechos y deberes de padres y madres, sin preferencias ni exclusiones de ningún tipo”¹¹.

Pudiera parecer lógico que ambos progenitores se constituyan en responsables del bienestar de su descendencia, pero la práctica, rápidamente, nos acredita que, en muchos casos, el mayor peso de las labores propias de la parentalidad recae usualmente en la madre, según diremos con mayor detalle en el subtítulo siguiente. En consecuencia, no es difícil encontrar supuestos en los que la igualdad relativa al ejercicio de la parentalidad es inobservada¹².

Impresiona constatar que algunos padres ni siquiera cumplen con la función que un sistema familiar machista les impone. Tradicionalmente, el hombre ha asumido el rol de proveedor, de forma tal que la subsistencia de la familia depende de su actividad, lo que en clave jurídica se identifica con

9 ILLANES (2021), p. 86.

10 Ibid.

11 HERMOSILLA y TÓRTORA (2022), p. 145.

12 Ibid.

el derecho de alimentos. Como lo han estudiado Escobar, Cabrera y Trejo, la figura masculina está íntimamente vinculada con la búsqueda de la seguridad familiar, la que es equivalente a la seguridad alimenticia, por lo que es de cargo del padre tutelar a su familia en dicho ámbito¹³.

Por otra parte, siguiendo a Giallorenzi, la tarea de cuidar y criar a la descendencia ha sido históricamente definida como perteneciente a las madres y, la mujer que desempeña estas funciones no observando los estándares esperables, según dictamen de la sociedad en la que se encuentra inserta, debe soportar el repudio social, el que se concreta en la estigmatizadora frase *mala madre*¹⁴.

3. ¿NOS ASOMBRA LA AUSENCIA DEL PADRE NO CUSTODIO?

Teniendo en vista lo indicado en el subtítulo precedente, es indisputado que los requerimientos del principio de corresponsabilidad parental descansan en la preocupación por el mejor interés del NNA —una actuación efectiva de ambos padres en la vida de sus hijos y/o hijas, indudablemente, contribuye a su desarrollo— y, además, benefician a ambos progenitores, dado que les guían en el ejercicio de sus funciones en tanto padres y/o madres. Con todo, con una dura frecuencia la realidad se empeña en demostrarnos que son muchos los padres que no intervienen en la crianza y cuidado de sus hijos y/o hijas. En efecto, se trata de padres ausentes que no visitan a sus hijos y/o hijas. Esta situación nos conduce a la noción de negligencia paternal.

La negligencia paternal, también denominada negligencia infantil, como su propia denominación nos lo adelanta, supone una falta u omisión, por parte de los progenitores, en el cuidado que merecen los NNA relativa a aspectos de primer orden para efectos de su desarrollo¹⁵. Porter nos habla de la existencia de abandono, apatía, desgano, indolencia con respecto a

13 ESCOBAR et al. (2018), p. 245.

14 GIALLORENZI (2017), pp. 87-96.

15 SAAVEDRA (2014), pp. 25-27.

lo pretendido por el principio del interés superior y que se caracteriza por su permanencia en el tiempo. De esta manera, la negligencia parental se configura como una especie de maltrato infantil¹⁶.

En cuanto a sus consecuencias, la negligencia parental conduce a una serie de vulneraciones de los derechos de los que son titulares los NNA, lo que, a su vez, nos lleva a una segunda nota distintiva: la variedad de conductas constitutivas de negligencia parental. A mayor abundamiento, la referida negligencia se podría concretar en: desnutrición y otros problemas alimenticios; falta del abrigo necesario, es decir, desamparo frente a las inclemencias del clima; ausencia de supervisión ante eventuales daños; privación del derecho a la educación (supuestos de no escolarización o de deserción educacional); falta de preocupación en orden a que el NNA reciba los cuidados médicos especializados, lo que adquiere un matiz especialmente dramático en los casos de NNA que presentan una necesidad específica, como el trastorno de espectro autista¹⁷.

El panorama descrito, también, afecta a las madres custodias. Éstas tienden a intentar llenar los vacíos generados por la ausencia del padre, iniciativa dotada de una particular dificultad. A mayor detalle, analizaremos esta cuestión desde un punto de vista subjetivo y objetivo.

En cuanto a lo primero, no obstante, los avances en sede de igualdad, todavía se aprecia cierto perjuicio en contra de las familias monoparentales, el que es aplicable incluso al ámbito terminológico, dado que éstas son denominadas, incluso, *familias incompletas* o *familias inestructuradas*, en comparación con el clásico modelo de familia biparental, el que representaría

16 PORTER (2022), p. 3.

17 GUERRA (2024), p. 2. En esta línea, se ha indicado: “la negligencia por parte de un adulto puede causar daños que afecten a las estructuras cerebrales encargadas de las funciones cognitivas y del control de las emociones. Si bien puede decirse que distintos tipos de negligencia traen consigo distintos tipos de consecuencias, las cuales tendrán un impacto diferente según la frecuencia, temporalidad, gravedad, duración y edad del niño o de la niña (...), es un hecho claramente constatable la influencia negativa que la misma tiene en el desarrollo físico, emocional y social de quienes la padecen (...)”. CÍSCAR, MARTÍNEZ y PÉREZ (2021), p. 154.

el estándar *normal y positivo*¹⁸. Súmese a lo señalado la conciencia de la anotada problemática, sumada a los efectos negativos que las madres aprecian en sus hijos y/o hijas, derivados de la situación en que se encuentren, lo que conduce a una carga psicológicamente pesada que deben, injustamente, soportar las primeras.

Por otra parte, las madres que crían solas a su descendencia suelen expresar sentirse menos satisfechas con sus vidas, son menos felices (a lo menos, dicha percepción generan) y se muestran más cansadas que las madres que tienen el apoyo de una pareja¹⁹.

Sin perjuicio de lo indicado, desde un prisma objetivo, la ausencia del padre no custodio genera un daño de relevancia a sus propios hijos y/o hijas. Así, como lo ha estudiado Rendón y Rodríguez, la falta de una figura paterna genera autopercepciones de falta de seguridad, carencia de soporte emocional y deficiencias en materia de estimulación cognitiva. Agregan los nombrados autores que “el rol paterno tiene efectos positivos en el desarrollo emocional del niño o niña a temprana edad y en la salud mental de la madre”²⁰. Concluyen que los NNA criados en contextos en que falta la figura paterna pierden una fuente de la que emana seguridad emocional cuyos efectos positivos se proyectan en la etapa adulta del individuo²¹.

El aludido panorama de incumplimiento del principio de corresponsabilidad en el campo del régimen comunicacional ha generado una reacción jurídica, estudiada por la doctrina especializada²². De un modo específico, tal incumplimiento tiene una consecuencia en la concesión de las autorizaciones de salidas del país de NNA, según profundizaremos a continuación.

18 PONCE (2007), p. 3.

19 TACCA et al.(2020), p. 47.

20 RENDÓN y RODRÍGUEZ (2021), p. 3.

21 Ibid.

22 En lo tocante al incumplimiento del régimen comunicacional, véase, MONDACA (2023), pp. 216-221.

4. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 49 BIS

La Ley N°20.383²³, la que consta de un artículo único, incorporó al texto de la Ley de Menores el artículo 49 bis. En este precepto se regula un supuesto especial, una sanción, en cuya virtud, en la sentencia que acoge la petición de salida del país se habilita al solicitante para realizar nuevos viajes al exterior, junto al NNA, dentro de los próximos dos años.

El artículo 49 bis no se encuentra dividido en incisos. Con todo, para efectos de una mejor comprensión, basándonos en su tenor, lo fraccionaremos en conformidad a las siguientes materias: efecto expansivo de la sentencia; sanción al incumplimiento del régimen comunicacional; y el marco temporal de las nuevas salidas del país. En la medida que resulte pertinente, realizaremos un contrapunto entre el vigente artículo 49 bis y lo expresado en la moción parlamentaria que fue su génesis²⁴.

4.1. Efecto expansivo de la sentencia

23 Ley N°20.382, de 2009.

24 Según lo adelantado, el artículo 49 bis se originó en una moción presentada por los parlamentarios Pedro Héctor Muñoz Aburto, Camilo Escalona Medina y Juan Pablo Letelier Morel, de 4 de octubre de 2006. En virtud de dicha moción, se introducía el artículo 50 a la Ley de Menores, cuyo tenor era el que sigue:

“Artículo 50.-Cuando el derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil no se haya ejercido regularmente, sin causa justificada, en los últimos seis meses, junto con autorizar la salida del menor, conforme lo dispuesto en el inciso sexto del artículo precedente, el Juez podrá resolver prescindir, en lo sucesivo, de dicha autorización mientras persista la negativa del padre o la madre ausente en mantener un contacto directo con su hijo.

Lo anterior será decretado con el mérito de una audiencia a la que concurrirá el padre o madre en cuyo favor se haya establecido el derecho citado o, en caso de desconocerse su paradero o de no poder concurrir, de los ascendientes y a los otros consanguíneos del menor, hasta el tercer grado en la línea colateral, siempre que la filiación estuviere determinada.

En su decisión el Juez tendrá, además, en consideración la circunstancia prevista en el artículo 19° del artículo 7° del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias”.Moción parlamentaria, sesión 59. Legislatura N°354, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4716/>.

El referido efecto encuentra su fundamento normativo en la primera parte del artículo 49 bis, precepto que dispone: “En la sentencia el juez podrá decretar que la autorización a que se refiere el inciso sexto del artículo anterior habilita al padre o madre que la haya requerido y que tenga al menor a su cuidado para salir del país con él en distintas ocasiones dentro de los dos años siguientes (...)”. Se admite la solicitud de salida del país no solamente con relación al viaje respecto del cual se acreditó la concurrencia del beneficio exigido por el inciso 6° del artículo 49 de la Ley de Menores, sino que, además, se autoriza la realización de nuevos viajes dentro de un plazo determinado.

Hemos empleado la expresión *efecto expansivo*, puesto que con ella queremos explicar la particular circunstancia de que una misma resolución judicial se pronuncia sobre la cuestión directamente debatida por las partes, pero sus efectos alcanzan (*se expanden*) a cuestiones ligadas, pero no objeto de una contraposición de intereses debidamente alegados y pertenecientes a las partes litigantes.

Profundizando en lo anterior, en esencia, la cuestión controvertida y, por lo tanto, el esfuerzo probatorio, está centrado en dos puntos: en primer lugar, la concurrencia del mentado beneficio en favor del NNA en el contexto de un viaje a un lugar del extranjero perfectamente delimitado y, en segundo término, la falta de observancia del correspondiente régimen comunicacional. Sobre tales puntos versará la actividad procesal de los sujetos intervinientes. El impulso procesal recae en la parte solicitante; por tanto; si ésta no soporta adecuadamente la carga que supone el *onus probandi*, su solicitud deberá ser necesariamente rechazada, aplicando la clásica regla consagrada en el artículo 1698 del Código de Bello²⁵.

A *contrario sensu*, en lo tocante a viajes posteriores, una vez acreditado lo señalado en el párrafo antecedente, no será necesario probar hecho alguno. Sobre la base de lo indicado, estamos en condiciones de afirmar que, en el

25 Para profundizar sobre esta materia, recomendamos, CARVAJAL (2014), pp. 125-133.

supuesto de incumplimiento de la relación directa y personal, se genera una *presunción legal de beneficio* referida a los viajes siguientes al primero, por un periodo que no exceda de dos años y siempre que las salidas posteriores no superen cada una quince días de duración.

La repudiable desidia propia de la conducta del progenitor no custodio es la causa directa del particular efecto estudiado, por lo que manifestamos nuestra conformidad con la aplicación de la mentada. En otras palabras, estamos en presencia de una consecuencia de entidad derivada del no cumplimiento del principio de corresponsabilidad parental.

4.2. Sanción al incumplimiento del régimen comunicacional

El aludido efecto expansivo exige como requisito (tal como se apreciaba en el artículo 50 de la aludida moción parlamentaria y en el vigente artículo 49 bis) el incumplimiento injustificado del progenitor no custodio del derecho-deber de mantener una relación directa y regular, regulado judicial o convencionalmente, respecto de su hijo y/o hija. Por lo tanto, no opera la sanción si el progenitor no custodio ha entregado razones que permiten excusar la falta de observancia del referido derecho-deber.

Es interesante advertir que el legislador no ha precisado la entidad del incumplimiento. A primera vista, podría sostenerse que, dada la falta de distinción legislativa, tampoco podrá distinguir el intérprete, por lo que, sería suficiente para que opere la sanción en comento con incumplimientos de leve entidad. Un análisis más sosegado de la cuestión nos conduce a cuestionar lo anterior y a proponer que se aplique la sanción únicamente ante incumplimientos caracterizados por su gravedad. Fundamos nuestra propuesta en un análisis de las consecuencias derivadas de la aplicación del efecto expansivo.

A mayor detalle, una cuestión de tamaño importancia como la salida de los hijos y/o hijas al extranjero, dentro de los plazos referidos, no puede justificarse en incumplimientos nimios, tales como algunos atrasos en el horario de recogida o de retorno del NNA o, incluso, aisladas no comparecencias del progenitor no custodio. Parece poco prudente y desproporcionado que de ello se siga que se castigue al padre no escuchando sus alegaciones en contra de que su hijo y/o hija salga del país en las condiciones reiteradamente referidas. De esta manera, debe tratarse de un incumplimiento relevante debidamente acreditado²⁶.

En línea con lo indicado, corresponderá al sentenciador explicitar los argumentos que le han dirigido a calificar como grave el incumplimiento de que se trate y por qué considera prudente aplicar la mentada sanción. En esta parte, es menester resaltar que la aplicación de la sanción no es imperativa para el juez, sino que, a la inversa, facultativa. Efectivamente, en la primera parte del artículo 49 bis se indica “(...) el juez podrá decretar (...)”. Así, la norma emplea el término *podrá* y no *deberá*.

Establecido la necesidad de la relevancia del incumplimiento, como lógica consecuencia, surge la pregunta por los supuestos que configuran un incumplimiento importante. En este sentido, es menester analizar el factor cronológico y la calidad de ejercicio del régimen comunicacional. Así, en lo que respecta a lo primero, si los aludidos atrasos han dejado de ser una situación excepcional y han pasado a constituirse en la regla general, la reiteración producida puede ser entendida como una indiferencia inexcusable

26 En este punto es difícil no recordar que, en sede de responsabilidad contractual, para efectos de la procedencia de la resolución, aplicando una visión realista, se ha hecho presente que ella es procedente en la medida en que el incumplimiento sea esencial: “La infracción contractual que autoriza la resolución es el incumplimiento esencial: i) sea porque priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre y cuando ese resultado sea previsible para el deudor al tiempo de contratar; ii) sea porque el acreedor no tiene motivos para confiar en el cumplimiento futuro de su deudor, atendida la conducta o actitud de este último; y iii) sea por voluntad de las partes, ellas así lo acordaron concreta y específicamente”. VIDAL (2009), p. 254.

hacia la descendencia; luego, se trata de un incumplimiento importante. Con mayor razón, lo mismo puede decirse respecto de periodos extensos de tiempo en los que inexplicablemente el progenitor se ausente de la vida del NNA.

Súmese a lo señalado, los casos en que no se aprecian atrasos ni falta de concurrencia, pero, no obstante, lo señalado, la calidad del tiempo compartido con el NNA es deplorable. En este orden de ideas, pensemos en un NNA que, una vez que está con su padre, es dejado en soledad o es expuesto a situaciones de peligro, como un ambiente de violencia, alcoholismo, drogadicción o promiscuidad, entre otros contextos claramente negativos para el desarrollo de la infancia y adolescencia.

Por último, recordemos que en el tenor del artículo 50 de la moción parlamentaria se exigía un incumplimiento irregular por un periodo de seis meses, limitación temporal que durante la tramitación en el Congreso Nacional fue suprimida. En consecuencia, la gravedad del incumplimiento puede producirse en un tiempo menor, por lo que lo central parece ser la gravedad del mismo, la que no depende necesariamente de su proyección en el tiempo (sin perjuicio de que su mantenimiento por un largo periodo puede facilitar su calificación como incumplimiento importante).

4.3. Marco temporal de las nuevas salidas del país

Termina el artículo 49 bis prescribiendo lo que sigue: “El plazo de permanencia del menor de edad en el extranjero no podrá ser superior a quince días en cada ocasión”, teniendo como marco el plazo de dos años. En otros términos, no existe una barrera para la cantidad de veces en que el NNA, siempre acompañado del progenitor custodio, salga del país, pero sí una límite temporal desde un doble punto de vista, según profundizaremos a continuación.

Examinando lo primero, siempre que los recursos económicos de la madre (o en su caso, del padre) que detenta la custodia lo permita, la sentencia del juez competente le habilita para salir con el NNA *en distintas ocasiones*. Así, el artículo 49 bis no contempla la posibilidad de que el sentenciador determine o pueda restringir a un número exacto las ocasiones en las que podrá salirse del país. Por lo tanto, será la madre la que decidirá, en conformidad a sus propios criterios (aspecto este último dotado de la mayor importancia), el número de oportunidades en que, junto a sus hijos y/o hijas, viajará fuera del territorio nacional.

Sobre la base de lo dicho, en teoría, es viable que el progenitor custodio en numerosas instancias viaje con sus hijos y/o hijas menores de dieciocho años, produciéndose un escenario en que la regla general estaría dada por la presencia de los NNA en el extranjero, mientras que, la residencia en Chile, en la práctica, pasaría a ser una excepción. Es preocupante considerar que lo narrado es más fácil de concretarse respecto de NNA que, en virtud de su corta edad, no han ingresado todavía al sistema educacional. En efecto, tanta inasistencia llamaría la atención del profesorado del respectivo establecimiento educacional, lo que activaría la pertinente voz de alarma. Con todo, se trataría de una situación de escasa ocurrencia: no tenemos conocimiento de su producción.

Sin perjuicio de lo indicado, reiteramos que el factor tiempo coarta un escenario de decisiones completamente dependientes de la voluntad unilateral del progenitor custodio. En este sentido, reiteramos, dos son los plazos que éste debe respetar: 15 días y dos años. El término de 15 días es aplicable a cada una de las salidas del territorio chileno. De esta manera, estamos ante un plazo que se caracteriza por su brevedad y que, en caso de no ser respe-

tado, esto es, si una vez vencido continúa el NNA en el extranjero, habilita la puesta en marcha de los procedimientos propios de la figura de secuestro internacional de NNA, tal como lo ha investigado, entre otras, Rizik²⁷.

Una vez vencido el plazo de dos años, se acaba el efecto expansivo. Sin perjuicio de lo anterior, nada impide que, de volver a generarse un escenario de falta de observancia grave del derecho-deber de mantener una relación directa y regular, puede la madre custodia nuevamente solicitar la aplicación del efecto expansivo, lo que podrá ser aceptado según decisión discrecional del juez competente.

5. REFLEXIONES FINALES

El Derecho de Familia y de la Infancia y Adolescencia, entre otras características, posee un innegable contenido ético-jurídico. Siguiendo lo estudiado sobre el particular por Ramos Pazos²⁸, en el ámbito familiar existe una amplia serie de normas carentes de sanciones similares a las habituales en el Derecho civil patrimonial, como el cumplimiento forzado, de forma tal que su observancia no puede exigirse mediante medios compulsivos: en su cumplimiento incide, de un modo decisivo, el propio criterio moral y la costumbre.

Vinculado a lo anterior, la sanción tratada en este artículo, concretada en lo que hemos llamado efecto expansivo, no creemos sea eficaz en el sentido de que logre transformar los criterios axiológicos del padre no custodio. Así, inclusive, si ya ha operado el nombrado efecto, estimamos que es difícil que éste cambie su conducta y que, merced a la sanción recibida, pase a ser una figura paterna positiva y presente en la vida de sus hijos y/o hijas.

27 Como lo ha estudiado la autora nombrada, en el caso planteado, debe aplicarse el Convenio de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980. En suma, debe procederse a la restitución inmediata del NNA a su país de residencia habitual, cautelando debidamente sus derechos, sin perjuicio de las excepciones que contempla dicho Convenio. RIZIK (2016), pp. 193-234.

28 RAMOS PAZOS (2022), pp. 14 y 15.

Tan anhelado cambio, de producirse, usualmente, encuentra su origen en situaciones muy especiales, en experiencias que impactan profundamente al padre de que se trate.

Puede contribuir a dotar de mayor fundamento a lo señalado el ingresar, brevemente, a terrenos de la obligación alimenticia. En este sentido, tengamos en cuenta que ni siquiera la amenaza de privación de libertad ha demostrado ser un mecanismo efectivo para lograr el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales del padre alimentante y evitar este tipo de violencia económica²⁹. Por lo tanto, un efecto que implica autorizaciones para salir al extranjero respecto de un NNA al que en forma previa no se le otorgaba el trato y la compañía ínsita a la función paterna, salvo supuestos particulares, no produciría un cambio de entidad en el padre no custodio. Además, consideremos que la sanción no implica necesariamente suspender o limitar el ejercicio del régimen comunicacional (aunque ello podría solicitarse y decretarse), sin perjuicio que éste deberá adecuarse a la realidad impuesta por la estadía del NNA en el extranjero, por lo que, podría acudirse a las formas telemáticas de ejercicio de la relación directa y regular³⁰.

Sí apreciamos una utilidad en la sanción en análisis en vistas tanto al interés superior del NNA como al interés de la madre. Dando razón de lo señalado, los proyectos de viajes de éstos no quedarán sujetos a una situación de incertidumbre (por la usual negativa del padre no custodio) y a un gasto tanto de recursos como de tiempo (vía casación en el fondo el asunto puede llegar a conocimiento de la Corte Suprema), esto es, a todo lo que implica la completa tramitación judicial de la respectiva solicitud de salida del país. Por lo indicado, nos parece de toda justicia la imposición del efecto expan-

29 “(...) se entiende que la violencia económica son aquellas acciones que causen daño o sufrimiento económico a una determinada mujer, en el marco de las relaciones desiguales de género (...) y que implican actos de control o vigilancia en relación con el uso y distribución del dinero, así como la amenaza sistemática de negación dedichos recursos (...). Se comprende, también, que esta violencia se incrementa en contextos de separación o divorcio, ya que, muchas veces, las mujeres quedan sometidas a la exposición indebida ante sus ex parejas y, con frecuencia, deben sortear necesidades alimentarias apremiantes (...)”, TRUJILLO y ARAYA (2023), p. 619.

30 MONDACA et al. (2023), pp. 122-159.

sivo en el caso de un padre refractario al principio de corresponsabilidad parental, el que, de un modo voluntario, se ha tornado en un ausente en un plano imprescindible para el bienestar de los NNA.

6. CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto en este artículo, podemos ofrecer al lector las siguientes consideraciones:

- La progresiva, pero todavía no suficiente, igualación entre los hombres y las mujeres en lo relativo a un ejercicio equitativo de las funciones parentales encuentra una de sus concreciones normativas en la disciplina del principio de corresponsabilidad parental. De este modo, tanto el padre como la madre deben contribuir a las labores propias de la crianza, cuidado y educación de su descendencia.

- Sin perjuicio de lo establecido en la conclusión precedente, la realidad nos ofrece una lejanía entre el ideal de colaboración entre los progenitores plasmado y ansiado en la norma y lo que, lamentablemente, con cierta periodicidad, se observa en la práctica. Suele ser típico el supuesto en que la madre custodia asume toda la carga que conlleva la labor que corresponde a ambos progenitores, de forma tal que no resulta ser un caso aislado el del padre que ni siquiera cumple con su derecho-deber de mantener un contacto periódico y estable con sus hijos y/o hijas.

- Lo anterior ha generado una reacción por parte del ordenamiento jurídico concretada en el artículo 49 bis de la Ley de Menores, en cuya virtud, en la sentencia que acepta una petición de salida del país, se autoriza al progenitor custodio, normalmente la madre, para realizar nuevos viajes junto a sus hijos y/o hijas. Lo señalado encuentra su fundamento en el injustificado incumplimiento, por parte del otro progenitor, del régimen comunicacional. Así, la no

observancia del principio de corresponsabilidad parental, esto es, la evidente falta de interés en formar parte activa de la vida de la descendencia genera lo que hemos llamado efecto expansivo de la aludida sentencia.

- En definitiva, no merece ser escuchado en sus fundamentaciones el progenitor que libre y voluntariamente se ha transformado en una figura paternal ausente, por lo que pierde su derecho a oponerse a la realización de nuevos viajes en los términos tratados en el presente trabajo. Con todo, nada impide que comience a cumplir con el respectivo régimen comunicacional, de forma tal de tornar en improcedente una nueva aplicación a su respecto del efecto expansivo del artículo 49 bis.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2013): “El principio de corresponsabilidad parental”, en: *Revista de Derecho (Coquimbo)* (Vol. 20, N°2), pp. 21-59.

CARVAJAL, Patricio-Ignacio (2014): “Onus probandi: la formación del artículo 1698 del Código Civil de Chile”, en: *Fundamina* (Vol. 20, N°1), pp. 125-133.

CÍSCAR CUÑAT, Ester, MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Concepción y PÉREZ CARBONELL, Amparo (2021): “Aproximación al estudio de la negligencia parental y sus efectos en la infancia y adolescencia”, en: *Pedagogía Social* (N°39), pp. 153-166.

ESCOBAR, Rosmarlhy, CABRERA, Milagros y TREJO, Alys (2018): “Prácticas y significado de la paternidad en relación a la alimentación infantil”, en: *Revista Chilena de Nutrición* (Vol. 45, N°3), pp. 243-251.

FLORES AGUILAR, Paula y CÁRDENAS NEIRA, Camila (2024): “Inequidad y violencia de género: percepciones de universitarios del sur de Chile”, en: *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* (Vol. 22, N°1), pp. 1-20.

GIALLORENZI, María Laura (2017): “Crítica feminista sobre la noción de la buena madre”, en: *Reflexiones* (Vol. 96, N°1), pp. 87-95.

GUERRA DOMÍNGUEZ, Electra (2024): “Descuido o negligencia infantil”, en: *Multimed* (N°28), pp. 1-3.

HERMOSILLA BESOAIN, Alejandra y TÓRTORA ARAVENA, Hugo (2022): “La importancia de constitucionalizar la corresponsabilidad parental en Chile”, en: *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso* (N°81), pp. 143-176.

ILLANES VALDÉS, Alejandra (2021): “El cuidado personal de los hijos”, en: MONDACA, Alexis e ILLANES, Alejandra (eds.): *Lecciones de Derechos de la Infancia y Adolescencia* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 77-123.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2008): “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N°10), pp. 9-37.

MONDACA MIRANDA, Alexis (2023): “Cuestiones problemáticas del principio de autonomía progresiva en el contexto de la relación directa y regular”, en: MONDACA, Alexis; ILLANES, Alejandra y RAVETLAT, Isaac (eds.): *Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia II. El principio de autonomía progresiva* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 205-224.

MONDACA MIRANDA, Alexis, DÍAZ PANTOJA, Juliana y LUCERO PANTOJA, Jairo (2023): “Régimen comunicacional por medios telemáticos”, en: *TheLaw, State and Telecommunications Review* (Vol. 15, N°1), pp. 122-159.

MUÑOZ ABURTO, Pedro, ESCALONA MEDINA, Camilo y LETELIER MOREL, Juan Pablo (2006): Moción establece una modalidad especial de autorización judicial de salida del país de menores en el caso de negativa del padre o madre a mantener un contacto directo y regular con su hijo (sesión 59, legislatura 354). Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4716/>. [Fecha de última consulta: 20.06.2025].

PONCE ALEGRE, Ana (2007): “Madres que crían solas a sus hijos”, en: XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. Asociación Latinoamericana de Sociología, pp. 1-14. Disponible en:
. [Fecha de última consulta: 20.06.2025].

PORTER, Bárbara (2022): “Abandono parental. Definición, contextos, efectos”, pp. 1-16. Disponible en:
.[Fecha de última consulta: 20.06.2024].

RAMOS PAZOS, René (2022): Derecho de familia, séptima edición actualizada, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

RENDÓN QUINTERO, Eduardo y RODRÍGUEZ GÓMEZ, Rodolfo (2021): “Ausencia paterna en la infancia: vivencias en personas con enfermedad mental”, en: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud (Vol. 19, N°2), pp. 1-25.

RIZIK MULET, Lucía (2016): “Sustracción internacional de menores: jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia chilenos”, en: International Law (Vol. 14, N°29), pp. 193-234.

SAAVEDRA GUZMÁN, Jorge (2014): “La negligencia parental en los sistemas familiares y los elementos favorecedores de procesos resilientes en niños, niñas y adolescentes”. Tesis para optar al grado de Licenciado en

Trabajo Social. Disponible en:

. [Fecha

de última consulta: 20.06.2024].

TACCA HUAMÁN, Daniel; ALVA RODRÍGUEZ, Miguel y CHIRE BEDOYA, Francisco (2020): “Estrés parental y las actitudes de las madres solteras hacia la relación con los hijos”, en: *Revista de Investigación Psicológica* (N°23), pp. 45-62.

TRUJILLO CRISTOFFANINI, Macarena y ARAYA CONCHA, Amanda (2023): “No pago de pensiones de alimentos como violencia económica: análisis de género de la experiencia de mujeres chilenas”, en: *Universum* (Vol. 38, N°2), pp. 617-637.

VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009): “La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (N°32), pp. 221-258.

YOPO DÍAZ, Martina y FUENTES LANDAETA, Javiera (2024): “Familia, género y violencia: incumplimiento de las pensiones de alimentos en Chile”, en: *Íconos* (N°80), pp. 157-176.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Convenio de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 25 de octubre de 1980.

DFL N°1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N°4.808, sobre registro civil, de la Ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N°16.618, Ley de Menores, de la

Ley N°14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.

Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Diario Oficial, 15 de marzo de 2022.

Ley N°20.383, sobre salidas de menores desde Chile. Diario Oficial, 24 de septiembre de 2009.

Ley N°16.618, fija el texto definitivo de la Ley de Menores. Diario Oficial, 8 de marzo de 1967.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, sentencia de fecha 24 de febrero de 2023, rol N°57.634-2022.

Corte Suprema, sentencia de fecha 5 de julio de 2023, rol N°141.528-2022.

EL CUIDADO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA NORMATIVA ARGENTINA Y LA IMPORTANCIA DE LA SOCIOAFECTIVIDAD¹

CHILD AND ADOLESCENT CARE IN ARGENTINE LAW AND THE RELEVANCE OF SOCIO-AFFECTIVE BONDS

Federico Notrica*


Resumen:

Tanto la normativa vigente como la evolución doctrinaria y jurisprudencial han comenzado a reconocer la socioafectividad como un elemento central en las relaciones familiares, otorgándole en muchas ocasiones un rol preponderante frente al vínculo biológico o los lazos jurídicos derivados del parentesco. Aunque el afecto ha sido desde siempre una dimensión esencial de las relaciones humanas, la concepción clásica del derecho ha mostrado resistencia a aceptarlo como fuente jurídica legítima, negándole así el mismo status del que gozan históricamente los vínculos de sangre o de parentesco legal.

Esta negativa ha generado múltiples tensiones en la práctica, pues la ausencia de reconocimiento legal en ciertas figuras afecta negativamente los avances alcanzados en materia de derechos humanos. En el marco normativo argentino, ejemplos claros de esta situación se encuentran en los artículos 643

¹ Artículo recibido el 10 de julio de 2025 y aceptado el 2 de octubre de 2025.

* Magister en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia por la U. de Buenos Aires, Argentina. Docente de Familia y Sucesiones, U. de Buenos Aires y U. Nacional de Avellaneda.

 0000-0002-6967-7330. Dirección postal: Juncal 2048 1 C, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CP 1116). Correo electrónico: fedenotrica@gmail.com.

y 657 del Código Civil y Comercial Argentino, que restringen la posibilidad de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda judicial únicamente a parientes.

No obstante, frente a estos límites legales, la realidad social muestra que en muchas ocasiones los vínculos afectivos superan al criterio biológico, exigiendo una interpretación que priorice el principio del interés superior del niño. En este contexto, el presente trabajo busca demostrar, a través del análisis de jurisprudencia relevante, cómo se han ido articulando soluciones que integran este principio rector con la noción de socioafectividad.

Palabras claves:

Socioafectividad, Guarda judicial, Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, Tutela.

Abstract:

Both current regulations and evolving doctrine and jurisprudence have begun to recognize socio-affective relationships as a central element in family relationships, often granting them a predominant role over biological ties or legal ties derived from kinship. Although affection has always been an essential dimension of human relationships, the classical conception of law has shown resistance to accepting it as a legitimate legal source, thus denying it the same status historically enjoyed by blood ties or legal kinship.

This refusal has generated multiple tensions in practice, as the lack of legal recognition for certain relationships negatively impacts the progress made in human rights. Within the Argentine legal framework, clear examples of this situation are found in Articles 643, and 657 of the Argentinian Civil and Commercial Code, which restrict the possibility of limiting the delegation of parental responsibility and legal guardianship solely to relatives. However, in the face of these legal limits, social reality often shows that emotional bonds override biological criteria, requiring an interpretation that prioritizes the principle of the best interests of the child. In this context, this

paper seeks to demonstrate, through the analysis of relevant case law, how solutions have been developed that integrate this guiding principle with the notion of socio-affectiveness.

Keywords:

Socioaffectivity, Judicial guard, Delegation of the exercise of parental responsibility, Guardianship.

1. LA NOCIÓN DE SOCIOAFECTIVIDAD Y SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO MODERNO

La familia es una construcción social y cultural en constante transformación, cuya configuración varía según el contexto histórico, político, económico, religioso y cultural en el que se inscribe.² Lejos de ser una institución rígida y única, la familia refleja los cambios sociales, y se redefine conforme evolucionan las costumbres y valores de la sociedad. En la actualidad, ya no puede hablarse de un único modelo familiar legítimo, sino de múltiples formas de organización familiar. Estas pueden diferir en número de integrantes, orientación sexual, identidad de género, presencia o no de hijos y origen de la filiación, entre otros aspectos. Todas ellas deben ser reconocidas y protegidas en igualdad de condiciones, garantizando el respeto por los derechos fundamentales de cada uno de sus miembros.

Es que, como es sabido, no existe una definición cerrada de “familia” en el derecho convencional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Corte IDH) ha afirmado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no establece un concepto cerrado de familia ni protege exclusivamente un modelo específico³. Esta postura amplía el reconocimiento a diversas formas de organización familiar, siempre en función del respeto irrestricto de los derechos humanos.

2 GUERRERO (2016), p. 154.

3 Corte IDH, opinión consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, párr. 174. En este mismo instrumento, el Tribunal interamericano recordó

De igual manera, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce en su artículo 16 a la familia como el “elemento natural y fundamental de la sociedad”, y en su artículo 3 garantiza su protección tanto por parte del Estado como de la comunidad.

En la misma línea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, especialmente en sus artículos 8 y 12, promueve un modelo de tutela que no solo impide injerencias indebidas en el ámbito familiar, sino que además exige medidas estatales positivas que favorezcan el desarrollo y fortalecimiento de los vínculos familiares. Estas normas internacionales reflejan cómo la evolución de las sociedades contemporáneas ha puesto en evidencia la insuficiencia de las categorías jurídicas tradicionales para abordar la diversidad de formas familiares existentes. Repensar las familias en el siglo XXI implica aceptar su pluralidad y reconocer que el elemento esencial que las une no es el parentesco, sino la existencia de relaciones significativas, afectivas y sostenidas en el tiempo⁴.

Es así que se plantea una cuestión fundamental: ¿puede el afecto, tan presente en las relaciones familiares, ser considerado un elemento estructurante del derecho de las familias? La respuesta afirmativa se impone pues es una realidad que los vínculos afectivos a veces son mucho más fuertes e importantes en la construcción de la persona que los propios vínculos familiares o de parentesco y la ley comenzó a dar significancia a éstos.

La negativa a reconocer esta realidad no solo resulta inútil, sino que entra en tensión con los avances en materia de derechos humanos. En este contexto, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que la familia, como

que “la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la familia y la vida familiar de manera complementaria. Es así como esta Corte ha considerado que las posibles vulneraciones a este bien jurídico tutelado, deben analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada y familiar, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 del mismo cuerpo legal. Ninguna de las normas citadas contiene una definición taxativa de qué debe entenderse por ‘familia’”.

4 NOTRICA et al. (2022).

grupo esencial de la sociedad, debe recibir el apoyo necesario para cumplir su rol, y que el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes exige crecer en un entorno de amor, comprensión y bienestar (arts. 5, 18 y ctes.). Desde esta perspectiva, la socioafectividad aparece como un componente inseparable del principio del interés superior del niño.

Al respecto, la noción de *socioafectividad* ha sido desarrollada por diversos autores y reconocida por la jurisprudencia. Pérez Manrique sostiene que esta puede demostrarse a través de indicios concretos como el cuidado, el trato dispensado y los apoyos emocionales y materiales entre los miembros de una familia. Es decir, el afecto debe proyectarse no solo en el plano privado, sino también en la esfera social. En este sentido, la afectividad estructura la vida familiar tanto a nivel personal como comunitario, convirtiéndose en un fenómeno esencialmente socioafectivo⁵.

Por su parte, Krasnow señala que este concepto engloba tanto el componente emocional como el social, y que no está necesariamente vinculado al parentesco. Se trata de vínculos significativos de convivencia y apego, que pueden existir o no en el marco de relaciones parentales formales. Así señala que “[e]ste término marco tiene un componente social y afectivo que no se asocia a parentesco. Su desarrollo responde a la receptividad de manifestaciones de vivir en familia que encuentran su cauce en vínculos de apego significativos para la persona que conviven o no con vínculos parentales”⁶. Por su parte, Fernández y González de Vicel, en la misma línea, afirman que el estándar socioafectivo constituye hoy un nuevo criterio –junto al biológico y al jurídico– para determinar la existencia de vínculos parentales⁷.

5 PÉREZ (2012), pp. 189-190.

6 KRASNOW (2019), p. 73.

7 FERNÁNDEZ et al. (2015).

A nivel jurisprudencial, la socioafectividad ha sido entendida como “aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo”⁸.

En consecuencia, puede afirmarse que la socioafectividad es un principio transversal en el Derecho de las Familias, cuya importancia crece en forma constante. Su influencia se percibe claramente en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CC y C), especialmente en el Libro Segundo, dedicado a las relaciones de familia. Allí, el afecto es reconocido como fundamento de la solidaridad familiar, expresado en los cuidados, la asistencia y el acompañamiento recíproco, con especial énfasis en la protección de los sectores más vulnerables: niñas, niños, adolescentes y personas con discapacidad⁹, dejando en claro su impacto constitucional - convencional.

Este principio se materializa en múltiples disposiciones del CC y C, especialmente en materia de filiación. Por ejemplo, se observa en la figura de la adopción (artículos 597 inciso b), 604, 605, 606, 607 anteúltimo párrafo, 621 y 630)¹⁰. También se reconoce en las relaciones entre adultos,

8 Juzgado Nacional en lo Civil N°8, L. G. M. s/ Control de legalidad - Ley N°26.061, de 15 de julio de 2016.

9 Ver, entre otros: HERRERA (2014), p. 75; HERRERA (2021), pp. 445-487; KRASNOW (2017); MIGNON y PELEGRINA (2018); MURGANTI (2016) y SILVA y LOPEZ (2016), pp. 725-739.

10 Se ha observado con acierto que en nuestro sistema jurídico vigente la socioafectividad integra los cimientos de la regulación de este tipo filial y se expresa, incluso, en la redacción de algunas disposiciones del CC y C, como: el artículo 597, segundo párrafo, inciso b) al prever la posibilidad de adopción de la persona mayor de edad que presenta “posesión de estado de hijo”; el artículo 604 sobre la adopción conjunta de personas divorciadas o una vez cesada la unión convivencial; el artículo 605 que también habilita la adopción conjunta en caso de fallecimiento de alguno de los *adultos guardadores*; incluso el artículo 606 que permite la adopción del pupilo/a por parte de su tutor/a; el artículo 621 al permitir la flexibilización de los tipos adoptivos posibilitando la determinación de una adopción plena con mantenimiento de vínculos jurídicos con los familiares de origen o a la inversa, el tipo simple, pero creando vínculos jurídicos con los parientes del adoptante; y el artículo 630 sobre adopción de integración, al reconocer una situación fáctica y vínculo de afecto previo entre el/la cónyuge o conviviente del/a progenitor/a y el/la hijo/a de éste/a (Ver: FERNÁNDEZ y HERRERA (2018), pp. 1851-1201 y PIETRA (2020)). Todo ello, sin dejar de advertir que la anteúltima parte del

como en el caso de las uniones convivenciales y el rol del progenitor afín, dando cabida a modelos familiares ensamblados y diversos. Si bien existen ciertos debates y discusiones al respecto, como por ejemplo ocurre con los llamados *rommies*, la gran mayoría de las diferentes formas de convivencia caracterizada por vínculos afectivos y materiales de interdependencia puede configurarse como una vida familiar y, por tanto, ser jurídicamente protegida.

La socioafectividad también se refleja en otras áreas del derecho privado: en el reconocimiento de la figura del *allegado* (artículo 59 CC y C), en el derecho de comunicación de personas menores de edad con otras que demuestren un interés afectivo legítimo (artículos 555, 556 y 646 inciso e), en las normas procesales de familia (artículo 711) y en el cruce entre derecho de familia y responsabilidad civil (artículo 1741).

No obstante, aún persisten normas que mantienen un enfoque restrictivo basado exclusivamente en el parentesco. Tal es el caso de los artículos 643 y 657 del CC y C, que regulan las figuras de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y las guardas judiciales. Estas disposiciones limitan la posibilidad de asumir tales roles a quienes ostenten un vínculo de parentesco con el niño o niña, excluyendo a personas con las que existan vínculos afectivos relevantes. Sin embargo, en la práctica, la jurisprudencia ha debido ampliar su interpretación para incluir a quienes desempeñan un rol significativo en la vida de niños, niñas y adolescentes, cuando no están unidos por vínculos de parentesco.

artículo 607 dispone que, “La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste”.

2. EL PRINCIPIO RECTOR DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA SOCIOAFECTIVIDAD

El Código Civil y Comercial de la Nación se construyó tomando como base una variedad de fuentes normativas, tanto nacionales como internacionales, así como también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluyendo sus sentencias, opiniones consultivas y otros instrumentos del sistema regional e internacional de protección de derechos humanos, además de la experiencia de los tribunales nacionales.

En este contexto, tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la Ley Nacional N°26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes incorporan la noción de socioafectividad como una dimensión fundamental del principio rector del interés superior del niño (arts. 3,5, 12 y 27 de la CDN y arts. 3, 4, 7 de la Ley 26.061).

Por su parte, el Decreto Reglamentario 415/2006 de la Ley N°26.061 establece en su artículo 7 que:

[s]e entenderá por ‘familia o núcleo familiar’, ‘grupo familiar’, ‘grupo familiar de origen’, ‘medio familiar comunitario’, y ‘familia ampliada’, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección.

Si bien el elemento genético-biológico continúa siendo la base tradicional sobre la cual se construye el parentesco –aunque claramente se reformuló con la incorporación de las técnicas de reproducción humana asistida como causa fuente filial, reconociendo a la voluntad procreacional como elemento determinante–, lo cierto es que, dentro del marco del interés superior del niño, los vínculos afectivos han adquirido una relevancia creciente. En esta

línea, la mencionada Ley N°26.061 reconoce expresamente a la figura del “referente afectivo”, y la jurisprudencia ha interpretado esta noción señalando que, para ser considerado como tal, el vínculo debe haberse constituido con anterioridad a la intervención del organismo administrativo, es decir, no debe originarse a partir de una medida excepcional de protección.

De ello se desprende que la existencia previa del lazo afectivo –ya sea entre el niño, niña o adolescente y los guardadores, o entre éstos y los progenitores de origen– adquiere una importancia central a la hora de valorar su legalidad.

En coherencia con este criterio, el CC y C, en su artículo 607, establece que no puede declararse en situación de adoptabilidad a una niña, niño o adolescente si existe un pariente o un referente afectivo dispuesto a asumir su cuidado. Esta previsión normativa demuestra cómo el afecto, junto con los lazos jurídicos y biológicos, se erige hoy como un criterio autónomo y determinante en la construcción de vínculos, implicando el reconocimiento y la protección de aquellos vínculos afectivos significativos que se hayan consolidado en la experiencia vital de los niños, niñas y adolescentes.

3. LAS FIGURAS REGULADAS EN EL SISTEMA LEGAL ARGENTINO Y LA AUSENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LA SOCIOAFECTIVIDAD

3.1. Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental

En este primer supuesto, dable es señalar el contenido del artículo 643 del CC y C que reza:

En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente (...). El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente

por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.

El artículo original que surgía del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación había regulado lo siguiente: “En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente o tercero idóneo (...)”.

Se trata —como se trabajó junto a Salituri Amezcua, Silva y Videtta en un trabajo similar— de una previsión legal de tipo provisional ya que no implica una renuncia a la responsabilidad parental sino una delegación temporal de su ejercicio; excepcional, pues exige responder al interés del hijo ante alguna circunstancia que entorpezca el adecuado desarrollo de la responsabilidad parental; y judicializable porque la forma prevista es un convenio con homologación judicial, siendo ineludible la participación del hijo en su carácter de principal protagonista¹¹.

Esa intención de reconocimiento al *tercero idóneo* guardaba estrecha relación con la definición de *familiares* que brinda el ya mencionado artículo 7 del Decreto 415/2016 que amplía el concepto a los miembros de la comunidad que formen parte de la vida de las niñas, niños o adolescentes y que tengan con ellos vínculos afectivos en su historia de vida; de allí también resulta evidente que el vínculo debía existir con anterioridad a la intervención administrativa y/o judicial.

La jurisprudencia ha dado diferentes enfoques a la norma. En un caso suscitado en la ciudad de Tigre, se resolvió en fecha 7/08/2019¹² que se homologue el acuerdo de delegación del ejercicio de la responsabilidad

11 NOTRICA et al. (2022).

12 Juzgado de Familia N°1 de Tigre, Rol G. J. y otros s/ Delegación de la responsabilidad parental, de 7 de agosto de 2019.

parental efectuado entre los tíos maternos de un adolescente con su progenitora. La cuestión fáctica indicaba que el joven residía en una zona rural de la provincia de Formosa y en una visita a la familia en la provincia de Buenos Aires surgió la posibilidad de que se instale allí por las mejores posibilidades educativas que se brindaban en ese lugar.

En otro caso resuelto en la ciudad de San Isidro con fecha 23/10/2019¹³, los progenitores de una niña y la madrina –sin vínculo de parentesco– solicitaron la homologación del acuerdo de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a esta última pues desde un tiempo atrás la niña residía en Buenos Aires con ella y su madre lo hacía en la provincia de Entre Ríos ya que ella tenía problemas de salud y no podía ocuparse de su hija. Si bien, la madrina no es pariente como se requiere de la normativa ya señalada, lo cierto es que la magistrada ponderó el bienestar de la niña e indicó que el artículo 607 del CC y C, si bien se refiere a las guardas de hecho, hace alusión al referente afectivo por lo cual no vio obstáculo para transpolarlo a este caso.

Así se dijo en la sentencia que:

(...) el reconocimiento de la “socioafectividad” de las relaciones del niño y adolescente destaca la importancia en el desarrollo del niño de aquellas personas que, sin tener con él un vínculo legal de parentesco, tienen una vinculación afectiva. En tal sentido se afirma que podrá asimilarse al concepto de familia a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencia y protección¹⁴.

Y se agregó que:

13 Juzgado de Familia N°1 de San Isidro, Rol V., F. A. y M. M. C. s/ Delegación de la responsabilidad parental, de 23 de octubre de 2019.

14 Juzgado de Familia N°1 de San Isidro, Rol V., F. A. y M. M. C. s/ Delegación de la responsabilidad parental, de 23 de octubre de 2019.

Los elementos probatorios obrantes en la causa demuestran que la delegación de la responsabilidad parental de A. en favor de la Sra. R. está basada en una situación de conocimiento afectivo previo, lo cual descarta que nos encontremos en uno de los supuestos de entrega directa con fines de adopción que prohíbe el artículo 611 del Código Civil y Comercial de la nación¹⁵.

En diferente sentido se expidió la justicia de la provincia de Neuquén en fecha 27/11/2018¹⁶ que rechazó el pedido. Al respecto, se indicó en la sentencia que

El pedido de homologación judicial de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor de una niña en la pareja de su madre debe rechazarse porque ambos padres manifestaron su conformidad y, si están todos de acuerdo, el artículo 674 del Código Civil y Comercial dispone la innecesaria intervención judicial en función del ejercicio de la autonomía de la voluntad en el diseño de sus vidas familiares, y por efecto de la noción de desjudicializa, acción en la cual se enrola el nuevo ordenamiento.

3.2. Guarda judicial de niñas, niños y adolescentes

El artículo 657 del CC y C establece:

Otorgamiento de la guarda a un pariente. En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, Sala II, Rol C. M. B. y otro s/ Homologación de convenio, de 27 de noviembre de 2018.

Esta disposición busca distinguir entre el cuidado personal del niño, niña o adolescente y el ejercicio de la responsabilidad parental. El primero, una vez que se otorga la guarda judicialmente –generalmente a un pariente– implica que dicha persona asuma, de manera excepcional y por un tiempo limitado, el cuidado de aquél ante la imposibilidad grave y justificada de los progenitores de ejercerlo.

Surge entonces una primera cuestión: ¿quién puede ser designado como guardador o guardadora? La normativa es clara y coherente en su enfoque: únicamente un pariente puede asumir esa función. Sin embargo, surge un segundo interrogante igualmente relevante: ¿es posible que un referente afectivo del niño, niña o adolescente acceda a esa guarda? A partir del principio del interés superior del niño y la búsqueda del entorno más favorable para su desarrollo integral, una respuesta afirmativa se impone como necesaria.

Cabe recordar que el proyecto original de esta norma contemplaba expresamente la inclusión del referente afectivo como posible guardador. Sin embargo, esta opción fue eliminada en la versión final del anteproyecto de reforma de Código Civil y Comercial, lo que ha generado tensiones interpretativas a la luz de la realidad social y el enfoque de derechos.

En virtud de esa eliminación, la justicia ha tenido que reconocer la figura del *referente afectivo* para el otorgamiento de la guarda¹⁷, decretando, en algunos casos, la inconstitucionalidad del artículo 657 del CC y C y, en otros declarando inaplicable la normativa en el caso concreto.

17 Juzgado de Familia N°3 de Mar del Plata, Rol G. T. M. s/ Guarda de personas, de 29 de diciembre de 2015; Cámara de Familia de Mendoza, Rol S. B. E. por la menor A. C. M. A. s/ Guarda judicial, de 10 de abril de 2017; Juzgado de Familia N°7 de Viedma, Rol reservado s/ Responsabilidad parental (delegación), Expte. N°0210/16/37, de agosto de 2017; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, Rol V. F. M. s/ Materia a categorizar, de 20 de mayo de 2019; Juzgado de Familia N°1, Secretaría N°1, de Esquel, Rol M. L., G. O. s/ Medida cautelar, Expte. N°788/2018, de junio de 2019; Juzgado de Familia de General Roca, Rol B., A. A. y C., O. s/ Guarda, de 12 de julio de 2019; Juzgado de Familia N°1 de Esquel, Rol R. P. s/ Medida de protección de derechos, de 10 de julio de 2020; Juzgado de Paz de Mburucuyá, Corrientes, Rol V. M. I. y V. M. I. s/ Personas menores en riesgo, de 18 de diciembre de 2020; Cámara Nacional en lo Civil, Sala M, Rol S., D. D. L. A. s/ Tutela, de 11

Dentro del primer grupo de sentencias, cabe destacar que los fundamentos centrales para la declaración de inconstitucionalidad han sido la socioafectividad, el interés superior del niño y el principio de realidad, a la luz del enfoque de derechos humanos.

Así, en uno de estos casos¹⁸, indicó que

el cumplimiento de un mandato legal no hará que T. deje de sentir a la Sra. Z. como su mamá, por el contrario, generaría que la ficción supere a la realidad. En este sentido, los Tratados de Jerarquía Internacional, incorporados al derecho interno a través de la norma del artículo 75 inciso 22 de la Const. Nac, rechazan la idea de limitación a la extensión y ejercicio de un derecho humano, en el supuesto de autos, el derecho de T. a vivir, desarrollarse y pertenecer a una familia. En virtud de lo expuesto, (...) corresponde declarar la inconstitucionalidad de lo prescripto por el artículo 657 del Cód. Civil y Comercial de la Nación en cuanto a que limita el otorgamiento de la guarda a favor de un pariente.

En este sentido, la asesora de menores e incapaces —o de niños, niñas y adolescentes en un tono más contemporáneo— fundó el planteo de inconstitucionalidad en los siguientes términos:

la limitación el artículo 657 debe ceder ante supuestos como el presente en los cuales se vislumbra la existencia de un vínculo afectivo entre el niño y el adulto referente, nacido bajo el amparo de una legítima situación, absolutamente independiente de la perspectiva adoptiva futura que previo el artículo 657 a fin de ensamblar con el artículo 611 (...) debe tenerse en cuenta que

de marzo de 2021; Tribunal de Familia de Formosa, Rol O. J. J. s/ Guarda (conforme artículo 657 CCC), de 5 de abril de 2021; Cámara Civil y Comercial de Morón, Sala II, Rol M. B. N. vs. N. N. s/ Guarda con fines de adopción, de 10 de agosto de 2021; Juzgado de Familia N°7 de Viedma, Rol reservado (S. M. R. V. J. y V. R. T. N.) s/ Guarda, de 12 de octubre de 2021; Cámara Nacional en lo Civil, Sala H, Rol F., M. M. L. s/ Control de legalidad – Ley N°26.061, de 12 de noviembre de 2021; Cámara Nacional en lo Civil, Sala L, Rol S., M. N. y otro s/ Guarda, de 19 de noviembre de 2021.

18 Juzgado de Familia N°3 de Mar del Plata, Rol G. T. M. s/ Guarda de personas, de 29 de diciembre de 2015.

el vínculo afectivo entre T. y la Sra. Z. ya preexistía, y que su designación como guardadora en su oportunidad y que aquí se peticiona consolidar se diagramó en el marco del sistema de protección de la niñez ley 13.298, y no en pos del derecho y alternativa familiar subsidiaria de adopción. En este caso debe considerarse el transcurso del tiempo en el cual la niña permaneció al cuidado de su actual guardadora, a quien la niña llama ‘mama Pochi’, permitiendo ello afirmar la ‘consolidación’ de un vínculo afectivo, exteriorizando ello la existencia del mentado principio de socioafectividad en las relaciones familiares¹⁹.

Se observa otro caso²⁰, en el que se dijo que adquiere en la vida de la niña,

un significado primordial, porque si no se considera este elemento fáctico (lo social y lo afectivo), se la obligaría a abandonar el único lugar seguro donde se siente parte o se la condenaría a vivir sin un instrumento legal que garantice su derecho a vivir en familia. Y actualmente está más que claro que la noción de familia no se circunscribe a la familia biológica tradicional, sino que la pluralidad de formas familiares que se ha ido imponiendo en nuestra sociedad contemporánea ha logrado el reconocimiento legal que se merece con la sanción de numerosas leyes (26.618; 26.743; 26.061 y leyes provinciales 4109 y 3040) y que ha quedado plasmada en nuestro Código Civil y Comercial²¹.

Por lo que, “el artículo 657 del CC y C resulta, para este caso concreto, anticonstitucional y anticonvencional, en cuanto limita la guarda de un niño, niña o adolescente a los parientes únicamente, dejando por fuera de la norma a sus referentes afectivos válidos”²², lo cual conculca “derechos humanos y fundamentales de la infancia reconocidos por los Tratados Internacionales, la Constitución Nacional, leyes nacionales y provinciales, vulnerando el interés superior”²³.

19 Juzgado de Familia N°3 de Mar del Plata, Rol G. T. M. s/ Guarda de personas, de 29 de diciembre de 2015.

20 Ibid.

21 Ibid.

22 Ibid.

23 Ibid.

Dable es señalar que un caso la declaración de inconstitucionalidad fue decretada de oficio para poder dar respuesta a la situación concreta de una adolescente y de su hija recién nacida para que pudieran ambas estar al cuidado del padrino de la adolescente y de la esposa de aquél, resultando ello lo más adecuado para la satisfacción del interés superior de las dos personas menores de edad, así como para el resguardo de sus derechos²⁴.

La sentencia resaltó que:

la realidad cotidiana muestra que esto no puede sostenerse como regla infranqueable para todos los casos, puesto que en diversas ocasiones se aprecia que personas menores de edad son mejor apreciadas y cuidadas por terceros, ajenos a sus vínculos familiares, que por éstos últimos. (...) Lo expuesto nos conduce a revisar la constitucionalidad (y convencionalidad), especialmente de la disposición del artículo 657, que solo habilita el otorgamiento de la guarda a un pariente ya que, como surge de lo expuesto, los padrinos no gozan de tal característica, sin perjuicio de constituir referentes afectivos de relevancia que son directamente elegidos por los progenitores en función de una relación de amistad o confianza, cuando menos en la generalidad de los casos²⁵.

En segundo lugar, en cuanto a los casos de inaplicabilidad, es menester mencionar que no todas las sentencias hacen expresa dicha inaplicabilidad, sino que directamente otorgan la guarda a una tercera persona no pariente pero que es de importancia para la niña, niño o adolescente beneficiario.

Dentro de este universo, aparecen diferentes escenarios, entre ellos, situaciones en las que la guarda se confiere a dos personas en pareja, una pariente del niño y/o adolescente y la otra no. En este marco, se ha sostenido que:

24 Juzgado de Paz de la Primera Circunscripción Judicial de Mburucuyá, Corrientes, Rol V. M. I. y V. M. I. s/ Personas menores en riesgo, de 18 de diciembre de 2020.

25 Ibid.

la primigenia redacción del artículo 657 disponía la posibilidad de delegar judicialmente la guarda en terceros que constituyeran referentes válidos para la persona menor de edad. El texto definitivo, sin embargo, suprimió esa posibilidad y con ello, se obliga a la judicatura a una interpretación más exhaustiva o incluso distinta a la literal de la norma, pero apegada a textos constitucionalizados y en función de lo que autorizan los artículos 1, 2 y 3 del mismo CCyC. No se trata de una postura antojadiza, pues bien, leído el ordenamiento jurídico en su conjunto surge la obligación del Estado de proteger a las personas menores de edad que se encuentren privadas de su medio familiar²⁶.

Y agrega que la interpretación del sistema normativo debe ser:

integral, armonizando las reglas jurídicas de modo tal que la aplicación de una no excluya otra. Con ese piso de marcha, considero que la existencia de un lazo biológico entre la joven y su abuela, que habilita la delegación judicial de la guarda a la adulta, puede ser integrada con la corresponsabilidad que desea asumir su cónyuge, el Sr. A., por darse en la especie un ensamble familiar²⁷.

Por otro lado, cabe destacar —como ya se ha señalado— que el artículo 657 del Código Civil y Comercial de la Nación establece un plazo máximo de un año para la guarda judicial, prorrogable por un año adicional. Una vez vencido este plazo, debe definirse la situación jurídica del niño, niña o adolescente a través de otras figuras previstas en el ordenamiento legal.

En un primer análisis, las alternativas disponibles parecerían ser la tutela o la adopción. Sin embargo, la realidad demuestra que existen situaciones que no encajan adecuadamente dentro de estas figuras, o bien que estas no ofrecen una solución integral ni plenamente respetuosa de los derechos de las personas menores de edad.

26 Juzgado de Familia N°1, Secretaría N°1, de Esquel, Rol M. L., G. O. s/ Medida cautelar, Expte. N°788/2018, de 10 de junio de 2019.

27 Ibid. Ver también: Cámara Nacional en lo Civil, Sala L, Rol S., M. N. y otro s/ Guarda, de 19 de noviembre de 2021.

En primer lugar, la tutela —regulada a partir del artículo 104 del CC y C— tiene como fin la protección de la persona y de los bienes del niño, niña o adolescente en ausencia de quien ejerce la responsabilidad parental, hasta que éste alcance la mayoría de edad. No obstante, es importante señalar que esta figura no otorga el emplazamiento filial que sí brinda la adopción, es decir, no genera un estado de hijo o hija. Además, si bien formalmente su objeto es la protección integral, en la práctica se evidencia un fuerte componente patrimonial en su diseño normativo. La tutela cesa automáticamente al cumplir la mayoría de edad, lo que plantea un interrogante legítimo: ¿qué ocurre con el vínculo y la protección afectiva y social de ese joven una vez que alcanza los 18 años?

En segundo lugar, la adopción tampoco ofrece una respuesta adecuada en todos los casos. El artículo 601 del CC y C prohíbe la adopción entre ciertos familiares directos, como un ascendiente respecto de su descendiente, o entre hermanos, incluso si son unilaterales. Esta limitación plantea tensiones cuando se analiza de forma integral junto con el artículo 657, que permite otorgar la guarda judicial a parientes por un plazo máximo de uno año con más su prórroga por otro año más, vencido el cual debe optarse por una solución definitiva. El problema surge, por ejemplo, en casos en que el guardador es un tío o tía del niño: si bien esa persona puede adoptar, otros parientes más cercanos no podrían hacerlo por las restricciones legales, lo que demuestra que la adopción tiene un campo de aplicación limitado en estos contextos.

En definitiva, si bien la ley prevé figuras jurídicas para dar continuidad al cuidado de niños, niñas y adolescentes una vez vencida la guarda judicial, la complejidad de las situaciones concretas exige una mirada más flexible y centrada en los vínculos socioafectivos, a fin de garantizar el respeto pleno de los derechos de las personas menores de edad.

Ahora bien, es posible que ninguna de las dos figuras jurídicas mencionadas –la tutela o la adopción– logre ofrecer una solución plenamente compatible con el principio del interés superior del niño. Surge entonces una pregunta fundamental: ¿qué alternativa se aplica cuando las particularidades del caso no se ajustan a estas figuras?

Frente a esta situación, la jurisprudencia ha adoptado respuestas variadas, muchas veces ampliando los márgenes legales para dar lugar a soluciones más acordes con la realidad. Entre estas respuestas, se destaca la admisión de referentes afectivos como posibles guardadores, e incluso la extensión del plazo establecido, permitiendo que el niño, niña o adolescente permanezca bajo el cuidado de un pariente o referente más allá del límite temporal previsto por la norma.

No obstante, esta práctica, si bien, bien intencionada, puede dar lugar a situaciones de prolongada indefinición jurídica, sin una resolución definitiva respecto del emplazamiento legal del niño o niña. Ello puede afectar el principio rector en materia de infancia, al generar incertidumbre, inestabilidad y falta de claridad sobre su situación familiar, con consecuencias directas sobre su desarrollo y bienestar integral.

4. LOS DEBATES ACADÉMICOS EN LAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL DE 2022

Resulta de suma importancia mencionar que en XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil desarrolladas en la ciudad argentina de Mendoza en el mes de septiembre del año 2022, en la comisión N°7 de Derecho de Familia, titulada *La socioafectividad y la incidencia en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes* se debatieron estos temas y se votaron las conclusiones que se plasman en el cuadro que sigue.

No sin antes dejar de mencionar que la relevancia de la socioafectividad es tal que fue uno de los temas que se propusieron y que despertaron mucho interés en el ámbito académico. Nótese, por un lado, que fue la comisión que más cantidad de ponencias ha recibido y, por otro, las debates generados y las conclusiones arribadas demuestran las diferentes posturas que se asemejan en algunos casos a miradas más tradicionales y conservadoras del concepto de familia, arraigadas a la institución del matrimonio y del parentesco, y en otros, a un cambio de paradigma basado en la visión de derechos humanos, en la que la familia ya no se concibe únicamente desde los lazos biológicos o jurídicos formales sino desde vínculos afectivos reales, estables y reconocidos socialmente.

Reflejar esos debates en las conclusiones permite consolidar una visión más amplia e inclusiva que responde a los cambios sociales y a la necesidad de proteger relaciones que otorgan identidad, pertenencia y cuidado.

CONCLUSIONES	A FA- VOR	EN CON- TRA	ABS- TEN- CIO- NES
La socioafectividad no puede actuar como justificación para establecer consecuencias en principio permanentes, sino solo transitorias y si el interés superior del niño lo justifica.	12	26	0
La socioafectividad como dato de la realidad requiere revalorizar la presencia de quien sea referente afectivo en la vida de niños, niñas y adolescentes, en diversos supuestos, tales como: delegación de la responsabilidad parental, guarda judicial, tutela y sistema de apoyos.	38	0	0
Las relaciones afectivas de niñas, niños y adolescentes con referentes afectivos derivadas de vínculos intergeneracionales deben ser resguardadas y fomentadas.	38	0	0
Cabe entender por socioafectividad una especie de “afecto” calificado por la reciprocidad y la cercanía	38	0	0

Se propone incorporar a los artículos 643 y 657 CCyCN (tanto para la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental como para la delegación de la guarda judicial) a la persona referente afectiva idónea, una vez constatado el vínculo socioafectivo legítimo. Artículo 643: “En el interés del hijo o hija y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un familiar o referente afectivo idóneo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido”; Artículo 657: “En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un familiar o referente afectivo idóneo por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio”.	31	4	2
---	----	---	---

Se impone la modificación del plazo máximo de un año previsto para la delegación dispuesta por acuerdo de partes por el artículo 643, debiendo dejarse el plazo sujeto a la libertad de estipulación de las partes y con facultades de morigeración judicial, fundado en la justificación aportada y el interés superior del niño, niña y/o adolescente.	27	5	5
Propuesta de reforma al artículo 104 del CCyC, agregando en el primer párrafo el siguiente texto: “La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental o, cuando la hubiera, solo pueda llevar adelante determinadas funciones, pudiendo en este caso coexistir ambos institutos siempre que se funde debidamente en el interés superior del/la NNA y los vínculos afectivos”.	33	1	3

Fuente: elaboración propia²⁸.

Por último, no es posible dejar de señalar que en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en el año 2015 en la ciudad de Bahía Blanca también se debatió el tema, demostrando el gran interés y preocupación que se le otorga y se llegaron a las siguientes conclusiones: “*De lege lata*: Se debe entender que los artículos 643 y 657 no se circunscribe a los parientes sino también a terceros idóneos con quienes se tenga socioafectividad”²⁹.

Y “*De lege ferenda*: Se debe modificar los artículos 643 y 657 a los fines de extender los supuestos de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda a los terceros idóneos con quienes se tenga socioafectividad”³⁰.

28 SEMINARIOS Y JORNADAS (2022).

29 JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL (2015).

30 Ibid.

5. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha demostrado que la noción de socioafectividad constituye un principio estructural en la evolución del derecho en general y del derecho de las familias en particular, y resulta indispensable para interpretar adecuadamente las relaciones familiares en la actualidad. Frente a la pluralidad de formas familiares que se han consolidado en el entramado social contemporáneo, el derecho ya no puede limitarse a los criterios tradicionales del parentesco biológico o jurídico. Las relaciones significativas, sostenidas en el tiempo, marcadas por el afecto, la convivencia y el compromiso, deben ser reconocidas como vínculos jurídicamente relevantes.

La socioafectividad, como categoría jurídica emergente, permite desbiologizar las relaciones familiares y abrir paso a configuraciones diversas, respetuosas del principio rector del interés superior del niño. Este principio, con jerarquía constitucional y convencional, exige que todas las decisiones relacionadas con niños, niñas y adolescentes prioricen su bienestar integral, su derecho a crecer en un entorno de cuidado y estabilidad, más allá de los vínculos derivados del parentesco.

El análisis de las figuras legales reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación – como la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda judicial– evidencia que persisten normas restrictivas que no contemplan adecuadamente la realidad de los vínculos socioafectivos. No obstante, la jurisprudencia ha suplido esas limitaciones mediante interpretaciones más amplias y flexibles, reconociendo el valor jurídico de los referentes afectivos y, en ocasiones, declarando la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de ciertos artículos cuando entran en tensión con los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.

Aun así, estas soluciones judiciales, aunque loables, no sustituyen la necesidad de una reforma normativa que incorpore expresamente la socioafectividad como criterio válido en el diseño de las instituciones familiares.

La ausencia de definiciones claras genera incertidumbre y puede colocar a las personas menores de edad en situaciones de mayor vulnerabilidad en sus derechos.

En síntesis, el desafío del derecho moderno es avanzar hacia un enfoque verdaderamente centrado en las personas, que reconozca que lo que constituye una familia va más allá de los vínculos de parentesco, debiendo tener en consideración los lazos afectivos que se consolidan en la cotidianeidad. El reconocimiento de la socioafectividad no solo refleja la realidad social sino que también interpela al derecho a actualizarse, a garantizar protección real y efectiva, y a construir un sistema legal inclusivo, plural y diverso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

FERNÁNDEZ, Silvia; GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela y HERRERA, Marisa (2015): “La identidad dinámica/socioafectiva como fuente generadora de conflictos no previstos en materia de adopción”, Disponible en: https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Fern%C3%A1n-dezl-y-otro_-La-identidad.pdf [Fecha de última consulta: 25.08.2025].

FERNÁNDEZ, Silvia y HERRERA, Marisa (2018): “Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad”, en: Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia (Nº83, 145).

GUERRERO MUÑOZ, Joaquín (2016): “La Familia: realidades y cambio social”, en: La Razón histórica. Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas, p. 154.

HERRERA, Marisa (2014): “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del derecho de familia contemporáneo”, en: Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia (Nº66), p. 75.

HERRERA, Marisa (2021): *Socioafectividad, infancias y adolescencias ¿De lo clásico a lo extravagante?* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL (2015): *Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca 2015*. Disponible en: <http://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf> [Fecha de última consulta: 02.10.2025].

KRASNOW, Adriana (2017): “El despliegue de la socioafectividad en el derecho de las familias”, en: *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* (Nº81), p. 57.

KRASNOW, Adriana (2019): “La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (Vol. 32, Nº1), pp. 71-94.

MIGNON, María Belén y PELEGRINA, Ulises (2018): “La socioafectividad: sus implicancias en el terreno jurídico. Cuando la fuerza de los hechos y los afectos delimitan derechos”, en: *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* (Nº87).

MURGANTI, Ana Belén (2016): “El reconocimiento de la socioafectividad y el derecho a la vida familiar: un conflicto sobre sus contornos”, en: *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* (2016-III), pp. 26-33.

NOTRICA, Federico (2020): *El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas* (Santa Fe, Rubinzal Culzoni).

NOTRICA, Federico; SALITURI AMEZCUA, María Martina; SILVA, Sabrina Anabel; VIDETTA, Carolina Alejandra (2022): “El impacto de la socioafectividad en la guarda judicial y en la delegación de la responsabilidad parental”, ponencia presentada en el marco de la Comisión 7: Familia.

“La socioafectividad y la incidencia en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes”, en: XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mendoza, Argentina.

PÉREZ MANRIQUE, Ricardo (2012): El afecto como elemento estructurante del derecho de familia, XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar. Disertaciones y ponencias (Buenos Aires, La Ley).

PIETRA, María Luciana (2020): “Adopción y pluriparentalidad: ¿produce la socioafectividad efectos jurídicos?”, en: Revista Código Civil y Comercial (6-4), pp. 37–67.

SÁNCHEZ, Ramiro (2013): “La protección de la familia en el espacio europeo. Estándares básicos. Proyecciones al ámbito interamericano.”, en: Revista Institucional de la Defensa Pública (Vol. 3 N°5), pp. 61-107.

SANTOLAYA, Pablo (2004): El derecho a la vida familiar de los extranjeros (Valencia, Institut de Pret Public).

SEMINARIOS Y JORNADAS – CONCLUSIONES DE CONGRESOS (2022): Conclusiones de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Mendoza los días 22, 23 y 24 de septiembre de 2022. Comisión 7. Familia. La socioafectividad y la incidencia en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, 24 de noviembre. Disponible en: <https://www.saij.gob.ar/seminarios-jornadas-conclusiones-congresos-conclusiones-xxviii-jornadas-nacionales-derecho-civil-realizadas-mendoza-dias-22-23-24-septiembre-2022-comision-7-familia-socioafectividad-incidencia-interes-superior-ninos-ninas-adolescentes-dacf220058-2022-11-24/123456789-0abc-defg8500-22fcanirtcod?q=%28id-infojus%3ADACF220058%29%20&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTribunal%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdicci%F3n&t=1> [Fecha de última consulta: 02.10.2025].

SILVA, Sabrina y LÓPEZ, Daniela (2016): “La identidad filiatoria en clave dinámica. A propósito de la noción de socioafectividad”, en: *Revista Crítica de Derecho Privado – Núcleo de Derecho Civil* (Montevideo), pp. 725–739.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Opinión Consultiva OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre del 2017. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. [Fecha de última consulta: 25.08.2025].

JURISPRUDENCIA CITADA

Juzgado de Familia 3 de Mar del Plata, sentencia de fecha 29 de diciembre de 2015, G. T. M. s/ guarda de personas.

Juzgado Nacional en lo Civil N°8, sentencia de fecha 15 de julio de 2016, L. G. M. s/ Control de legalidad - Ley N°26.061.

Cámara de Familia de Mendoza, sentencia de fecha 10 de abril de 2017, S. B. E. por la menor A. C. M. A. s/ guarda judicial. Juzgado de Familia 7 de Viedma, sentencia de fecha agosto de 2017, (dato reservado) s/ responsabilidad parental (delegación).

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, Sala II, sentencia de fecha 27 de noviembre de 2018, C. M. B. y otros s/ homologación de convenio.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, sentencia de fecha 20 de mayo de 2019, V. F. M. s/ materia a categorizar.

Juzgado de Familia 1, Secretaría 1 de Esquel, sentencia de fecha junio de 2019, M. L., G. O. s/ medida cautelar. Juzgado de Familia de General Roca, sentencia de fecha 12 de julio de 2019, B., A. A. y C., O. s/ guarda.

Juzgado de Familia 1 de Tigre, sentencia de fecha 7 de agosto de 2019, G. J. y otros s/ delegación de la responsabilidad parental.

Juzgado de Familia 1 de San Isidro, sentencia de fecha 23 de octubre de 2019, V., F. A. y M. M. C. s/ delegación de la responsabilidad parental.

Juzgado de Familia 1 de Esquel, sentencia de fecha 10 de julio de 2020, R. P. s/ medida de protección de derechos.

Juzgado de Paz de Mburucuyá, Corrientes, sentencia de fecha 18 de diciembre de 2020, V. M. I. y V. M. I. s/ personas menores en riesgo.

Cámara Nacional en lo Civil, Sala M, sentencia de fecha 11 de marzo de 2021, S., D. D. L. A. s/ tutela.

Tribunal de Familia de Formosa, sentencia de fecha 5 de abril de 2021, O. J. J. s/ guarda (conforme artículo 657 CCC).

Cámara Civil y Comercial de Morón, Sala II, sentencia de fecha 10 de agosto de 2021, M. B. N. vs. N. N. s/ guarda con fines de adopción.

Juzgado de Familia 7 de Viedma, sentencia de fecha 12 de octubre de 2021, Reservado (S. M. R. V. J. y V. R. T. M.) s/ guarda.

Cámara Nacional en lo Civil, Sala H, sentencia de fecha 12 de noviembre de 2021, F., M. M. L. s/ control de legalidad – Ley N°26.061.

Cámara Nacional en lo Civil, Sala L, sentencia de fecha 19 de noviembre de 2021, S., M. N. y otros s/ guarda.

PLURIPARENTALIDAD Y SOCIOAFECTIVIDAD UNA LECTURA DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA¹


MULTIPARENTING AND SOCIO-EMOTIONAL RELATIONSHIPS A READING OF ARGENTINE JURISPRUDENCE

Natalia de la Torre*

Resumen:

El presente artículo tiene por fin analizar el impacto que ha tenido la socioafectividad —noción clave del derecho de las familias contemporáneo en la Argentina y la región— en el reconocimiento de los vínculos filiales que traspasan la regla binaria y reclaman ser reconocidos en su pluriparentalidad. Más específicamente, intenta repensar la ligazón entre las filiaciones plurales o múltiples y la socioafectividad, actúe esta última como causa de justificación para el no desplazamiento de una filiación ya constituida o como causa de justificación autónoma de un emplazamiento filial, a partir de una relectura de la jurisprudencia argentina.

¹ Artículo recibido el 14 de julio de 2025 y aceptado el 30 de octubre de 2025.

* Abogada Universidad Buenos Aires, Argentina. Magister en Género y Políticas Públicas, FLACSO, Argentina. Prof. de Filosofía, Universidad Buenos Aires, Argentina. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones, Universidad Nacional de Avellaneda, Argentina. Docente de la misma asignatura, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.  0009-0007-3667-601X. Dirección Postal: Av. Pres. Figueroa Alcorta 2263, C1425 Cdad. Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: delatorre.natalia@gmail.com.

Palabras claves:

Filiación, Pluriparentalidad, Socioafectividad, Argentina.

Abstract:

The purpose of this article is to analyze the impact that socio-affectivity—a key concept in contemporary family law in Argentina and the region—has had on the recognition of filial ties that transcend the binary rule and demand recognition in their pluriparental status. More specifically, it attempts to rethink the connection between plural or multiple filiations and socio-affectivity, whether the latter acts as a justification for not displacing an already established filiation or as an autonomous justification for a filial placement, based on a rereading of Argentine jurisprudence.

Keywords:

Filiation; Pluriparenthood, Socio-affectiveness, Argentina.

“La parentalidad es una función en tránsito, viva, abierta a lo que va a acontecer, en construcción permanente”²

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los debates más complejos en el derecho de las familias contemporáneo, más particularmente, en el derecho filial argentino, se vincula con la posibilidad del reconocimiento de una pluralidad de vínculos filiales por encima del principio binario establecido en la última parte del artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación³. Nos referimos a la regla que indica que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación, es decir, se trate de una filiación biológica,

2 FURER y WOLFZON (2019), p. 30.

3 Se retoman, profundizan y amplían conceptos ya vertidos en anteriores trabajos: DE LA TORRE (2024), pp. 9-134 y DE LA TORRE (2021), pp. 545-570.

adoptiva o producto del uso de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA), en atención al sistema tripartito de fuentes filiales que recepta la legislación civil y comercial argentina desde el año 2015.

Si bien la pluriparentalidad, como género analítico teórico, y la triple filiación, como especie particular de la práctica jurisprudencial argentina, comenzaron a pensarse y debatirse en nuestro medio a partir del avance de las biotecnologías y las familias de la diversidad sexo genérica -los primeros casos de reconocimiento de triple filiación responden a esa bifurcación- su espectro subjetivo se ha extendido, encontrándonos en la actualidad con más casos de reconocimientos jurisprudenciales de filiaciones tripartitas que comprometen a familias heterosexuales y que tienen origen no en el uso de las TRHA, sino en las otras dos causas fuentes filiales, la adopción y la filiación biológica o, incluso, de forma más reciente, con asiento exclusivo en la socioafectividad, pese a no ser reconocida como una fuente filial de carácter legal.

Al momento de escribir estas líneas se han planteado en la justicia argentina un total de cincuenta y cinco (55) casos de triple filiación. Veintisiete (27) de ellos comprometen a niños/as, adolescentes o, incluso, personas adultas, nacidas por acto sexual (filiación biológica), dieciocho (18) involucran filiaciones adoptivas, seis (6) se involucran a niños/as nacidos/as de técnicas de reproducción medicamente asistida o de prácticas de inseminación casera -sin asistencia médica- y, por último, cuatro (4) se han resuelto con asiento exclusivo en la socioafectividad.

En este marco, la presente colaboración tiene por fin visibilizar y analizar críticamente cómo la realidad afectiva, en concordancia con el principio del interés superior de niños/as, ha coadyuvado al reconocimiento de las familias pluriparentales en el caso de la jurisprudencia argentina.

Más específicamente, interesa repensar la ligazón entre la triple filiación y la socio afectividad en dos escenarios, a saber: a) la socioafectividad como causa de justificación para el no desplazamiento de una filiación ya constituida y b) la socioafectividad como causa de justificación autónoma de un emplazamiento filial.

Con este objetivo como norte, en los apartados que siguen, se pretende ilustrar, con ejemplos de la casuística argentina, los supuestos de triple filiación en cada uno de los escenarios descriptos, para luego referirnos, sucintamente, al Código de las Familias de Cuba, en tanto es el único exponente latinoamericano que recepta, desde el año 2022, no solo la posibilidad de constituir familias pluriparentales, sino también filiaciones con base exclusiva en la socioafectividad.

2. SOCIOAFECTIVIDAD COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN PARA EL NO DESPLAZAMIENTO DE UNA FILIACIÓN YA CONSTITUIDA

En el marco de la filiación biológica, como hemos anticipado, se presentaron la mayor cantidad de casos de triple filiación en la Argentina. En razón de ello, con el fin de ilustrar los ribetes específicos de este cruce entre filiación biológica, ruptura del binarismo y socioafectividad como causa de no desplazamiento filial, hemos seleccionado, para reseñar, los últimos dos casos resueltos por la justicia especializada en familia, más un caso que, al momento de escribir estas líneas, se encuentra a la espera de una resolución definitiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el marco de la triple filiación “biológica”, la socio afectividad no es receptada como causa fuente autónoma para ampliar derechos -causa de justificación del emplazamiento- sino como causa fuente para no restringir derechos -causa de justificación para el no desplazamiento-. No obstante, esta consideración general, cabe destacar que, si bien no en todos los casos planteados en la jurisprudencia argentina -por ejemplo, el caso de la Corte

de Salta que se analiza más adelante-, en muchos de ellos, la socioafectividad con quien portaba biología también ha pesado a la hora de resolver emplazar sin desplazar.

En definitiva, siguiendo a Paulini:

La existencia de un vínculo afectivo es decisiva a la hora de resolver, de modo que el afecto y lo social se presentan como valores jurídicos que deben ser atendidos, principalmente porque hace a la identidad en su faz dinámica. [...] Es innegable que nuestra existencia como persona trasciende lo biológico porque diariamente nos construimos socialmente con aquello que nos identifica, que nos genera pertenencia y que terminan definiendo nuestra verdad cultural, social y afectiva. Estas verdades hacen a nuestra identidad, la que tiene protección constitucional como derecho inherente a la persona humana (art. 75 inc. 22 de la CN; arts. 3° y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros)⁴.

2.1. Juzgado de Familia y Penal de Niños, Niñas y Adolescentes de Chajarí, 14/04/2025, “C. F. F. C/ R. N. J. y C. C. E. s/ Ordinario filiación (Acción de Reclamación de Filiación Paterna Extramatrimonial y Pluriparentalidad)”⁵

En este supuesto es el propio hijo de 19 años de edad quien se presenta a la justicia y solicita el reconocimiento de una triple filiación pese al valladar de la regla de la última parte del art. 558 del CC y CN que indica que nadie puede tener más de dos vínculos filiales.

4 PAULONI (2023).

5 Juzgado de Familia y Penal de Niños, Niñas y Adolescentes de Chajarí, Entre Ríos, C.F.F.C/ R. N. J. y C. C. E. s/ Ordinario Filiación (Acción de Reclamación de Filiación Paterna Extramatrimonial y Pluriparentalidad), 14 de abril del 2025.

El joven relata que en la etapa de su adolescencia su progenitora le contó que, cuando ella tenía 19 años, tuvo una relación amorosa por un tiempo aproximado de seis meses con un señor llamado R., quedó embarazada y R. se ausentó de su vida. Tiempo después, su madre se casó con C., su progenitor afectivo, y tuvo tres hijos más, sin embargo, asegura no haber sentido ninguna diferencia en la crianza y el amor que le deparó C. entre él y sus hermanos, siempre se sintió su hijo.

Una vez alcanzada la mayoría de edad el joven se acercó a su progenitor biológico, mantuvo algunos encuentros esporádicos que le permitieron ir conociéndose de a poco. Asimismo, relata que es su deseo conocer también a la familia de su progenitor biológico, a sus otros hermanos por parte de R. y mantener una relación vincular con todos ellos.

Por ello, su pretensión es, por un lado, mantener el reconocimiento del vínculo socioafectivo respecto del padre que lo reconoció y ejerció el rol durante su niñez, adolescencia y en la actualidad y, por el otro, se emplaza al progenitor biológico como su otra padre en respeto a su derecho a la identidad y reconocimiento de su origen biológico.

En este marco, la jueza hace lugar al planteo del joven y destaca que

[A]coger el pedido del actor no acarrea perjuicio para nadie, ni para terceros, ni al orden público que en el acta de nacimiento de F. figuren dos padres, el que lo reconoció y ejerció la función de cuidados, de alimentarlo, de garantizarle el derecho a la salud, preservando su identidad dinámica y emplazarlo en su filiación biológica, que surge del presente proceso de acción de reclamación paterna extramatrimonial. Todo ello es preservar, conservar y garantizar su identidad dinámica representada en la socioafectividad.

Por lo tanto, resulta inaplicable el art. 558 del CC y CN, en base al vínculo socioafectivo, la identidad dinámica del grupo familiar construido entre la madre, el padre reconociente y el padre biológico.

2.2. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Trenque Lauquen, Buenos Aires, 03/04/2025, “R., R. E. vs. I., N. F. y otro/a s. Acciones de impugnación de Filiación”⁶

El segundo caso que interesa traer a colación no involucra a un adulto sino a un niño de 12 años, su madre, el padre reconociente y socioafectivo y el padre biológico. La causa judicial comienza con la interposición de una acción de impugnación del reconocimiento paterno por parte del progenitor biológico. No obstante, producida la escucha del niño y habiendo acuerdo de los tres adultos, con el acompañamiento de la Asesora de Menores y la tutora designada, la petición varía hacia el reconocimiento de una triple filiación, es decir, a una acción de emplazamiento del progenitor biológico sin desplazamiento del progenitor socioafectivo. Pese a esta modificación durante el transcurso del trámite la jueza de primera instancia hace lugar a la acción de impugnación y ordena la inscripción del niño como hijo de su madre y de su padre biológico. Frente a este decisorio la Asesora presenta un recurso de apelación que es acompañado tanto por la parte actora -padre biológico- como por la tutora del niño.

En este contexto, por los argumentos que seguidamente se sintetizan, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial revoca la sentencia, declara inconstitucional el artículo 558 del CC y CN y ordena inscribir al niño como hijo de su mamá y sus dos papás, incorporando al apellido del padre socioafectivo el apellido de su progenitor biológico.

Lo primero que remarca el Tribunal en su decisorio es que, más allá del pedido inicial, la realidad del niño -quien también fue escuchado en la instancia revisora- se compone de tres hogares. Si bien pasa la mayor parte del tiempo en el hogar de su madre, también visita en forma asidua a su padre biológico, y es este último el que lo lleva y lo trae a la casa de su padre afectivo, pese a que los tres adultos viven en localidades distintas. Por ello,

6 CCC, Trenque Lauquen, Buenos Aires, R., R. E. vs. I., N. F. y otro/a s. Acciones de impugnación de Filiación, 3 de abril del 2025.

se sostiene que “[l]a sentencia dictada formula una expresión insuficiente, puesto que solamente transmite sombras de lo que verdaderamente sucede en la vida del niño y de los adultos, lo que exige como se adelantó-, una solución diversa a la adoptada”.⁷

Para concluir afirmando que:

Estamos frente a dos formas de paternidad, la socioafectiva que se cultiva desde su nacimiento, al amparo de la buena fe de NFI, y la biológica, que hoy exige su reconocimiento. Y como tales, no son excluyentes. Se trata de dos institutos que tutelan bienes diferentes. La paternidad socioafectiva resguarda la vivencia del sujeto en un entorno familiar y la biológica consagra el derecho de saber quién engendró con la posibilidad de poder conocerlo y relacionarse con él. El Derecho debe cumplir un rol pacificador haciendo constar los registros de ambas verdades, la de orden socioafectiva y la biológica igualmente⁸.

2.3. Corte Suprema Salta, 30/03/2023, “L., G. VS. W., G, F.; C. P., L. R. por Impugnación de Filiación – Recurso de Inconstitucionalidad”⁹

En este supuesto, los antecedentes del caso son los siguientes. El Sr. L., invocando ser el padre biológico de la niña U.E. nacida el 1/06/2012, impugna la paternidad del Sr. W. y solicita se lo desplace, destacando que este la reconoció con posterioridad a su nacimiento y a sabiendas de que no era su progenitor (el reconocimiento procedió a los dos años de nacida la niña). Por su parte, los demandados, madre y padre de la niña, solicitan el rechazo de la demanda con sustento en que en el marco de la acción de impugnación del reconocimiento no se puede limitar a la verdad biológica como único elemento que se debe tener en cuenta para definir el vínculo jurídico de filiación, debiéndose priorizar la faz dinámica, y desde esa perspectiva

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Corte Suprema Salta, L., G. VS. W., G, F.; C. P., L. R. Por impugnación de filiación – recurso de inconstitucionalidad, 30 de marzo del 2023.

destacan que en los casos de posesión de estado no tiene que prevalecer el elemento biológico. Es decir, plantearon el rechazo de la acción por prevalencia del lazo afectivo por sobre el dato biológico y por considerar que ello era conteste con el interés superior del niño. La madre refiere que el actor negó a su hija sin interesarse en ella desde su nacimiento y durante 4 años, el Sr. W., su excónyuge, jamás dejó de asistirle afectiva ni económicamente, llegando a amar a la niña tanto como a la hija que tienen en común, motivo por el cual la reconoció ante el Registro Civil.

Cabe destacar que, al contestar demanda, ni el Sr. W. ni la Sra. C. plantean la inconstitucionalidad o inaplicabilidad del art. 558 del CC y C, ni solicitan se reconozca una triple filiación, es decir, se resuelva emplazando al padre biológico -actor- pero manteniendo el vínculo filial con el demandado por la relación socio afectiva generada con la niña desde su corta edad.

Así trabada la litis, en fecha 7/11/2019, el juzgado de 1º instancia Civil, de Personas y Familia N°3 de la capital salteña, sin alusión alguna a la identidad dinámica de la niña, ni a su interés superior, con citas doctrinarias muy anteriores a la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación y teniendo en miras de forma exclusiva el resultado de la prueba de ADN, hace lugar a la acción, dejando sin efecto la filiación paterna del Sr. W., emplazando como padre de la niña al Sr. L. e imponiendo las costas del proceso a los demandados.

Contra este decisorio, en representación de los demandados, la Defensora Oficial Civil N°4 interpone recurso de apelación. Afirma que la sentencia impugnada, a su criterio, resulta ser contraria a los principios del Código Civil y Comercial de la Nación, como así también los de la Ley N°26.061. Aduce que toda la argumentación del a quo se basa en el resultado de la prueba de ADN. Considera, entonces, que el *criterio biologicista* de la paternidad ya fue superado por el CC y C, por lo que refiere, la jueza de grado debió de seguir tales lineamientos, enfatizando que los seres humanos somos mucho más que *animales reproductores*, por lo que existe *una enorme diferencia*

entre un genitor y un padre. Por otra parte, critica que la sentenciante de grado en ningún momento haya llegado a considerar, siquiera, la posibilidad de establecer una triple filiación, solución jurisprudencial que, además, cuenta con numerosos precedentes en nuestro país. Pese a ello, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, en fecha 17/03/2021, en una sentencia de unas escuetas ocho páginas, confirma el decisorio de primera instancia, lo que da lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por la defensora ante la Corte Suprema de la provincia de Salta.

El 30/03/2023 la máxima instancia judicial de la provincia rechaza el recurso de inconstitucionalidad. Considerando que los agravios esencialmente se circunscriben a la omisión de declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 558 del CC y C o su no aplicación al caso concreto, a fin de disponer la pluriparentalidad respecto del padre socio afectivo y la del biológico de la niña U. E., en primer lugar refiere:

Que como primera cuestión, cabe recalcar que en lo concerniente al modo que quedó trabada la litis, los accionados no plantearon la inconstitucionalidad del art. 558 del C.C.C.N. ni su inaplicabilidad al caso concreto al contestar la demanda, como así tampoco la triple filiación alegada basada en la relación socio afectiva del señor W. con la menor, cuestiones que recién fueron introducidas por la recurrente en esta instancia modificando su pretensión inicial, motivo por el cual no fueron abordadas por los tribunales inferior¹⁰.

No obstante, si bien el planteo efectuado por la recurrente, según la Corte, resulta tardío y apartado de su pretensión original, procede efectuar un análisis de la situación fáctica y jurídica esbozada procurando lo que entiende es el interés superior de la niña. Sobre esto último señala lo siguiente:

Sin perjuicio de que sea posible declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma como lo requiere la impugnante, cabe resaltar que el bien supremo a defender es el derecho a la identidad de la menor U.E., derecho

10 Ibid.

este que ha sido conculcado tanto por el padre biológico que, como quedó demostrado en la causa, en su inicio no quiso reconocerla; pero además por el padre afectivo y la progenitora que también lo vulneraron al inscribirla como hija del señor W. sabiendo que no lo era.

En otro orden, no solamente se debe contemplar la necesidad de añadir un apellido a la menor, el del padre biológico y no restar el del padre afectivo como se propone, ya que la pluriparentalidad no es solo eso, sino que se deben ponderar las consecuencias jurídicas que conlleva la adopción de la triple identidad en que se requiere la anuencia de las personas involucradas, en especial como en los supuestos del art. 645 del C.C.C.N. en los que se necesita contar con el consentimiento de los progenitores, no advirtiéndose en el caso de autos que ello fuera posible, dado que no hay una voluntad puesta de manifiesto por el padre biológico y el afectivo, lo cual produciría tensiones y conflictos a la hora de proyectar sus efectos la triple filiación propiciada en esta instancia por los demandados¹¹.

De este modo, destaca muy particularmente la falta de acuerdo entre los adultos, la negativa del progenitor biológico al reconocimiento de la pluriparentalidad.

Por último, agrega, que no puede eludirse que hace más de siete años que se inició esta causa, y por ello se deberán adoptar medidas urgentes para restablecer el vínculo de U.E. con el actor, es decir, quien fue emplazado como su padre y con quien no tiene vínculo afectivo alguno.

Contra este decisorio, la defensora plantea Recurso Extraordinario Federal y como le fuera denegado en fecha 18/03/2023, va en queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En fecha 6/12/2023¹² expide su dictamen la Defensora General de la Nación considerando que debe hacerse lugar al planteo introducido por la demandada. Si bien cabe el emplazamiento del

¹¹ Ibid.

¹² Defensoría General de la Nación, Dictamen, Expediente CSJ 1713/2023/RH1, L., G. c/ W., G. F. Y Otro s/ Impugnación de Filiación - Recurso de Inconstitucionalidad, 6 de diciembre del 2023.

Sr. L. como progenitor biológico de la niña, considera que opera en el mejor interés de aquella, y que resulta más respetuoso de su verdadera opinión, que también se conserve el emplazamiento de su progenitor socioafectivo y que se mantenga el nombre y apellido actual de la niña. Para así dictaminar, destaca que,

Tanto la sentencia de la Cámara como la de la Corte de Salta sostuvieron que la relación afectiva de la niña U. E. con el Sr. W no tenía por qué alterarse de no admitirse su vinculación legal. También señalaron la existencia de medidas dirigidas a la protección de esa relación, mas no dispusieron ninguna. Este abordaje resulta equivocado, pues desconoce el impacto jurídico del desplazamiento del Sr. W. Ello, por cuanto priva a U.E. de un vínculo legal que conlleva una obligación de alimentos y cuidados, obligación que siempre se ha satisfecho pero que se tornaría inexigible en el futuro. Por otra parte, la capacidad de la propia niña de mantener la relación afectiva con el Sr. W. quedaría mediada por la voluntad del resto de los adultos que la rodean, por cuanto el progenitor socioafectivo carecería de derechos y obligaciones respecto de ella. Además, el progenitor biológico no ha asumido ese rol desde que ha sido emplazado y la niña U.E. no tiene de momento un interés en establecer una relación con él (...) ¹³.

Para concluir con un razonamiento en respuesta a las objeciones justificadas en los desencuentros entre los adultos:

Como se ve, la realidad psicofísica de la niña y su identidad se conjugan. Desde ese punto de vista, la decisión recurrida y las adoptadas por las instancias inferiores no resultan respetuosas del interés superior de esa niña, leído a la luz de su trayectoria vital, de su derecho a ser oída y de su derecho a que su opinión se considere. No se desconocen las dificultades que podrían derivarse de la falta de acuerdo entre las personas que quedarían emplazadas como progenitores en la solución que se propugna, pero lo cierto es que

13 Ibid.

conflictos existen en todas las estructuras familiares y, por otra parte, frente a un conflicto debe estarse por la solución que mejor satisfaga el interés moral y material de los niños, aún frente al de sus progenitores¹⁴.

Veremos, en definitiva, qué resuelve la Corte en este escenario, complejo de por sí; consideramos vital la escucha de la niña, ya casi adolescente y, quien sabe, quizá adulta, conforme los *tiempos* del máximo tribunal argentino puesto que solo fue escuchada por la jueza de primera instancia, escucha de la cual solo consta un acta.

Merece una reflexión crítica, incluso más allá del debate en torno de la triple filiación, la falta de consideración, en la judicatura, de la manda del Código Civil y Comercial en cuanto refiere que la impugnación de la filiación para que proceda debe ser conteste con el interés superior de la niña. Si bien la manda está incluida en el artículo 589, destinado a la acción de impugnación presumida por ley, es de aplicación también al caso de acciones de impugnación de reconocimiento.

Tal como señalan Schiro y Zabalza:

[...] lo que ‘nació’ como un vínculo que reconocía su fuente en la naturaleza trocó luego en un vínculo filial asentado en la socioafectividad. Y esto se produce tanto en vínculos binarios como tripartitos. En el primer caso, la posibilidad está normativamente contenida en el art. 589 CC y CN, cuando es el interés superior del niño el que puede determinar el rechazo a la procedencia de la pretensión desplazatoria (no a la admisibilidad de la acción), manteniendo el vínculo con el cónyuge de la madre en razón de la socioafectividad¹⁵.

Agregando, “podemos advertir que aún ante vínculos binarios, donde se haga lugar a la pretensión desplazatoria con el correlativo emplazamiento acorde al vínculo biológico, la convivencia (y el respeto) con la identidad

14 Ibid.

15 ZABALZA y SCHIRO (2022), p. 6.

dinámica puede resolverse y plasmarse en el mantenimiento del apellido socioafectivo”. O, “reconocer el derecho a establecer o mantener vínculos filiales socioafectivos y que paralelamente se ejerza el derecho a conocer los orígenes biológicos, sin que haga parte de la pretensión el emplazamiento”¹⁶.

3. SOCIOAFECTIVIDAD COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN AUTÓNOMA DE EMPLAZAMIENTO FILIAL

Como adelantamos, la sociafectividad ha tenido un peso decisivo a la hora de resolver emplazar al progenitor biológico sin desplazar al progenitor legal afectivo, es decir, como justificación para no eliminar vínculos ya constituidos.

En este subapartado, en cambio, nos dedicaremos a analizar otra vertiente o función de la sociafectividad de signo positivo: sumar vínculos filiales no constituidos.

3.1. Juzgado de Familia de 3a Nominación de Córdoba, 11/04/2022, “E. M. M. c. A. R. D. V. y otro s/ Acciones de filiación”¹⁷

En orden cronológico ascendente, interesa referirnos, en primer lugar, al caso resuelto por el Juzgado de Familia de la tercera nominación de la provincia de Córdoba de fecha 11/04/2022.

El Sr. M. se presenta y solicita se disponga el emplazamiento paterno filial respecto de S., adolescente, con filiación paterna y materna con los señores L. y R. Peticiona que quede establecida una triple filiación, las que ya tiene más la filiación socioafectiva que ejerce desde que S. contaba con ocho meses de vida.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Juzgado de Familia de 3a Nominación de Córdoba, E. M. M. c. A. R. D. V. y otro s/ Acciones de filiación, 11 de abril del 2022.

En relación con los antecedentes, sostiene que quedó reconocido el vínculo socioafectivo y su carácter de progenitor afín porque convivió con la madre y S. durante siete años, que se estableció un régimen de comunicación, y ante una grave situación de violencia de la progenitora respecto de S., y luego de que se ordenara el cuidado a cargo del progenitor biológico, se homologó un nuevo convenio de parentalidad en donde se amplió el régimen de contacto entre su parte y S. Pone de relieve que en esa oportunidad fue escuchada S., y fueron fortaleciendo el vínculo socioafectivo con el paso de los años. Que ello ha llegado a tal punto que desde hace casi tres años S. se encuentra residiendo en su domicilio de manera permanente y tiene con sus progenitores biológicos un régimen de comunicación. En su presentación relata que cuenta con el acuerdo de ambos progenitores, y que han construido un buen vínculo mientras convivía con la progenitora y ello se mantuvo inalterable aún después del cese de la convivencia con R. Agrega que ha asumido los gastos educativos, de salud, alimentación, vivienda, recreación, vestimenta, actividades extracurriculares, y que han realizado y compartido viajes de vacaciones nacionales e internacionales, que la ha acompañado en todo su proceso educativo afrontando el pago de la cuota, matrículas, y otros gastos. La adolescente se presenta al proceso con patrocinio particular y presta conformidad con lo peticionado por el Sr. M. Corrido el traslado de la demanda a los progenitores biológicos, el padre contesta y presta conformidad a lo solicitado, la madre notificada, no presenta contestación. Se cita a audiencia, participan de ella la joven y los tres adultos, no habiendo oposición al reconocimiento de la pluriparentalidad - con dictamen posterior favorable tanto de la fiscal como del asesor de menores-, la jueza pasa a considerar la petición, indicando las siguientes consideraciones que resultan el nudo del tema a resolver:

[...] la filiación socioafectiva no se basa en un hecho biológico ni en la voluntad procreacional tampoco surge de un proceso adoptivo. Por el contrario, el elemento central de este tipo filiatorio se encuentra en la realización de múltiples y diversos actos sostenidos a lo largo del tiempo que nos permiten apreciar que existe una verdadera voluntad de ejercer el rol paterno y consecuentemente el de hijo/a. En otras palabras, la filiación socioafectiva afirma

y reafirma un vínculo que trasciende lo normativo, importa reconocer que tanto la paternidad como el ser hijo es una función que se ejerce día a día, un vínculo que se va forjando con el devenir de la vida, que exige afecto, entrega, dedicación, presencia, respeto, y acompañamiento; actos que la ubican en la esencia de una verdadera filiación.

Por un lado, entiendo que la decisión de ser o no madre o padre y su contracara el derecho de ser hijo es parte del derecho a la vida privada de las personas; y por otro, cada persona es libre para elegir formar la familia que desea en su proyecto de vida. Siendo ello así, si aplicamos el art. 558 del CCCN a rajatabla, el solicitante y la joven se encuentran impedidos de continuar con la familia que proyectaron. Una familia que los dos han construido a lo largo del tiempo (más de 15 años) con un verdadero y recíproco vínculo afectivo paterno filial, que fue habilitado y que cuenta con el aval de los progenitores biológicos¹⁸.

Con estos fundamentos, entre otros, la jueza hace lugar a la triple filiación y al pedido de declaración de inconstitucionalidad de la última parte del art. 558 del CC y C, ordenando, además, anteponer el apellido del Sr. M. al apellido de la joven ya existente.

3.2. Juzgado de Familia de Primera Nominación de Córdoba, 11/11/2022, “V., G. A. – Adopción integradora”¹⁹

En línea similar, se ha expedido el Juzgado de Familia de Primera Nominación de Córdoba, en fecha 11/11/2022, con una particularidad, en este supuesto, la hija es ya mayor de edad. El Sr. C. y la Sra. P. se separan cuando su hija M. P. C. tenía cinco años. Con posterioridad, la Sra. P. contrae matrimonio con el Sr. V., quien construye un significativo vínculo afectivo con la hija de su pareja. Una vez que la joven alcanza la mayoría de edad, la familia planea mudarse a Europa. Sin embargo, antes de concretar ese

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Juzgado de Familia de Primera Nominación de Córdoba, V., G. A. – Adopción integradora, 11 de noviembre del 2022.

proyecto, el progenitor afín se presenta a la justicia y solicita la adopción por integración de la joven ya adulta. En su primera intervención, la Fiscal solicita al actor que aclare si lo que pretende es una triple filiación. El accionante readecua su presentación y solicita se declare la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 558 del CC y C, con la anuencia expresa de los progenitores biológicos y de la joven. El Juzgado resuelve hacer lugar al pedido de inconstitucionalidad y ordena inscribir una filiación triple, pero sin encuadrar el emplazamiento del padre socioafectivo en ninguna de las tres causas fuentes filiales que reconoce la normativa civil y comercial.

Para así decidir, se destaca:

En el caso en cuestión, tenemos una pluriparentalidad sobrevenida, es decir, canalizada o viabilizada a través de un pedido de adopción de integración, donde la hija es mayor de edad y sostiene su participación adhiriendo al pedido efectuado por su pretenso adoptante, “padre socioafectivo”. Esta última particularidad nos lleva a pensar en una suerte de “horizontalidad” en la relación filial, lo cual merece un análisis concreto en atención a las nuevas realidades familiares y la prueba directa de cómo se “cuela” la “voluntariedad” en materia de acciones donde prima el orden público familiar. A su vez, siendo la hija mayor de edad, se despejan todo tipo de conflictiva derivada de la responsabilidad parental, y las partes tienen absoluto conocimiento en relación a los efectos del emplazamiento filial respecto de los efectos en materia de sucesión²⁰.

Sin embargo, pese a que la hija ya es mayor de edad, resulta interesante las reflexiones de la magistradas que parecieran ser pensadas y elaboradas en respuesta de algunas voces doctrinarias que, acudiendo a la falacia de la pendiente resbaladiza, se muestran refractarias al reconocimiento de la triple filiación, desoyendo los estándares de DDHH elaborados desde hace tiempo por la Corte IDH. En ese sendero, con criterio que compartimos ampliamente, señala:

20 Ibid.

Sin perjuicio de lo expresado, vale decir que los conflictos son parte de la existencia humana y cercenar un derecho o no reconocerlo a fin de evitar posibles conflictos futuros sería parangonable a lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos expuso en “Atala Riffo y otras vs. Chile”, el sistema judicial no puede “discriminar hoy” para evitar que “discrimine la sociedad el día de mañana”²¹.

3.3. Juzgado de Familia N°1 de Necochea, Buenos Aires, 12/07/2023, “D. F. F. C/ E. C. A. S/ Acciones de impugnación de filiación”²²

Un planteo diferente y muy interesante, por cómo fueron virando las peticiones del actor, a lo que se suma el fallecimiento de la madre de la niña de cinco años de edad en el medio del proceso, es el que resuelve el Juzgado de Familia N°1 Necochea, 12/07/2023.

La cusa inicia del siguiente modo, el Sr. D. interpone una acción de impugnación contra la Sra. A. Refiere que tuvo una relación con la Sra. A., madre de H. que duró hasta aproximadamente hasta el mes de julio del año 2017. Sostiene que cuando se separaron no sabía que la Sra. A. estaba embarazada. Agrega que, cuando nació la niña, la pareja de la Sra. A. en ese momento, el Sr. E., la reconoció. Con posterioridad, en noviembre de 2018, la propia madre de H. le afirma al aquí actor que H. es su hija. Por este motivo, comienza a ver a H., a llevársela de a ratos para pasar tiempo con ella y a comportarse como su padre, haciéndose cargo de todas sus responsabilidades parentales. De este modo, se gesta un vínculo padre/hija que se mantiene en la actualidad.

Así entablada la acción, con fecha 10/07/2020 el actor denuncia el fallecimiento de la demandada, madre de la niña, por lo que procede a readecuar la demanda contra el Sr. E. -quien debería haber sido codemandado de manera

21 Ibid.

22 Juzgado de Familia N°1 de Necochea, Buenos Aires, D. F. F. C/ E. C. A. s/ acciones de impugnación de filiación, 12 de julio del 2023.

originaria-. Los dos adultos, en audiencia, acuerdan realizar la prueba biológica de ADN en forma privada para, oportunamente, realizar la pertinente impugnación de paternidad y posterior reconocimiento.

Sin embargo, el resultado no fue el esperado, el examen de compatibilidad genética arroja que el actor no es el padre biológico de la niña. En este contexto, el Sr. D. sostiene que esta noticia no modifica ni altera lo que siente por la niña, a quien siempre sentirá su hija y con quien siempre se comportará de esa manera. Expresa que, en la actualidad, H. convive con él, cuatro días a la semana y el resto de los días vive en la casa de sus abuelos maternos donde también él la ve. Por ello, es que solicita que se reconozca la realidad familiar de H. como hija de una mamá y dos papás, y se declare la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad de la última parte del art. 558 del CC y C. El Sr. E., por su parte, reconoce la situación relatada por el actor y expresa estar de acuerdo con lo solicitado.

De esta forma, una causa que se inicia como una acción de impugnación de filiación con el objeto de desplazar para luego emplazar por aplicación de las reglas de la filiación biológica, termina en un pedido de emplazamiento sin desplazamiento por socioafectividad. En este contexto, la jueza considera que el caso no presenta una tensión entre lo biológico y lo socioafectivo que requiera de una respuesta jurisdiccional que excluya a uno u otro elemento identitario, sino que lo más conteste al interés superior de la niña es emplazar a su padre socioafectivo, con el que esta se ha criado, sin desplazar al progenitor biológico, máxime ante el fallecimiento de su madre.

De este modo, encuadra el caso en una triple filiación por socioafectividad preexistente y declara inconstitucional y anticonvencional la última parte del artículo 558 del Código. Ordenando, además, que al apellido E. se le adicione el apellido D.

El hecho de que la niña no conviva con su progenitor biológico sino con el socioafectivo, más el fallecimiento de su progenitora a una muy corta edad y el acuerdo entre los progenitores fueron factores determinantes para acoger favorablemente el pedido, piénsese sino, de qué manera la negativa hubiese afectado el derecho a la vida familiar de la niña y su estabilidad emocional.

Como enseña Pérez Gallardo “En el concepto de familia deben prevalecer el amor, los afectos, la solidaridad, el sentido de convivencia, más allá de estereotipos sexistas, de presupuestos ideológicos, de requerimientos normativos”²³.

3.4. Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia, Goya, Corrientes, 9/08/2024, “M. M. AD. s/Adopción de Integración”²⁴.

A diferencia de los casos anteriores en esta oportunidad lo que se solicita no es la incorporación de un segundo padre sino el reconocimiento de una maternidad socioafectiva junto al vínculo materno de origen biológico.

Si bien la acción comienza con una solicitud de adopción plena por parte de la madre socioafectiva respecto de un adolescente, E., de 14 años, la jueza la reencausa en una acción de filiación con causa fuente autónoma en la socioafectividad.

La actora manifiesta que convivió con el padre del adolescente aproximadamente 24 años. Relata que durante una ruptura temporal de la pareja fue concebido E., que luego volvieron a estar juntos y desde las primeras semanas de vida el niño permaneció bajo los cuidados de su ex pareja y suyos. Expresa que tiene otro hijo con el Sr. T., A. que hoy tiene 25 años de quien es madre biológica, y que vivían los 4 en la ciudad de Rosario hasta que ella y E. en el año 2022 vinieron a esta ciudad de Goya y permanecie-

23 PEREZ GALLARDO (2016), pp. 530-560, citado en PEREDA MIRABAL (2023) p. 202.

24 Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de Goya, sentencia de 9 de agosto de 2024, “M. M. AD. s/Adopción de Integración”.

ron aquí. En ese momento ya el vínculo entre ellos estaba tan cementado y firme como para continuar viviendo como lo harían cualquier madre e hijo. Cabe destacar que la madre socioafectiva y la madre biológica mantienen un buen vínculo entre sí, viven en la misma ciudad, lo que permite que el hijo mantenga relación con ambas. El progenitor, por su parte, quien no mantiene contacto con ninguna de las madres, se presenta a la justicia y niega rotundamente la posibilidad de que su ex pareja constituya un vínculo filial con su hijo. Por ello, en la sentencia se remarca que

El progenitor de E. se opone a la adopción desconociendo los deseos de su hijo. Manifiesta que no tiene comunicación con él y reconoce tampoco colabora económicamente con la crianza, justificando su proceder con excusas absurdas, bien sabemos pudo iniciar acciones legales si así lo hubiera querido (restitución, cuidado personal, régimen de comunicación, consignar fondos para su manutención, etc.). Dicho de otro modo, se opone a regularizar una situación de hecho que en ningún momento intento cambiar²⁵.

En este contexto brevemente descripto, la jueza destaca que el análisis del caso requiere la aplicación directa de la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos y una solución alejada de ritualismo, repensando la situación que se plantea a luz de la realidad, “con una seria y verdadera internalización y respeto a los derechos de todas las personas, dando una solución inclusiva”²⁶. Agregando:

La mayoría de los niños tienen dos padres, pero en algunos casos como en este la omisión legislativa en observar diseños familiares particulares no puede servir de excusa para negar protección y tutela a los derechos de un adolescente quien además de una realidad biológica tiene una realidad socioafectiva que no se funda en un vínculo de sangre sino en el amor. (...) Entiendo que regularizar la situación de hecho en que vive el menor de edad con su madre socioafectiva confluye a su bienestar psíquico y emocional²⁷.

25 Ibid.

26 Ibid.

27 Ibid.

4. PLURIPARENTALIDAD Y SOCIOAFECTIVIDAD EN EL CÓDIGO DE LAS FAMILIAS CUBANO

En línea con la experiencia jurisprudencial argentina hasta aquí analizada, resulta de interés reseñar, brevemente, la línea legislativa adoptada por el Código de las Familias de Cuba aprobado vía referéndum el 26 septiembre de 2022 por ser, tal como adelantáramos, el primer país en Latinoamérica en incorporar a las familias *mutiparentales*, como allí las llaman, en su legislación de fondo²⁸.

En primer lugar, cabe destacar que, a diferencia de la legislación argentina, el Código cubano reconoce cuatro causas fuentes filiales, junto a la filiación biológica, la adoptiva y la proveniente del uso de las TRHA, incorpora la socioafectiva como fuente filial autónoma:

1. La filiación puede tener lugar por procreación natural; por el acto jurídico de la adopción; por el uso de cualquier técnica de reproducción asistida y por los lazos que se construyen a partir de la socioafectividad reconocida judicialmente. 2. Incluye tanto a los vínculos de procreación y progenitura, como los vínculos sociales y afectivos que hacen que una persona ostente la condición de madre, padre, hija e hijo (art. 200)²⁹.

En segundo lugar, en relación con la mutiparentalidad el artículo 56 del texto cubano, luego de mantener la regla del doble vínculo filial, afirma que excepcionalmente: “una persona puede tener más de 2 vínculos filiatorios, sea por causas originarias o por causas sobrevenidas”. Luego, dedica dos artículos para regular, de modo diverso, la mutiparentalidad originaria y la sobrevenida.

28 El caso de Brasil es diverso porque la posibilidad de acceder a una mutiparentalidad no surge de una ley emanada del órgano legislativo sino de reglamentaciones de carácter administrativo, en particular de las Disposiciones del Consejo Nacional de Justicia, Disposición N°63 del 14/11/2017. Modificado por Disposición N°83 del 14/08/2019.

29 Ley 156/2022, 27 de septiembre de 2022.

Son causas originarias de la multiparentalidad: a) Los supuestos de filiación asistida donde, además de la pareja, la tercera persona dadora de los gametos o la gestante, que puede aportar el óvulo o no, según el caso, también quiere asumir la maternidad o la paternidad, de común acuerdo con aquella; y b) cualquier otro supuesto en el que, sobre la base del proyecto de vida en común, se prevea concebir una hija o un hijo por más de dos personas (art. 57). De este modo, se incluyen en esta tipología no solo los casos de TRHA sino también los casos de niños/as que pueden nacer en el marco de familias poliamorosas por acto sexual. Agregando en el mismo artículo 57 que “en todo caso, las personas que asumen este proyecto de vida en común para tener un hijo o hija con otra pareja, si son casadas o tienen constituida una unión de hecho afectiva inscripta, necesitan el asentimiento de su respectivo cónyuge o pareja de hecho afectiva” con el objeto de impedir la aplicación de la presunción filial matrimonial. Por el contrario,

En los casos a que se refiere el apartado anterior, si el cónyuge o pareja de hecho afectiva quiere asumir también la maternidad o la paternidad tiene que expresar su voluntad a tal fin ante el registrador del Estado Civil, como el resto de las personas que participan del acuerdo de multiparentalidad.

En el caso de la multiparentalidad derivada o sobrevenida, en atención al interés superior de la hija o el hijo y de respeto a la realidad familiar, el artículo 58 reconoce dos posibilidades: a) los casos de filiación construida socioafectivamente, sin que ello conduzca al desplazamiento de las filiaciones ya establecidas y b) las adopciones por integración.

Como se puede observar, el/la legislador/a cubano regula diferente lo que de base es diferente. En el caso de las TRHA la causa fuente de este proyecto parental compartido por más de dos personas es la voluntad procreacional, o, en otras palabras, el acuerdo acerca de este proyecto, en cambio, en los demás casos con filiaciones ya constituidas bajo el esquema binario lo que se peticiona, por la socioafectividad sobrevenida, es el emplazamiento sin desplazamiento, acudiendo a ello por una doble vía: la socioafectividad como causa autónoma o la adopción de integración.

5. BREVES PALABRAS DE CIERRE

Si hay algo que evidencia la casuística analizada es que regular la pluriparentalidad es extremadamente difícil, por la gran cantidad de supuestos que ella alberga. Construir un esquema legislativo que englobe la pluriparentalidad en todas sus fuentes filiales, y regule sus consecuencias, sigue siendo un desafío pendiente del derecho de las familias argentino.

Por ello, el transcurso del tiempo, en este caso, ha sido buen consejero, pues de haber diseñado una regulación en los albores de la implementación del Código Civil y Comercial argentino, seguramente hubiera estado restringida a receptar la posibilidad de la triple filiación o, más genéricamente, la pluriparentalidad, en el campo de la voluntad procreacional y el uso de las TRHA, dejando fuera de la norma la mayoría de los casos que se han presentado en la justicia con posterioridad.

En este contexto, como vimos, alejados de un modelo naturalista de familia asentado en la diferenciación sexual, a diez años de vigencia del Código, la triple filiación requiere ser pensada no solo a partir del uso de las biotecnologías sino, principalmente, a partir del peso que ha adquirido en el derecho de las familias contemporáneo la identidad socio-afectividad.

Siguiendo las enseñanzas del Código de las Familias cubano, bregamos por una futura reforma legislativa que elimine la prohibición expresa del artículo 558 del CC y CN y recepte una regulación diferencial para el caso de las pluriparentalidades originarias —por voluntad procreacional— y las pluriparentales derivadas —por socioafectividad—. En el primer caso, sin necesidad de control judicial, en el segundo, con intervención de la justicia de familia³⁰.

Hasta tanto esa reforma no ocurra, sentencias razonablemente fundadas aparecen como la vía más adecuada en post de su reconocimiento.

30 Para profundizar sobre la propuesta de regulación futura ver: HERRERA y DE LA TORRE (2022).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DE LA TORRE, Natalia (2021): “Casuística de la triple filiación en el derecho argentino. Repensando los vínculos filiales más allá de la diferenciación sexual”, en: FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), Tratado de derechos de niñas, niños y adolescencia. Segunda Edición actualizada y ampliada (Buenos Aires, Abeledo Perrot), tomo II, pp. 545-569.

DE LA TORRE, Natalia (2024): “Capítulo 1: Disposiciones Generales”, en: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y HERRERA, Marisa (dirs.), DE LA TORRE, Natalia y MOLINA DE JUAN, Mariel (coord.): Tratado de Persona y Derecho de las Familias (Santa Fe, Rubinzal Culzoni), tomo III.

FURER, Elena y WOLFZON, Elba (2019): “Pensando las parentalidades”, en: BLUMENTHAL, Diana y MARÍN, María Teresa (comp.): Lo familiar. Parentalidades en la diversidad (Buenos Aires, Lugar Editorial), pp. 29-36.

HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia (2022): “Socioafectividad como criterio fundante para el reconocimiento de la triple filiación en la Argentina. A 7 años del Código Civil y Comercial de la Nación: ¿Regulación o eliminación de la prohibición?”, en La Ley 2022-E, 590, cita online: TR LALEY AR/DOC/2923/2022. [Fecha de última consulta: 20.10.2025].

PAULONI, Virginia (2023): “Pluriparentalidad: la mirada sistémica como método de reconocimiento”, en: Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia (Nº109), pp. 115-123.

PEREDA MIRABAL, Ana María (2023): “La filiación en el nuevo Código de las familias de Cuba”, en: HERRERA, Marisa y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (directores), BERGUIRISTAN, Camila, DE LA TORRE, Natalia y NOTRICA, Federico (coords.), Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las Familias cubano (Buenos Aires, Editores del Sur).

PEREZ GALLARDO, Leonardo B. (2016): “Las nuevas construcciones familiares en la jurisprudencia iberoamericana”, en: PEREZ GALLARDO, Leonardo B., VILLALBA ARMENGOL, Carlos y MOLINA CARILLO, German (coords.), Derecho Familiar Constitucional (Puebla, México, Grupo Editorial Mariel).

ZABALZA, Guillermina y SCHIRO, M. Victoria (2022): “La afectividad como fuente complementaria en la filiación por naturaleza”, en: Comisión 7 de Familia, XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Consejo Nacional de Justicia, Disposición N°63 del 14/11/2017 y su modificatoria, Disposición N°83 del 14/08/2019.

Ley N° 156/2022, Código de las Familias. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria, N°99, 27 de septiembre de 2022.

JURISPRUDENCIA CITADA

Juzgado de Familia de 3a Nominación de Córdoba, sentencia del 11 de abril del 2022, E. M. M. c. A. R. D. V. y otro s/ Acciones de filiación.

Juzgado de Familia de Primera Nominación de Córdoba, sentencia del 11 de noviembre del 2022, V., G. A. – Adopción integradora.

Corte Suprema Salta, sentencia del 30 de marzo del 2023, L., G. VS. W., G, F.; C. P., L. R. Por impugnación de filiación – recurso de inconstitucionalidad.

Juzgado de Familia N°1 de Necochea, Buenos Aires, sentencia del 12 de julio del 2023, D. F. F. C/ E. C. A. S/ ACCIONES DE IMPUGNACION DE FILIACION.

Defensoría General de la Nación, Dictamen del 6 de diciembre del 2023, Expediente CSJ 1713/2023/RH1, L., G. c/ W., G. F. Y Otro s/ Impugnación de Filiación - Recurso de Inconstitucionalidad.

Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia, sentencia del 9 de agosto del 2024, M. M. AD. s/Adopción de Integración.

CCC, Trenque Lauquen, Buenos Aires, sentencia del 3 de abril del 2025, R., R. E. vs. I., N. F. y otro/a s. Acciones de impugnación de Filiación.

Juzgado de Familia y Penal de Niños, Niñas y Adolescentes de Chajarí, Entre Ríos, sentencia del 14 de abril del 2025, C.F.F.C/ R. N. J. y C. C. E. s/ Ordinario Filiación (Acción de Reclamación de Filiación Paterna Extra-matrimonial y Pluriparentalidad).