

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.