

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y SUS LÍMITES: HACIA UNA INTERPRETACIÓN VERDADERAMENTE CONSTITUCIONAL¹

The exercise of the fundamental rights of children and adolescents and its limits: towards a truly constitutional interpretation

ESTEFANÍA ESPARZA-REYES

Universidad de La Frontera
estefania.esparza@ufrontera.cl

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO

Universidad de Castilla-La Mancha
FcoJavier.DRevorio@uclm.es

Cómo citar/Citation

Esparza-Reyes, E. y Díaz Revorio, F. J. (2023).
El ejercicio de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes
y sus límites: hacia una interpretación verdaderamente constitucional.
Revista Española de Derecho Constitucional, 128, 73-98.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.128.03>

Resumen

Para el ejercicio de los derechos fundamentales en general, resulta de una importancia crucial un adecuado entendimiento del significado de sus límites. Esto se debe a que una restricción a los derechos ha de estar debidamente fundada y justificada de acuerdo con la teoría general de los límites.

¹ Este trabajo es producto del proyecto DI20-0057, financiado por la Universidad de La Frontera, Temuco, Chile. Los autores agradecen a ANID +FONDECYT 1211291.

El caso de niños, niñas y adolescentes presenta una complejidad todavía mayor, ya que es necesario conciliar las particularidades de su desarrollo con los principios de interés superior del niño y autonomía progresiva con la teoría de los derechos fundamentales.

Este trabajo analiza esta cuestión, hasta ahora muy poco abordada por la doctrina, de manera que, tras plantear algunos presupuestos fundamentales sobre los derechos de los menores, pretende entregar algunas luces sobre cómo esta conciliación debe realizarse, específicamente con las reglas y principios propios del derecho constitucional, poniendo como ejemplo el caso chileno que da cuenta de la necesidad de contar con criterios generales sobre la materia.

Palabras clave

Menor de edad; derechos fundamentales; niños; niñas y adolescentes; límites a los derechos; ejercicio de los derechos.

Abstract

For the exercise of human rights it is fundamental to understand the meaning of the limits because a restriction of rights must be founded and justified according to the general theory of limits.

The case of children and adolescents presents an even greater complexity because it is necessary to reconcile the particularities of their development with the principles of the best interests of the child and progressive autonomy with the theory of fundamental rights.

This paper analyzes this issue, until now very little covered by the doctrine. After raising some fundamental assumptions about the rights of minors, it questions how this reconciliation should be carried out, specifically with the rules and principles of Constitutional Law, using the Chilean case as an example, which shows the need to have general criteria on the matter.

Keywords

Minors; fundamental rights; human rights; children and adolescents; limits to rights; exercise of rights.

SUMARIO

I. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: ASPECTOS PREVIOS. II. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHO. III. EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE NNA. IV. EL EJERCICIO Y AUTOEJERCICIO DE LOS DERECHOS DE NNA. PERSPECTIVAS ACTUALES. V. LA IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE AUTOEJERCER LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: EL CASO CHILENO. VI. LOS CRITERIOS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE NNA. VII. LOS LÍMITES EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN AL AUTOEJERCICIO DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. VIII. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: ASPECTOS PREVIOS²

Tradicionalmente, el abordaje del ejercicio y autoejercicio de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes se ha realizado desde el derecho civil y el derecho internacional. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones, al partir de principios distintos a los propios de la teoría de los derechos fundamentales, se obvia que en tal materia debe suponerse siempre la capacidad, cuestión que no ocurre en el abordaje tradicional.

De esta forma, el abordaje del tratamiento del ejercicio y autoejercicio de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) desde el derecho constitucional es relevante por varios motivos. En primer término, debido a que los derechos fundamentales se encuentran de manera explícita o implícita en la Constitución, que posee un carácter supremo y, en consecuencia, es la base de todo el sistema jurídico nacional. En segundo lugar, es importante debido a que varios de los principales conflictos en el ejercicio de los derechos fundamentales de NNA se producen por la colisión de dicho ejercicio con el derecho preferente y deber de los padres de educar a sus hijos, el cual se encuentra consagrado en diversos ordenamientos jurídicos. En efecto, se ha sostenido que padres/madres actuando como representantes deben velar

² Las conclusiones y la línea de investigación de este trabajo se relacionan también con el proyecto SBPLY/21/180501/000116. La pornografía como un asunto constitucional, del que es miembro el coautor de este trabajo.

por los intereses de sus hijos (Molero Martín-Salas, 2014). Sin embargo, en la práctica, tales intereses pueden no resultar coincidentes, piénsese a estos efectos en materias tales como la eutanasia o el cambio de sexo. La tercera razón tiene que ver con que, en la aplicación de un juicio de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales de NNA (Díaz de Valdés, 2010), deben considerarse, principalmente, justificaciones constitucionales (Barak, 2017), especialmente los valores y autorizaciones constitucionales expresas. El último motivo es que, debido a que un análisis que considere las disposiciones constitucionales concretas colabora con la aplicación de las conclusiones de este trabajo, las cuales —como muestra en el análisis de un sistema constitucional concreto— serán, *mutatis mutandis*, adaptables a otros que mantengan parámetros similares. En suma, el interés superior del menor y los derechos-deberes de los padres y madres se han utilizado en ocasiones para imponer límites que no siempre encuentran justificación constitucional o en los textos internacionales; por ello, parece oportuna la revisión de la cuestión de los límites a los derechos de los NNA.

La tarea exige interpretar normas jurídicas, particularmente constitucionales, proceso entendido como la atribución de significado a determinadas disposiciones normativas con un fuerte contenido moral (Zagrebelsky, 2011), pero incorporando elementos de la teoría lingüística de la interpretación constitucional (Wróblewski, 2018). Lo anterior requiere incorporar los planteamientos de Dworkin (1977), Alexy (2008), Häberle (2013), Ferrajoli (1999) y Zagrebelsky (2011), en relación con la estructura de las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales, las cuales tienden a ser entendidas como normas objetivas de principio y que, al poseer una doble dimensión, generan tres efectos: irradiación; los mandatos de acción y deberes de protección, y la eficacia horizontal (Böckenförde, 1993).

De esta forma, en principio, es posible aplicar las reglas y principios de la teoría de derechos fundamentales al ejercicio de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.

II. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHO

Resulta conocido que la adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) en 1989 marca un hito importantísimo para los derechos de niños, niñas y adolescentes³ (*v. gr.*, Cillero Bruñol, 1999), debido

³ «Niño, niña y adolescente» (NNA) se está entendiendo en el sentido dado por el art. 1 de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, (en sentido similar al

a que produce un cambio de paradigma. Lo anterior se debe a que tal instrumento hace variar el modelo de relación entre las personas que componen el colectivo infancia, sus familias y el Estado.

Con anterioridad a la adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el modelo imperante⁴ era el del «menor en situación irregular» (Beloff, 1999) o «tutelar» que planteaba la necesidad de ocuparse de niños, niñas y adolescentes (NNA) desde un enfoque de su desajuste social, circunstancia que generaba una regulación paternalista (García Méndez, 2007) y sin consideración de la participación, es decir, entiende a NNA como objetos de derecho⁵.

La CDN, por su parte, consagró el modelo de «protección integral»⁶ que reconoce a NNA como sujetos de derechos, como titulares de todos los derechos fundamentales establecidos por diversos tratados internacionales, pero, además, entiende que tales sujetos son titulares también de otros derechos

art. 12 de la Constitución española y a otras), es decir, como todo ser humano menor de 18 años. Cuestión más compleja sería la diferenciación entre niños y adolescentes, ya que, si bien a todos ellos les resulta aplicable la Convención, como se verá de cara al ejercicio de algunos derechos, la mayor aproximación a la mayoría de edad puede ser relevante, ya que implica una mayor aproximación a la madurez que se presume *iuris et de iure* a los 18 años. Los ordenamientos no suelen establecer una distinción tajante entre niños y adolescentes, pero cada vez con mayor frecuencia suelen establecer fronteras a los 12, 14 o 16 años, otorgando mayores facultades de decisión para el ejercicio de determinados derechos a quienes superan esas fronteras. Por ello, quizá más relevante que la delimitación entre niños y adolescentes es el establecimiento, en cada derecho, de parámetros de crecimiento gradual hasta alcanzar el pleno ejercicio.

⁴ Entre los autores no existe acuerdo en la forma de denominar estos modelos, sin embargo, sus planteamientos coinciden enormemente en su caracterización, por lo que se han agrupado considerando los dos conceptos más extendidos. Excepciones a este respecto son la distinción realizada por Tobin (2012), en la cual ninguno de los dos modelos planteados, el modelo «propietario» y el modelo de «bienestar», reconocen a los NNA como sujetos de derechos; el modelo «proteccionista», que considera a los NNA solo como entes dignos de protección debido a su vulnerabilidad como opuesto al modelo «liberacionista» que estima que no deben existir diferencias de trato entre los NNA y los adultos (Campoy Cervera, 2006).

⁵ Este modelo tendría sus raíces en una concepción de propiedad «sobre» los NNA (Tobin, 2012). Aunque suele pensarse que proviene de los derechos que poseía el paterfamilias en Roma, lo cierto es que tiene sus antecedentes en la Grecia clásica (Campoy Cervera, 2006). Por otra parte, puede encontrarse que algunos autores denominan a este modelo «participacionista» (Ramiro, 2015).

⁶ Es importante evidenciar que también han sido calificados como de «protección» o «proteccionista» otros modelos que cuestionan la capacidad de los NNA para ser titulares de derechos (Ramiro, 2015; Campoy Cervera, 2006).

diferenciados (Beloff, 2000) propios de su condición, de los cuales carecen los adultos, como, por ejemplo, el derecho a ser cuidados por los padres, estableciendo, además, algunos derechos que se encuentran reforzados (Aguilar Cavallo, 2008).

Así las cosas, este cambio de paradigma necesariamente genera consecuencias diversas, entre otras circunstancias debido a que se deben incorporar nuevos principios, pero especialmente implica cambios en la forma en que entendemos los derechos de los menores de edad, de modo que es necesario intentar compatibilizarlos con la teoría de los derechos fundamentales.

Ahora bien, uno de los puntos que requiere de un análisis pormenorizado consiste en la manera en que se produce el ejercicio de los derechos por parte de menores de edad. En el caso de los adultos, se trata de un tema con un grado importante de acuerdo en la doctrina, dado que la regla general será el reconocimiento del pleno y personal ejercicio de los derechos fundamentales, de tal manera que las restricciones son entendidas como límites o como consecuencias de tales límites, lícitos cuando resultan justificados desde la perspectiva de un examen de proporcionalidad en sentido amplio (idoneidad-necesidad-proporcionalidad), y sobre los cuales existen principios relativamente claros y extendidos. El caso de los menores de edad se distancia de este esquema y de este relativo acuerdo, en tanto que desde una perspectiva fáctica es habitual que se impongan restricciones o límites al autoejercicio de sus derechos sin que se realice el pertinente análisis sobre su licitud, de tal manera que parecería presuponerse que estarían justificadas por el mero hecho de derivarse de los derechos o potestades de los padres o madres, o incluso de principios generales como el interés superior del menor, sin consideración a la concreta edad, discernimiento o capacidad de este. Es por ello por lo que resulta necesario realizar un análisis que permita compatibilizar la especial situación de niños, niñas y adolescentes con los principios generales en materia de infancia, así como la teoría de los derechos fundamentales en materia de límites.

III. EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE NNA

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño estableció ciertos principios rectores que resultan aplicables a todas las materias en las cuales puedan tener interés los NNA, estos son el interés superior del niño (art. 3 CDN y Observación General n.º 14, de 2013, del Comité de los Derechos del Niño sobre realización de los derechos del niño en la primera infancia); derecho a ser oído (art. 12.1 CDN y Observaciones Generales n.º 5 de 2003

y n.º 12 de 2009); derecho a no ser discriminado (art. 2 y Observación General n.º 18 de 1989), así como el principio de progresividad (art. 5 CDN, en concordancia con la Observación General n.º 7, 2005)⁷.

Este último principio, desafío del modelo de «protección integral» (Villavicencio Miranda, 2009), sostiene que NNA se encuentran en un proceso de maduración y de aprendizaje por medio del cual adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, especialmente de sus derechos fundamentales. Por lo anterior, y de acuerdo con su edad y madurez, debe tenderse, por parte de los padres/madres y del Estado, al autoejercicio de tales derechos por parte de los NNA, reconociendo de forma gradualmente creciente potestades decisorias y facultades crecientes de ejercicio, al menos en buena parte de los derechos. Sin embargo, esta aparente claridad se diluye y entra en conflicto con las concepciones más arraigadas sobre la infancia, donde el mismo principio tiene interpretaciones opuestas: los NNA no tienen las capacidades necesarias para ejercer sus derechos o, por el contrario, desarrollan sus capacidades ejerciendo sus derechos (Lansdown, 2005). En otras palabras, el mismo principio puede ser entendido como como una restricción del ejercicio personal de los derechos fundamentales de NNA, a modo de pretexto para impedir que aquellos ejerzan directamente sus derechos o, por el contrario, como estímulo para reconocer las capacidades de los NNA y fomentarlas (Liebel, 2015).

Como puede notarse, una y otra concepción sobre la progresividad ocasionan consecuencias diversas. Así, mientras la primera indica que se debe explorar la madurez de los NNA en el caso concreto y se satisface con que los NNA sean oídos (Carmona Luque, 2011)⁸, la segunda concepción considera que la progresividad es un límite o condición para el ejercicio de los derechos fundamentales de los NNA por parte de sus padres/madres (Díaz de Valdés, 2010) y, especialmente, obliga a los Estados a crear mecanismos que favorezcan el proceso de autonomía progresiva de los derechos y a asegurar la facilitación

⁷ Pese a su enorme aceptación, el principio de progresividad ha sido criticado, sosteniéndose que el poder de renuncia o de coacción, subordinado normalmente a los derechos, no puede ser considerado inherente a los derechos de los NNA, es decir, la presunción de que las personas toman las mejores decisiones para sí mismas no puede extenderse a los NNA (Bernúz Beneitez, 2000).

⁸ En efecto, existe una fuerte confusión respecto de las categorías propias de la teoría de los derechos fundamentales, así se ha sostenido que el derecho a ser oído sería una «etapa» del ejercicio progresivo (Barcia Lehmann, 2013), cuando se trata de un derecho autónomo.

de espacios y recursos para el ejercicio activo y responsable de su ciudadanía (Villagrasa Alcaide, 2015).

Así las cosas, principios aparentemente claros pueden ser interpretados de maneras opuestas, donde una noción tiende a negar el autoejercicio de los derechos, mientras que la otra considera que debe promoverse el autoejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, circunstancia que evidencia la necesidad de realizar una análisis pormenorizado y acorde con la teoría de los derechos fundamentales.

IV. EL EJERCICIO Y AUTOEJERCICIO DE LOS DERECHOS DE NNA. PERSPECTIVAS ACTUALES

En esta línea, y acaso como ejemplo prototípico de lo que decimos, resulta habitual en la doctrina, y en la jurisprudencia internacional⁹, sostener que la imposibilidad del autoejercicio de los derechos por parte de los NNA se debe a la necesidad de resguardar el interés superior del niño¹⁰ (*v. gr.*, Bartolomé Tutor, 2015). En efecto, se ha indicado que dicho resguardo se basa en la imposibilidad de expresar una voluntad o en la falta de madurez que posee dicho colectivo (Adroher Biosca y Vidal Fernández, 2009), circunstancia que justifica la sustitución de dicha voluntad por la de sus representantes legales en varios casos, con ciertos límites (Ravetllat Ballesté, 2016)¹¹.

Pese a la contundencia anterior, es razonable entender que la interpretación del principio de progresividad implica la necesidad de permitir que los NNA ejerzan personalmente sus derechos fundamentales (Barcia

⁹ *V. gr.*, casos *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 2012, y *Furlan y Familiares vs. Argentina*, 2012, ambos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁰ El interés superior del niño como derecho, principio y norma de procedimiento ha sido establecido y regulado en el art. 3 de la CDN y en la Observación General n.º 14 (2014) del Comité de los derechos del niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Su origen se encuentra en Francia, particularmente en la *Loi du 24 juillet 1889, sur la protection des enfants maltraités ou maralement abandonnés*, consagrando el modelo del «menor en situación irregular» (Bartolomé Tutor, 2015). Desde allí pasó a la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959 y, con posterioridad, a la CDN. Es precisamente desde aquí donde surge su principal crítica, en cuanto a que su origen es una herencia del modelo anterior, el cual se basa en las obligaciones estatales o de otras personas adultas, más que en los derechos subjetivos (Gaitán y Liebel, 2011).

¹¹ La discusión también ha sido planteada en términos dicotómicos de reconocimiento de titularidad y necesidad de protección (Moreno Antón, 2011).

Lehmann, 2006) por varios motivos, entre los que cabe mencionar debido a que el autoejercicio de los derechos fundamentales puede asegurar de mejor manera la protección de los propios derechos, especialmente en los casos en que no existe concordancia entre lo manifestado por NNA y sus padres/madres (Burt, 2000b). En segundo término, debido a que el establecimiento de los 18 años como edad en la que se adquiere plena capacidad demanda que los NNA hayan desarrollado habilidades necesarias para ejercer sus derechos fundamentales, competencia que no se adquiere, sencillamente, como consecuencia de la edad, sino que requiere experiencia (Lansdown, 2005). En tercer lugar, en ciertos casos o a partir de cierta edad no puede afirmarse que se proteja más o mejor a un menor limitando o restringiendo su libertad o su autonomía, ya que el fomento de esta es lo que le conducirá progresivamente a la madurez propia de la edad adulta. Por último, el interés superior consiste en la debida protección de los NNA (*v. gr.*, Escobar Gallardo y Hernández Cádiz, 2018), sin distinguir de dónde proviene tal protección, de modo que tal principio se satisface con protección que proviene de una fuente externa (heterónoma), como es la que entrega el Estado o padres/madres, pero también es factible que los NNA puedan autoprotgerse, es decir, tener una protección autónoma (Aláez Corral, 2003). Así, lo relevante no es la fuente, sino el cumplimiento del estándar de protección exigido por el interés superior del niño¹².

En relación con esta fuente heterónoma de protección, basándose en el art. 3.2 de la CDN¹³, se ha señalado que el ejercicio y/o autoejercicio de los derechos fundamentales de los NNA en ocasiones se ha limitado debido a los derechos-deberes que se predicán de padres/madres en relación con sus hijos¹⁴

¹² Esta distinción ha sido desarrollada, principalmente, por el Tribunal Constitucional español desde la STC 36/1991, de 14 de febrero.

¹³ El art. 3.2 de la CDN prescribe: «Los estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas».

¹⁴ Resulta conocido, a este respecto, que el primer caso en derecho comparado en el cual se analizó el ejercicio de los derechos fundamentales de adolescentes fue el caso *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, de 1986, en el cual una madre reclamaba la ilegalidad de una circular del servicio de salud que establecía la consejería en materia de anticonceptivos a adolescentes sin la autorización de los padres/madres. Es producto de este caso que comenzó a desarrollarse el principio de progresividad de los derechos de los NNA (Ravetllat Ballesté, 2017a).

(Díaz Revorio, 2012)¹⁵. Desde esta perspectiva, este derecho-deber de los padres/madres puede ocasionar una tensión constante y/o colisión entre los intereses de los NNA y sus padres/madres (Valero Heredia, 2004)¹⁶.

La regla, en ese sentido, según se ha sostenido desde el caso *Gillick* y recogido por la jurisprudencia europea¹⁷, es que los derechos-deberes de padres/madres ceden frente al autoejercicio de tales derechos por parte de los NNA cumpliéndose con ciertos requisitos (Ravetllat Ballesté, 2013), pues tales derechos-deberes no son autorizaciones sin limitaciones (Díaz de Valdés, 2010).

Pese a la rotundidad de la regla, esta se diluye en la práctica, en cuanto continúan existiendo excesivas limitaciones al autoejercicio de los derechos de NNA (*v. gr.*, D'Antonio, 2009). En dicha circunstancia ha colaborado la arraigada conciencia de que la protección de los derechos de los NNA corresponde de manera primordial a la familia y con posterioridad a la comunidad y al estado (Ravetllat Ballesté y Pinochet Olave, 2015), pero, especialmente, a una profunda presunción de capacidad, autoridad y responsabilidad de los padres/madres para determinar y hacer lo que es bueno para sus hijos (Goldstein, 2000).

Es necesario recordar que en materia de autoejercicio de derechos fundamentales de los NNA, tradicionalmente, se han seguido las reglas del derecho civil (Bartolomé Tutor, 2015), distinguiendo entre niños/niñas y adolescentes, cuyos rangos de edad varían de acuerdo con la legislación de cada país (García Garnica, 2004), y contraponiendo capacidad jurídica con capacidad de obrar (De Lama Aymá, 2006). Esta última, considerada el autoejercicio de los derechos, se encuentra fuertemente limitada en el caso de los NNA, aunque con matices dependiendo de la edad, debido a su falta de madurez (Vázquez-Pastor, 2009)¹⁸.

La capacidad de obrar es una categoría creada para ser utilizada en las relaciones patrimoniales (Barcia Lehmann, 2013) y cuya finalidad es la

¹⁵ Esta tensión se manifiesta patentemente en el caso del derecho a la educación (Flores Rivas, 2014).

¹⁶ Algunos autores han querido ver en el art. 5 de la CDN un intento de conciliación entre los derechos de los NNA y los de sus padres/madres y del Estado (Reis Monteiro, 2008), sin embargo, dicha disposición no soluciona el problema.

¹⁷ Particularmente en el caso español, desde la STC 141/2000, de 29 de mayo, se ha sostenido que la decisión que tienen los padres sobre el ejercicio de los derechos de los niños se «modulará» en función de la madurez del niño.

¹⁸ Es necesario destacar que esta limitación de la capacidad de obrar de los NNA se debe, también, a su falta de independencia respecto de los adultos (De Castro y Bravo, 2008).

seguridad del tráfico jurídico (Bartolomé, 2015), por ello se ha sugerido, seguramente de manera más atinada, la utilización de la categoría capacidad natural¹⁹, para el ejercicio de los derechos extrapatrimoniales (Ravetllat Ballesté, 2017b).

La transferencia de las reglas propias del derecho civil a los derechos fundamentales se debe, principalmente, a dos factores: el primero de ellos es que los derechos de la personalidad han sido considerados equivalentes a los derechos fundamentales (Fillooy Palmero, 2000), pero también a que se trata de la disciplina que más ha desarrollado la temática de la capacidad.

De esta forma, también en materia de derechos fundamentales se ha transitado desde la incapacidad a la capacidad limitada, y, de allí, a la capacidad especial (Vázquez-Pastor Jiménez, 2009), sin embargo, tales categorías, que no limitan la representación de padres/madres²⁰, no resultan de utilidad cuando se trata del autoejercicio de varios derechos fundamentales (Vivanco Martínez, 2009).

V. LA IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE AUTOEJERCER LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: EL CASO CHILENO

El asunto resulta más complejo si a las limitaciones al autoejercicio de los derechos se suman las que impiden el ejercicio de derechos fundamentales reconocidos a todas las personas, a los NNA, por su calidad de tales. Se trata de límites explícitos contenidos en leyes o implícitos provenientes de la judicatura, que impiden ejercer un derecho a los NNA, tal como lo haría un adulto, estableciendo límites al ejercicio de los derechos fundamentales, generalmente basándose en la necesidad de protección o en el interés superior del niño.

Estas limitaciones al ejercicio y autoejercicio de los derechos fundamentales pueden producir que se les niegue, en último término, la calidad de titulares de sus derechos a los NNA (Cillero Bruñol, 2004), pero, además, en caso de establecerse *a priori* o desconociendo la capacidad de los NNA, atentan contra la debida autonomía que debe reconocerse a los NNA (Freeman, 2006), en cuanto se posee por el solo hecho de ser seres humanos (Dworkin, 1977) y

¹⁹ La capacidad natural ha sido definida como «la capacidad de entendimiento y juicio necesaria para comprender el alcance y consecuencias del acto de que se trate y adoptar una decisión responsable» (Santos Morón, 2011).

²⁰ Se ha estimado en Chile que la representación de los padres/madres no se encontraría limitada, siendo la regla general (Lathrop Gómez, 2015).

tiene por finalidad permitir que las personas realicen sus propios planes de vida (Nino, 1990).

El caso chileno desde alguna perspectiva resulta similar al de otras latitudes, sin embargo, es singular debido a la habitualidad con que las disposiciones normativas limitan el ejercicio de los derechos fundamentales a los NNA, al tiempo que no establecen criterios para determinar la posibilidad de autoejercicio de los derechos fundamentales, conformándose con negarla. En otras palabras, se limitan el ejercicio o autoejercicio de los derechos fundamentales sin que exista un análisis de fondo sobre las motivaciones y su adecuación a la teoría de los derechos fundamentales. Desde luego, los ejemplos que se van a plantear a continuación no son desconocidos ni están lejos de los que se plantean en otros lugares, y en particular resultan en cierta medida próximos a los que han sido y son objeto de debate en España al hilo de la regulación legal de algunos aspectos relativos a las decisiones autónomas de los menores, o a ciertas reformas en dicha legislación.

En efecto, entre las disposiciones chilenas que ponen de relieve los temas que hemos venido planteando, cabe mencionar a modo ejemplificativo la Ley 21.030, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, de 2017, y la Ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, de 2018, las cuales niegan en Chile completamente el autoejercicio de sus derechos a los NNA, en el primer caso y a las menores de 14 años en el segundo; la Ley 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, de 2012, cuyos requisitos para la toma de decisiones sanitarias exigen un nivel de desarrollo que excluiría a los NNA; los últimos cinco proyectos de ley sobre la eutanasia (boletines 7736-11, 9644-11, 11577-11, 11703-11 y 11745-11) que excluyen expresamente que los NNA puedan solicitarla (Esparza-Reyes, 2019), así como el proyecto de ley sobre limitación de la libertad ambulatoria de menores de los NNA en horario nocturno (boletín 12566-25), medida que fue anunciada por algunas municipalidades.

Todas estas disposiciones, pero también la manera en que han sido entendidos los criterios para determinar la posibilidad de autoejercicio de los derechos fundamentales abordados, presentan un importante problema, consistente en que presumen la incapacidad de los NNA.

La afirmación anterior no es consistente con entender que los derechos establecidos en la CDN son derechos fundamentales (*v. gr.*, Santos Morón, 2002) y, en consecuencia, deben ser analizados desde aquella perspectiva. Esta aseveración implica sostener que deben recibir un tratamiento similar a todos los derechos fundamentales y que su abordaje y regulación deben respetar las reglas que provienen de la teoría de los derechos fundamentales. En otras

palabras: no basta la simple traslación de las categorías de capacidad creadas por el derecho civil, pues se requiere «enmarcar el ejercicio de los derechos fundamentales de NNA en una teoría general de los derechos fundamentales que se superponga y actúe como criterio interpretativo y reformulador en la esfera iusfundamental» (Aláez Corral, 2015).

VI. LOS CRITERIOS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE NNA

De acuerdo con la doctrina²¹ y siguiendo el art. 12.1 de la CDN sobre el derecho a ser oído, para que los NNA tengan la posibilidad de autoejercer sus derechos se requiere considerar dos criterios: su edad y madurez.

La edad es el primer criterio para determinar la posibilidad de autoejercicio de los derechos fundamentales. El establecimiento de los 18 años como edad en la que se adquiere plena capacidad de ejercicio no es sino un criterio de seguridad jurídica, una presunción *iuris tantum* de plena capacidad (Valero Heredia, 2009), que incluso a algunos efectos parece funcionar como presunción *iuris et de iure*, y que puede resultar arbitraria, lo que le ha valido muchas críticas (Barcia Lehmann, 2013). Por ello, se ha sugerido que, una vez determinado este límite, resulta importante establecer franjas de edad orientadoras y no edades fijas para permitir el autoejercicio de derechos fundamentales de los NNA (Moreno Bobadilla, 2017), con la finalidad de incorporar sus diversos grados de desarrollo (Gil Antón, 2013).

La madurez, por su parte, es otra de las condiciones exigidas para el autoejercicio de los derechos de los NNA. Ha sido definida como la capacidad de entender y querer un acto y las consecuencias que de él derivan (Bellver Capella, 2015), la capacidad de entender y querer el significado de los propios actos (Vázquez-Pastor Jiménez, 2009), o la capacidad para formarse un juicio propio (Lucker-Babel, 1995).

La evaluación de la madurez es un proceso que debe considerar factores psicosociales (Rodrigo Apio y Andreu Rodríguez, 2017), por lo cual resulta imprescindible recurrir a otras disciplinas. Desde la psicología, la medicina y la neurociencia se han generado respuestas disímiles sobre el momento en que se adquiere la madurez²². Sin embargo, el acuerdo es unánime al sostener que la madurez debe

²¹ V. gr., Vázquez-Pastor Jiménez (2009), Carmona Luque (2011) y Moreno Bobadilla (2017).

²² Así, por ejemplo, se ha señalado que a la madurez se alcanza a los 15 años (Steingberg *et al.*, 2009), mientras que otros autores indican que se es maduro a los 12 (Mason, 2004).

evaluarse caso a caso (*v. gr.*, Bartolomé Tutor, 2015) y que la comprobación de su existencia debe producirse con posterioridad al autoejercicio de un derecho en particular (*v. gr.*, Asensio Sánchez, 2012). Esta forma de entender la madurez genera una consecuencia de la mayor trascendencia, en el sentido de que parece que podría hablarse de una presunción de incapacidad, en cuanto la capacidad determinada con base en la madurez debe probarse (Bartolomé Tutor, 2015).

Este criterio, en particular, presenta varios inconvenientes: el primero de ellos es que la determinación de la madurez, y, en consecuencia, de la capacidad, queda entregada a profesionales, principalmente del área de la salud (Aláez Corral, 2003), o, en su defecto, a padres/madres, cuestión que puede resultar inconveniente en algunos casos, debido a que sus intereses no necesariamente serán coincidentes con los de NNA (Burt, 2000a). En segundo término, se ha evidenciado que el criterio de madurez ha sido utilizado para negar el autoejercicio de los derechos (Aláez Corral, 2003), lo que se logra mediante una práctica muy habitual, consistente en evaluar la madurez de acuerdo con una mayor o menor semejanza con el pensamiento de un adulto (Solís de Ovando Segovia, 2016). En tercer lugar, tal como se indicó anteriormente, la madurez como criterio que se evalúa con posterioridad al autoejercicio y en el caso concreto, desincentiva que los NNA ejerzan sus derechos debido a su dificultad, por lo cual se ha insistido en la necesidad de establecer mecanismos que puedan colaborar con tal función, como, por ejemplo, un derecho a ser asistido (Díaz de Valdés, 2010).

Aunque algunos países solo han establecido edades para el autoejercicio de ciertos derechos²³, la principal fórmula²⁴ que han utilizado distintos Estados para cumplir con la obligación de ejercicio progresivo de los derechos de los

²³ Tal es el caso de la Ley 21.030 de Chile, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, de 2017, en la cual se establece que es posible solicitar personalmente dicha interrupción desde los 14 años, aunque solo en casos muy calificados el juez puede autorizar que su representante legal no sea informado, sino un adulto responsable a elección de la solicitante.

²⁴ Lansdown (2005) ha identificado cuatro modelos estatales de ejercicio de derechos fundamentales de los NNA: 1) la estipulación de límites de edad fijos y prescriptivos; 2) la eliminación de todos los límites de edad fijos, sustituyéndolos con un marco de evaluación individual (con o sin presunción de competencia); 3) modelo que comprende límites de edad, pero que permite a todo NNA ejercer el derecho antes de alcanzar dicha edad si es capaz de demostrar su competencia, y 4) la diferenciación legal entre los derechos específicos, estableciendo límites de edad solo para aquellos que presenten el peligro de ser desatendidos o violados por los adultos, e introduciendo la presunción de competencia para los demás derechos. Y a ello habría que agregar 5) la imposibilidad absoluta de autoejercer sus derechos por parte de los NNA.

NNA consiste en el establecimiento de edades y evaluación de madurez²⁵ de manera simultánea. Pareciera ser que en los países que se han instaurado estos criterios, así como en Chile (Barcia Lehmann, 2006), ha tendido a primar el establecimiento de la regla del «menor maduro» (Blasco Igual, 2015; Rodríguez Palomo, 2004), que define una edad cercana a los 18 años (generalmente 16), en la cual el examen de madurez resulta menos estricto, especialmente en las decisiones de tipo sanitario (Nevado Catalán, 2017).

Algunos autores han sostenido que deben incorporarse criterios adicionales tales como los establecidos en la Observación General n.º 14 (2014) sobre el interés superior del niño (Bartolomé Tutor, 2015)²⁶. También se ha indicado que deben considerarse las «particulares circunstancias de los sujetos», así como la naturaleza del acto que se pretende realizar (Vázquez-Pastor Jiménez, 2009), la capacidad para formarse un juicio propio a modo de independencia (Carmona Luque, 2011), la existencia de una escala de valores relativamente estable (Lansdown, 2005), la necesidad de que el autoejercicio del derecho en particular no socave futuras opciones de vida ni dañe intereses de modo irreversible (Freeman, 2006), así como la «revisibilidad» de los actos ejecutados en virtud del autoejercicio (Espejo Yaksic y Lathrop Gómez, 2015).

Según se ha señalado, el ámbito donde más se han desarrollado estos criterios es en materia sanitaria (Ravetllat Ballesté, 2017a). Destaca, a estos efectos, que dicha disciplina ha entregado criterios específicos; así, Bartolomé Tutor (2015) indica los siguientes: el elemento volitivo afectivo, el carácter de la intervención o tratamiento (sus efectos secundarios, su reversibilidad, su perdurabilidad en el tiempo, etc.), así como las circunstancias familiares y personales de NNA. Empero, todos estos criterios, recogidos en mayor o menor medida en la legislación comparada, presentan un carácter fragmentario debido a dos razones: en cuanto no resultan aplicables a todos los ámbitos en los cuales se

²⁵ Destaca, a estos efectos, la legislación española, particularmente en materia de decisiones sanitarias, la cual, partiendo de franjas etarias, presume desde los 16 años la madurez suficiente para adoptar decisiones de manera autónoma (Ley 41/2002, de 14 de noviembre). De igual manera, la legislación de los Países Bajos, en el caso de la eutanasia y el suicidio asistido de menores de edad, establece franjas etarias, exigiendo en el caso de personas entre 12 y 16 años que estén en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses en este asunto y autorización de quien tenga la patria potestad, mientras que entre los 16 y 18 no se exige autorización, sino solo información al adulto responsable (arts. 293 y 294.2 Código Penal).

²⁶ Tales criterios son los siguientes: la opinión del menor, su propia identidad, su entorno familiar, y sus posibilidades de bienestar y desarrollo, así como la existencia de una situación de vulnerabilidad.

pueden autoejercer derechos fundamentales, sino que se han establecido para ámbitos muy específicos, por ejemplo, el ámbito sanitario (Ravetllat Ballesté, 2017a), o el uso de tecnologías, sin que puedan simplemente extenderse a otros debido a su naturaleza particular, y, por otra parte, debido a que varios de ellos obedecen a modelos estatales distintos (Cillero Bruñol, 2015), es decir, algunos son propios del modelo de «protección integral», mientras que otros obedecen al modelo del «menor en situación irregular».

Con todo, lo cierto es que la CDN utiliza el concepto de progresividad o «capacidades en evolución» para evitar establecer edades límite arbitrarias o definiciones de madurez en materias particulares (Hodgkin y Newell, 2007), tarea que, eventualmente, correspondería a los Estados, los cuales, aunque se encuentren abandonando, en distintas medidas, las categorías decimonónicas sobre limitación de la capacidad de los NNA (Santos Morón, 2011), no han desarrollado suficientemente criterios generales para el cumplimiento del principio de progresividad de los derechos de los NNA, es decir, para el autoejercicio de sus derechos fundamentales (Esparza-Reyes, 2019).

VII. LOS LÍMITES EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN AL AUTOEJERCICIO DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Las restricciones al ejercicio y autoejercicio (ahora indistintamente ejercicio) de los derechos fundamentales suponen límites a estos (Peces-Barba Martínez, 1995; Aguiar de Luque, 1993) y, en consecuencia, su abordaje debe incorporar las reglas más extendidas de la teoría de los derechos fundamentales en relación con los límites²⁷. Lo anterior se debe a que no existe una razón general para sustraer a un grupo completo, como son los menores de edad, de esta regla ampliamente aceptada en el caso de los adultos.

Dentro de esta teoría, es posible encontrar reglas específicas sobre la titularidad-capacidad iusfundamental²⁸, ejercicio, límites y mecanismos de

²⁷ Se ha optado por la agrupación de ejercicio y autoejercicio de los derechos fundamentales de los NNA bajo la categoría de límites, ya que resulta comprensiva de situaciones diversas que se ocasionan por a una «presunción de incapacidad» y ya que ambas generan, en la práctica, la negación de la titularidad de los derechos fundamentales afectando al principio de progresividad establecido en la CDN.

²⁸ En ocasiones, los autores han distinguido ambos conceptos. La principal diferencia, según se ha indicado, es que la titularidad se refiere a derechos concretos, mientras que la capacidad iusfundamental hace alusión a una aptitud general (Aláez Corral, 2003).

protección de los derechos fundamentales²⁹. Sin embargo, algunos autores han entendido que las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales pueden ser consideradas límites de estos (Peces-Barba Martínez, 1995; Aguiar de Luque, 1993)³⁰.

Obviamente, no es posible en este trabajo llevar a cabo un examen exhaustivo de las distintas concepciones doctrinales sobre los límites a los derechos fundamentales. De forma sintética, cabe decir que la doctrina mayoritaria considera que los derechos fundamentales poseen límites (*v. gr.*, Prieto Sanchís, 2000), aunque algunos autores entienden que existen derechos absolutos o ilimitados (*v. gr.*, Nogueira Alcalá, 2005)³¹. Sobre el tema existen importantes confusiones que se deberían a la falta de una fundamentación teórico-conceptual de las restricciones (Alexy, 2008).

Los límites pueden ser considerados, desde una perspectiva amplia, como «toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos» (Aguiar de Luque, 1993)³².

Por otra parte, los límites han sido clasificados desde múltiples perspectivas³³. Sin embargo, es posible afirmar que la distinción más importante es la que diferencia entre límites internos y externos (Borowski, 2003), donde en el

²⁹ Aunque la nomenclatura predominante se refiere a «garantías», debido a la confusión que ocasiona con las acciones jurisdiccionales y su cercanía con posturas iusnaturalistas que denominan «garantías» a los derechos fundamentales, resulta más conveniente referirse a ellas como «mecanismos de protección de los derechos fundamentales» (Esparza-Reyes y Díaz Revorio, 2019).

³⁰ Esta afirmación, proveniente del pensamiento de De Otto y Pardo, quien, a su vez, la tomó de la doctrina alemana (Cianciardo, 2001), ha sido la predominante en España desde la STC 5/1981, de 13 de febrero.

³¹ Alexy (2008), por ejemplo, sostiene que no es posible limitar la dignidad humana.

³² Como consecuencia de lo anterior, se incluyen en este concepto las restricciones, limitaciones y delimitaciones de los derechos fundamentales (Muñoz Arnau, 1998).

³³ Tórtora Aravena (2010) distingue según las circunstancias en que operan limitaciones: ordinarias y extraordinarias; según el origen de la limitación: las que obedecen al respeto de derechos fundamentales de terceros, carácter u origen material o físico, previstos en el ordenamiento jurídico positivo, y según la norma en que están contenidos, directamente constitucionales e indirectamente constitucionales. Nogueira Alcalá (2005) distingue entre límites expresos y generales; límites expresos y específicos o implícitos; límites establecidos para asegurar derechos de terceros y los consagrados para impedir acciones dañosas para la sociedad; límites expresos y de eficacia inmediata, y límites de habilitación. Brage Camazano (2004) distingue entre límites constitucionales directos e indirectos, límites de la garantía y límites de reserva,

primer caso, debido a que considera que el derecho también se compone de las restricciones provenientes del ordenamiento jurídico, los límites serían más escasos que en el segundo. La postura que se adopte sobre los límites dependerá, en gran medida, de la concepción sobre los derechos fundamentales que se sostenga (Naranjo de la Cruz, 2000)³⁴, aunque en todas ellas es posible afirmar que condicionar el ejercicio de un derecho al cumplimiento de una edad determinada, así como establecer una prohibición del autoejercicio de los derechos fundamentales con base en la edad, constituye una limitación de estos, y, por tanto, necesita un fundamento o justificación aplicable a cada caso.

Entre la doctrina existe completo acuerdo de que los límites constituyen excepciones (*v. gr.*, Ferrajoli, 1999), lo que genera importantes consecuencias, a saber: en primer término, deben interpretarse restrictivamente (Sagüés, 1998)³⁵, y, en segundo lugar, debe tenderse a que no se establezcan de manera indiscriminada, en cuanto los límites son, a su vez, límites al poder público (Zagrebelsky, 2011). Lo anterior no significa, obviamente, que exista una prohibición absoluta de establecer límites, sino que, en caso de establecerlos, deben cumplir exigencias competenciales, así como un estricto test de razonabilidad, superando uno a uno los requisitos de dicho juicio (Barak, 2017)³⁶. Así, debe tenderse a que los límites no se establezcan de manera generalizada, en cuanto afectaría, en último término, a la titularidad de los derechos fundamentales, pero, además, su carácter excepcional obliga a que su interpretación sea restrictiva, considerando siempre el principio *pro persona* o el llamado *favor libertatis*.

límites de reserva materiales formales, de leyes generales y no expresos, límites generales, específicos y relativos al ejercicio del derecho.

³⁴ Estas concepciones pueden ser clasificadas como externa/amplia (Alexy, 2008), interna/restrictiva (Aleinikoff, 2015) o mixta (Häberle, 2003).

³⁵ En el sistema jurídico español existe una regla expresa en materia de límites al autoejercicio de los derechos de los NNA. Así, el art. 1.2 de la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, de 28 de julio: «Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de manera restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor».

³⁶ Particularmente en el caso de las restricciones, de acuerdo con la doctrina alemana y portuguesa, una restricción aceptable constitucionalmente es la interrelación de tres elementos: una acción estatal que incide sobre el ámbito de protección del derecho; dicha actuación estatal constituye una intromisión eventualmente vulneradora que se justifica de conformidad con un límite y, en última instancia, que se adecúa al principio de proporcionalidad (Cabezudo Bajo, 2010). Otros autores han sostenido que se debe tratar de una limitación razonable, que respete el contenido esencial del derecho y proporcionada (Solozábal Echavarría, 2003),

En un sentido similar, entre los autores dedicados a la teoría de los derechos fundamentales, particularmente en el derecho constitucional, existe acuerdo respecto de que, en materia de capacidad, la regla general debe ser el reconocimiento de la capacidad iusfundamental y de su ejercicio (*v. gr.*, Valero Heredia, 2009), debido a lo cual un impedimento en este sentido es considerado un límite a los derechos fundamentales (Barak, 2017).

El incumplimiento de estas reglas es negativo desde varios puntos de vista, no solo en razón de una eventual responsabilidad internacional por incumplimiento de los deberes estatales consagrados en la CDN, ni por las consecuencias individuales para los NNA de la imposibilidad de ejercer sus derechos, sino, especialmente, porque esta realidad mantiene un sistema que en ciertos aspectos parecería olvidar algunas consecuencias de la dignidad de los NNA en su calidad de seres humanos, manteniendo un sistema opresivo (Young, 2000), y ocasionando que puedan ser considerados un grupo desaventajado (Esparza-Reyes, 2018) o, al menos, discriminado (Liebel, 2015).

De este modo, es posible sostener que la regulación legal citada, así como los criterios fragmentarios que parten de la incapacidad de los NNA, plantean problemas de compatibilidad con la teoría de los derechos fundamentales que prescribe la excepcionalidad de los límites a tales derechos.

La afirmación anterior implica sostener que, en el abordaje de los derechos de NNA, deben incorporarse las aportaciones de la teoría de los derechos fundamentales, especialmente las provenientes del derecho constitucional, en cuanto la Constitución es el principal marco regulador de los derechos de las personas, planteamiento que no ha sido suficientemente abordado por la doctrina, aunque pueden encontrarse algunas excepciones³⁷.

Ahora bien, la aseveración anterior no significa descartar completamente los criterios para determinar la posibilidad de autoejercicio de los derechos fundamentales analizados, sino sostener que el análisis debe partir de la premisa propia de la teoría de los derechos fundamentales de que la regla general será el reconocimiento de la capacidad iusfundamental y que los límites son excepcionales, y han de someterse a justificación y superar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad, pues no se aprecia qué peculiaridad de los derechos de los NNA justificaría la elusión de tal requisito de licitud de los límites.

³⁷ Así, particularmente desde el derecho constitucional, pueden mencionarse las aportaciones de Ana Valero Heredia en el caso de la libertad de conciencia, y Benito Aláez Corral desde una perspectiva teórica general en España y, en alguna medida, de José Manuel Díaz de Valdés en Chile, las cuales abordan la temática desde el prisma aquí apuntado, aunque con múltiples matices.

Debido al error en la premisa y la fragmentariedad de los escasos criterios en relación con las limitaciones de los derechos fundamentales de los NNA, el legislador y, eventualmente, el juez no disponen de orientaciones claras que les permitan evaluar si un límite en el ejercicio o autoejercicio de los derechos fundamentales de los NNA resulta acorde, o no, con la teoría de los derechos fundamentales, es decir, no posee criterios generales para determinar en qué casos y de qué manera es posible limitar los derechos fundamentales de los NNA. Esta circunstancia ocasiona que puedan vulnerarse de manera permanente los derechos de algunos NNA, no solo desde la perspectiva del principio de progresividad, sino, también, desde el reconocimiento de los NNA como titulares de derechos fundamentales, en cuanto la ausencia del desarrollo del autoejercicio afecta, en último término, a su titularidad (Lovera Parmo y Coddou McManus, 2009).

Solo con la creación de criterios generales para determinar en qué casos y de qué manera es posible limitar los derechos fundamentales de NNA que partan de las reglas de la teoría de los derechos fundamentales será posible la creación de un estatuto jurídico de ejercicio de los derechos fundamentales de NNA que incluya el análisis de sus límites desde los parámetros generales de la teoría de los derechos fundamentales. En este único caso será posible dar plena efectividad al reconocimiento de que los NNA son sujetos de derechos, en cuanto se ha estimado que la falta de adecuación de la legislación y política pública a estándares internacionales se debe, en gran medida, a un déficit en la justificación teórica en relación con los derechos de los NNA (Cillero Bruñol, 2015).

VIII. CONCLUSIONES

La doctrina comparada ha utilizado diversos criterios para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales de los NNA. Tales criterios son fragmentarios, y no en todos los casos se adecúan a las reglas de la teoría de los derechos fundamentales en materia de límites al ejercicio. Esta circunstancia ha ocasionado que no sea posible justificar tales restricciones de acuerdo con la teoría de los derechos fundamentales, lo que, en la práctica, se traduce en limitaciones excesivas o desproporcionadas, si se comparan con los derechos de los adultos. Con demasiada frecuencia, la invocación del interés superior del menor, o de los derechos y deberes de padres/madres o tutores/tutoras respecto a los menores a su cargo, se traduce en límites a los derechos de los menores y a sus facultades de autoejercicio, que no son sometidos a un examen de razonabilidad y proporcionalidad, como correspondería según la

teoría general de los derechos, y de este modo se restringen habitual e injustificadamente sus derechos.

Lo anterior tiene como consecuencia que el estatuto jurídico del ejercicio de los derechos fundamentales de NNA no se encuentra configurado, y los exámenes más habituales suelen olvidar esta consideración. En consecuencia, suelen desconocerse los criterios generales para determinar en qué casos y de qué manera es posible limitar el ejercicio de los derechos fundamentales de los NNA. De este modo, la inaplicación de la teoría general de los límites a los derechos de los NNA tiene importantes consecuencias jurídicas.

Por tanto, no se ha logrado establecer ningún tipo de criterio o pauta específicos sobre los límites de los NNA, que, de todos modos, deberían derivar de los mismos principios generales aplicables a todo límite a cualquier derecho: ha de estar fundamentado, legalmente previsto, y resultar justificado desde la perspectiva de la idoneidad-necesidad y proporcionalidad en cada caso.

La mera invocación del interés superior del menor o de los deberes o potestades de los padres y madres, sin negar que sea un elemento que tener en cuenta en toda ponderación, no puede imponerse sistemáticamente frente a otras consideraciones ni servir para hurtar ese necesario juicio de licitud. De hecho, paradójicamente, la invocación del interés superior del menor o de los derechos/deberes de padres/madres se convierte a veces en límites y restricciones no justificados de los derechos de los menores.

Así las cosas, se hace sumamente necesario abordar la temática del ejercicio de derechos de niños, niñas y adolescentes, y alcanzar un estatuto específico, lo que no puede lograrse ignorando la aplicación de la teoría de derechos fundamentales, especialmente en materia de límites, donde ha existido un desarrollo importante, que, a falta de argumentos en contra, no se ve por qué no habría de ser aplicable al caso de los NNA. Solo de esta manera se estará dando verdadero cumplimiento al reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho y como titulares de derechos no menos importantes ni menos «fuertes» que los de las personas mayores de edad. Y, al tiempo, como sujetos que van progresivamente alcanzando la madurez y la capacidad de autoejercicio de los derechos. Partir de estas premisas conducirá evidentemente a un estatuto jurídico preciso y bien definido de los derechos de los NNA, cuyo desarrollo específico no puede llevarse a cabo en este trabajo; pero creemos haber establecido pautas novedosas que permiten vislumbrar claramente importantes consecuencias jurídicas acordes con la mencionada consideración de los NNA como sujetos de derechos, cuyos límites deben interpretarse restrictivamente y requieren de un análisis desde la teoría general de los límites.

Bibliografía

- Adroher Biosca, S. y Vidal Fernández, F. (dirs.) (2009). *Infancia en España. Nuevos desafíos sociales, nuevas respuestas jurídicas*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.
- Aguar de Luque, L. (1993). Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 14, 9-34.
- Aguilar Cavallo, G. (2008). El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Estudios Constitucionales*, 11, 223-247.
- Alález Corral, B. (2003). *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- (2015). El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 21 (1), 37-78. Disponible en: <https://doi.org/10.35487/rfus.v1i20.2007.275>.
- Aleinikoff, T. A. (2015). *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*. Lima: Palestra.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Asensio Sánchez, M. (2012). *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*. Madrid: Dykinson.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra.
- Barcia Lehmann, R. (2006). Sobre la capacidad de los adolescentes para recibir la denominada píldora del día después. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 7, 137- 158.
- (2013). La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez. *Revista Ius et Praxis*, 19 (2), 3-52. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-00122013000200002>.
- Bartolomé Tutor, A. (2015). *Los derechos de la personalidad del menor de edad*. Navarra (Cizur Menor): Thomson Reuters Aranzadi.
- Bellver Capella, V. (2015). Participación de menores en los ensayos clínicos: Cuestiones éticas y jurídicas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 63-85.
- Beloff, M. (1999). Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. *Justicia y Derechos del Niño*, 1, 9-22.
- (2000). *Derecho, Infancia y Familia*. Barcelona: Gedisa.
- Bernuz Beneitez, M. J. (2000). El derecho del niño a ser oído. En M. Calvo García y N. Fernández Sola (coords.). *Los derechos de la infancia y de la adolescencia* (pp. 293-312). Huesca: Mira.
- Blasco Igual, M. C. (2015). El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria. *Revista Bioética y Derecho*, 35, 32-42.
- Böckenförde, E. W. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Brage Camazano, J. (2004). *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Burt, R. A. (2000a). El tratamiento de menores sin el consentimiento de los padres. En M. Beloff (comp.). *Derecho, infancia y familia* (pp. 189-197). Barcelona: Gedisa.

- (2000b). Desarrollo constitucional de derechos de, sobre y para menores. En M. Beloff (comp.). *Derecho, infancia y familia* (pp. 13-36). Barcelona: Gedisa.
- Cabezudo Bajo, M. J. (2010). La restricción de los derechos fundamentales: Un concepto en evolución y su fundamento constitucional. *Revista de Derecho Político*, 77, 143-182. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.77.2010.9107>.
- Campoy Cervera, I. (2006). *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*. Madrid: Dykinson.
- Carmona Luque, M. R. (2011). *La Convención sobre los derechos del niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson.
- Cianciardo, J. (2001). Los límites de los derechos fundamentales. *Revista Dikaion*, 15 (10), 53-69.
- Cillero Bruñol, M. (1999). *Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de principios*. Disponible en: <https://goo.su/6ET8uF>.
- (2004). De la tutela a la garantías: Consideraciones sobre el proceso penal y la justicia de adolescentes. *Revista Derechos del Niño*, 2, 53-86.
- (2015). El reconocimiento del niño como sujeto de derecho: fundamento necesario de la política y legislación sobre niñez y adolescencia. *Revista de Familias y Terapias*, 2, 19-41.
- D'Antonio, D. H. (2009). La intimidación de los niños en las leyes integrales y códigos de infancia. En C. Villagrasa Alcaide e I. Ravetllat Ballesté (coords.). *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia* (pp. 437-448). Barcelona: Bosch.
- De Castro y Bravo, F. (2008). *Derecho Civil en España. Tomo II*. Madrid: Thomson Reuters.
- De Lama Aymá, A. (2006). *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díaz de Valdés, J. M. (2010). Un marco constitucional para los tratamientos médicos de niños, niñas y adolescentes. *Revista Chilena de Derecho*, 37 (2), 271-310. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-34372010000200004>.
- Díaz Revorio, F. J. (2012). Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución de 1978. *Pensamiento Constitucional*, 16 (16), 55-86.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Escobar Gallardo, P. y Hernández Cádiz, M. V. (2018). *Interés superior del niño. Principio general del Derecho*. Santiago de Chile: Hammurabi.
- Esparza-Reyes, E. (2018). *La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional*. Valencia; México DF: Tirant lo Blanch.
- (2019). Disposición del derecho a la vida de los menores de edad: Una necesaria discusión sobre eutanasia y suicidio asistido en Chile. *Acta Bioethica*, 25 (1), 25-34. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2019000100025>.
- Esparza-Reyes, E. y Díaz Revorio, F. J. (2019). Los mecanismos jurídicos de lucha contra la discriminación: Aportaciones para la configuración del derecho antidiscriminatorio. *Revista de Derecho Político*, 105, 57-79. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.105.2019.25268>.
- Espejo Yaksic, N. y Lathrop Gómez, F. (2015). Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. *Revista de Derecho Universidad*

- Católica del Norte*, 22 (2), 393-418. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-97532015000200013>.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Filloy Palmero, M. A. (2000). El menor y el derecho a su intimidad. Cuestiones procesales. En M. Calvo García y N. Fernández Sola (coords.). *Los derechos de la infancia y de la adolescencia* (pp. 347-367). Huesca: Mira.
- Flores Rivas, J. C. (2014). El derecho a la educación. Su contenido esencial en el derecho chileno. *Revista Estudios Constitucionales*, 12 (2), 109-136. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-52002014000200005>.
- Freeman, M. D. A. (2006). Tomando más en serio los derechos de los niños. *Revista de Derechos del Niño*, 3, 251-279.
- Gaitán, L. y Liebel, M. (2011). *Ciudadanía y derechos de participación de los niños*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas; Síntesis.
- García Garnica, M. C. (2004). *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- García Méndez, E. (2007). *Infancia y adolescencia. De los derechos y de la justicia*. México D.F.: Fontamara.
- Gil Antón, A. M. (2013). *El derecho a la propia imagen del menor en internet*. Madrid: Dykinson.
- Goldstein, J. I. (2000). Asistencia médica para menores en riesgo: la supervisión estatal de la autonomía de los padres. En M. Beloff (comp.). *Derecho, infancia y familia* (pp. 199-236). Barcelona: Gedisa.
- Häberle, P. (2003). *El Estado constitucional*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- (2013). *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madrid: Tecnos.
- Hodgkin, R. y Newell, P. (2007). *Implementation handbook for the Convention on the rights of the child*. Switzerland: Unicef.
- Lansdown, G. (2005). *La evolución de las facultades del niño*. Florencia: Unicef; Save the Children.
- Lathrop Gómez, F. (2015). El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile. Una mirada crítica a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de los Estatutos normativos Iberoamericanos de protección integral de la infancia y de la adolescencia. *Revista Chilena de Derecho*, 40 (3), 929-952. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-34372013000300007>.
- Liebel, M. (2015). Sobre el interés superior de los niños y la evolución de sus facultades. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 43-61.
- Lovera Parmo, D. y Coddou McManus, A. (2009). Niño, adolescente y derechos constitucionales: De la protección a la autonomía. *Justicia y Derechos del Niño*, 11, 11-54.
- Lucker-Babel, M. F. (1995). The rights of the Child to express views and to be Heard: An attempt to interpret article 12 of the UN Convention in the rights of the child. *International Journal of Children's Rights*, 3, 391-404. Disponible en: <https://doi.org/10.1163/157181895X00177>.
- Mason, M. A. (2004). ¿Una Voz para el niño? *Revista de Derechos del Niño*, 2, 115-137.

- Molero Martín-Salas, M. P. (2014). *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreno Antón, M. (2011). Minoría de edad y libertad religiosa en el contexto sanitario. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 95-123.
- Moreno Bobadilla, A. (2017). *Intimidad y Menores*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Muñoz Arnau, J. A. (1998). *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*. Pamplona: Aranzadi.
- Naranjo de la Cruz, R. (2000). *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Nevado Catalán, V. (2017). El interés superior del menor maduro en situación de grave riesgo: entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida. *Anuario de Derecho Civil*, 70, 1543-1573.
- Nino, C. S. (1990). Liberalismo conservador. ¿Liberal o Conservador? *Revista de Ciencia Política*, 12 (1-2), 19-44.
- Nogueira Alcalá, H. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales. *Revista Ius et Praxis*, 11 (2), 15-64. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>.
- Peces-Barba Martínez, G. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Prieto Sanchís, L. (2000). La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Pensamiento Constitucional*, 8 (8), 61-102.
- Ramiro, J. (2015). *Ciudadanía e infancias. Los derechos de los niños en el contexto de la protección*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ravetllat Ballesté, I. (2013). *El ejercicio de los derechos a la vida y a la integridad física por parte de las personas menores de edad en el ámbito sanitario*. Barcelona: Huygens.
- (2016). La toma de decisiones de los progenitores en el ámbito sanitario: a vueltas con el interés superior del niño a propósito de la Sentencia de la Corte Suprema de 3 de marzo de 2016. *Revista Ius et Praxis*, 22 (2), 499-512. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-00122016000200016>.
- (2017a). El consentimiento informado de la persona menor de edad a los tratamientos e intervenciones médicas. *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 13, 30-44.
- (2017b). La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipada a la luz del libro II del Código civil de Cataluña (artículos 211-3 y 211-5). *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 7, 1-28.
- Ravetllat Ballesté, I. y Pinochet Olave, R. (2015). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el Derecho Civil Chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 42 (3), 903-934. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>.
- Reis Monteiro, A. (2008). *La revolución de los derechos del niño*. Madrid: Popular.
- Rodrigo Apio, J. J. y Andreu Rodríguez, J. M. (2017). Evaluación psicológica de la madurez psicosocial en adolescentes. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 17, 14-31.

- Rodríguez Palomo, C. (2004). *Autonomía del niño en las decisiones sobre su propio cuerpo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Sagüés, N. P. (1998). La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. *Anales*, 42 (36), 1-38.
- Santos Morón, M. J. (2002). Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio. *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 5675, 1-16.
- (2011). Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 63-93.
- Solis de Ovando Segovia, R. (2016). *Nuevo Diccionario para el análisis e intervención social con infancia y adolescencia*. Madrid: Letras de Autor.
- Solozábal Echavarría, J. J. (2003). Los límites de los derechos y el sistema normativo. *Derecho Privado y Constitución*, 17, 449-478.
- Steingberg, L. et al. (2009). Are Adolescents Less Mature Than Adults? Minors Access to Abortion, the Juvenile Death Penalty, and the Alleged APA “Flip-Flop”. *American Psychologist*, 64 (7), 583-594. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/a0014763>.
- Tobin, J. (2012). Courts and the construcción of Childhood: a New Way of Thinking. En M. Freeman (coord.). *Law and Childhood Studies: Current Legal Issues* (vol. 14) (pp. 55-74). London: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199652501.003.0005>.
- Tórtora Aravena, H. (2010). Las limitaciones a los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Constitucionales*, 8 (2), 167-200. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000200007>.
- Valero Heredia, A. (2004). *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad*. Valencia: Universitat de Valencia.
- (2009). *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Vázquez-Pastor Jiménez, L. (2009). *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villagrasa Alcaide, C. (2015). Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 17-41.
- Villavicencio Miranda, L. (2009). La libertad religiosa y la infancia en el sistema español. Una aproximación teórica y positiva. *Justicia y Derechos del Niño*, 11, 81-107.
- Vivanco Martínez, A. (2009). Negativa de un menor de edad y de su familia a que éste reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de su efectividad: Apelación de medida de protección otorgada por la jueza de familia de Valdivia. Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de mayo de 2009. *Revista Chilena de Derecho*, 36 (2), 399-440. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-34372009000200008>.
- Wróblewski, J. (2018). *Constitución y Teoría General de la interpretación jurídica*. Santiago de Chile: Olejnik.
- Young, I. M. (2000). *La Justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Cátedra.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.