

GUÍA PARA LA EVALUACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR

DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CASOS DE MEDIDAS DE
PROTECCIÓN ESPECIALMENTE VINCULADAS AL CUIDADO ALTERNATIVO



Guía para la Evaluación y Determinación del Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes en casos de medidas de protección especialmente vinculadas al cuidado alternativo

© Fondo de la Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF

Autores (CIDENI): Miguel Cillero Bruñol
Ester Valenzuela Rivera
Soledad Larraín Heiremans
Fabiola Lathrop Gómez
Francisco Estrada Vásquez
Anuar Quesille Vera
Juan Pablo González Jansana

Coordinación técnica UNICEF: Ludmila Oliveira Palazzo
Candy Fabio Salas

Coordinación editorial UNICEF: Daniela Ortega Allan

Edición: Ana María Moraga Silva

Diseño: María José Cabargas Schultz

Registro de Propiedad Intelectual: 2022-A-8978

ISBN: 978-92-806-5383-0

Santiago de Chile, octubre de 2022

Índice de contenidos

Presentación / 4

1. ¿Qué es el interés superior del niño y de la niña? / 5

2. ¿Cómo se determina en cada caso el interés superior del niño? / 7

3. Principios para la adopción de medidas de protección / 12

4. Elementos para evaluar el interés superior que se deben considerar para adoptar la medida de separación del niño, niña o adolescente de su familia (casos de medidas de protección especialmente vinculadas al cuidado alternativo) / 14

4.1 Antecedentes psicosociales / 14

4.2 Operacionalización de la evaluación y determinación del interés superior del niño / 15

4.3 Elementos para evaluar el interés superior del niño vinculados a diversos aspectos que deben ser considerados: / 17

4.3.1 Amenaza, riesgo y perjuicio / 17

4.3.2 Entorno familiar / 19

4.3.3 Realización de derechos / 20

4.3.4 Edad, madurez y desarrollo / 25

4.3.5 Otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de niños, niñas y adolescentes / 27

5. Garantías procesales / 28

5.1 Los derechos del niño, niña y adolescente a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso / 29

5.2 Intervención en el proceso de profesionales especializados / 30

5.3 Participación de padres y madres biológicos, o de quien tenga el cuidado personal, representantes legales, curador ad litem / 30

5.4 Motivación de la decisión que incluya los elementos utilizados, la evaluación hecha, los intereses presentes y futuros y las garantías procesales respetadas / 30

5.5 Legalidad de las medidas de protección / 31

5.6 Existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada / 31

6. Preguntas orientadoras sobre los elementos / 32

7. Preguntas orientadoras sobre garantías / 34

Presentación

La presente **Guía para la evaluación y determinación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en casos de medidas de protección especialmente vinculadas al cuidado alternativo**, tiene por objeto entregar una herramienta práctica a las y los profesionales del Poder Judicial (jueces y consejeros técnicos) en el ámbito de la protección jurisdiccional, con especial énfasis en aquellas causas asociadas al cuidado alternativo. Su aplicación promueve la evaluación y determinación del principio de Interés Superior del Niño (en adelante ISN) en casos concretos, permitiendo que las decisiones judiciales garanticen la protección y satisfacción integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Esta guía se elaboró a partir del estudio de sentencias, de entrevistas a actores claves, encuestas realizadas al Poder Judicial, y los informes emitidos por el Comité de los Derechos del Niño, especialmente aquellos sobre Chile del año 2015 y del año 2018 sobre niños, niñas y adolescentes en residencias. Además, se realizó un levantamiento y revisión de distintas guías internacionales sobre aplicación práctica del Interés Superior de Niño¹, en específico, aquellas que tratan sobre los estándares que se deben cumplir para satisfacerlo en tramitación de proyectos de ley; nos referimos a la guía para el proceso de determinación del ISN elaborada por el Consejo de Estados del Mar Báltico (foro regional compuesto por Dinamarca, Finlandia, Islandia, Letonia, Lituania, Noruega, Polonia, Rusia y Suecia) y la Guía Nacional de Protección y Bienestar de los Niños de Irlanda. También se realizó una revisión de estándares internacionales, contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Observación general N° 14 sobre el ISN y las Directrices de las Naciones Unidas sobre modalidades alternativas del cuidado de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, se analizaron estándares del mundo anglosajón, especialmente del Reino Unido y Estados Unidos de Norteamérica.

¿Para qué sirve, qué contiene y cómo debe utilizarse esta guía?

Su aplicación favorece la evaluación y determinación del principio del ISN en casos concretos, permitiendo que las decisiones judiciales garanticen la protección y satisfacción integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en aquellos casos que puedan implicar la separación de su familia.

La guía incorpora definiciones doctrinarias, normativa nacional e internacional, jurisprudencia de la Corte Suprema y casos prácticos que ejemplifican los diversos elementos que deberán ser considerados y ponderados para evaluar y determinar el ISN en aquellos casos en que este pudiese adoptarse.

Esta guía debe complementarse con la lectura y comprensión de la normativa que a continuación se señala.

Marco normativo

NIVEL NACIONAL
Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia
Ley 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia
Ley 21.302 que Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia
Política de efectivización de derechos de niños, niñas y adolescentes del Poder Judicial

1. Se consideraron, de manera especial, las guías de CIDENI; la elaborada por la Cátedra Santander de la Universidad de Comillas; la guía de los Países Bajos y la guía elaborada por UNICEF y el Consejo de la Judicatura del Ecuador que orienta sobre cómo se debe comprender el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

NIVEL INTERNACIONAL

Convención sobre los Derechos del Niño
Convención Americana sobre Derechos Humanos
Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños
Observación general N° 5 del Comité de los Derechos del Niño sobre “medidas generales de implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño”
Observación general N° 11 del Comité de los Derechos del Niño sobre “los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención”
Observación general N° 12 del Comité de los Derechos del Niño sobre “el derecho del niño a ser escuchado”
Observación general N° 13 del Comité de los Derechos del Niño sobre el “derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”
Observación general N° 14 del Comité de los Derechos del Niño sobre “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”
Observación general N° 20 del Comité de los Derechos del Niño sobre “la implementación de los derechos del niño durante la adolescencia”
Observación general conjunta número 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y número 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional
Observación general conjunta número 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y número 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños y niñas en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno
Opinión Consultiva OC – 17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre “condición jurídica y derechos humanos del niño”

1. ¿Qué es el interés superior del niño y de la niña?

En la legislación nacional, si bien se menciona el ISN en numerosos artículos del Código Civil y en diversas normas relativas a derechos de familia e infancia, no existe una definición sobre qué se debe entender por este principio ni tampoco se establecen directrices respecto de su aplicación. Doctrinariamente, se ha señalado que “El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, definió que el contenido de este principio es la plena satisfacción de los derechos. Así, el ISN cumpliría una función interpretativa y permitiría, según Miguel Cillero, “arbitrar” conflictos jurídicos de derecho, es decir, resolver conflictos entre derechos contemplados en la misma CDN.² El Comité de los Derechos del Niño, al desarrollar el ISN en la Observación general N° 14, afirma que:

El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento, basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la CDN y el desarrollo holístico del niño³.

Para el citado Comité, el ISN constituiría: a) un derecho sustantivo, b) un principio jurídico interpretativo fundamental y c) una norma de procedimiento.

2. Cillero Bruñol, Miguel (1999). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño”, Justicia y Derechos del Niño N°1, UNICEF, Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay.

3. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (CRC/C/ GC/14).

- ▶ a) **Derecho sustantivo:** se refiere a una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte “a un niño o grupo de niños”.
- ▶ b) **Principio jurídico interpretativo fundamental:** implica que, ante diversas interpretaciones posibles, se elegirá aquella que “satisfaga de manera más efectiva el ISN”.
- ▶ c) **Norma de procedimiento:** cuando deba tomarse una decisión que afecte a un niño, niña o adolescente, debe incluirse “una estimación de las posibles repercusiones” que esta tenga en él o ella. Dicha evaluación y determinación requiere de garantías procesales, así como de la mención expresa del modo en que dicha consideración se ha realizado. Este elemento es lo que se denomina como el examen o evaluación global del interés superior.

La Corte Suprema se ha pronunciado sobre el concepto de ISN en diversos fallos, indicando que el interés superior debe estar por sobre otros intereses y que debe considerarse como un principio rector de interpretación y decisión.

- ▶ 1. “Que, por sobre el interés de la progenitora de permanecer junto a sus hijos, se encuentra el interés superior del niño, principio rector de interpretación y de decisión y que, si bien se trata de un concepto jurídico indeterminado, su contenido ha de ser determinado por los jueces en cada caso concreto, debiendo velar de manera permanente por que su decisión sea lo más aconsejable para asegurar la protección de los derechos de los menores y posibilitar la satisfacción de todos los requerimientos de una vida normal orientados al equilibrado y sano desarrollo de su personalidad en un ambiente de afecto, de contención y de formación integral” (Corte Suprema, sentencia de 23 de marzo de 2011, Rol N° 9.922-10).
- ▶ 2. “Que en estas materias cabe considerar como una regla de interpretación el interés superior del niño y, aun cuando el concepto es jurídicamente indeterminado, puede afirmarse que alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores niños, niñas y adolescentes, y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida orientados a asegurar el libre y sano desarrollo de su personalidad” (Corte Suprema, sentencia de 14 de abril de 2008, Rol N° 1.384-08).
- ▶ 3. “Que, de este modo, aparece evidente que el interés superior del niño no ha sido considerado debidamente, puesto que si bien se hace mención al mismo en el fallo recurrido, los sentenciadores desatienden elementos concretos que debieron evaluarse, en especial sus necesidades en relación con su edad concreta, la situación de trabajo de los padres, su vinculación con estos, y el bienestar que le debe reportar el régimen determinado. En efecto, la satisfacción de sus necesidades y expectativas debe ser maximizada, optimizando sus posibilidades de bienestar” (Corte Suprema, sentencia de 6 de junio de 2016, Rol N° 32.128-15).

La Ley 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia establece en su artículo 7 el concepto de ISN:

El interés superior del niño, niña y adolescente es un derecho, un principio y una norma de procedimiento, que se basa en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que en la toma de decisiones sobre cuestiones que le afecten se considere primordialmente su interés superior, entendido como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías reconocidos en virtud del artículo 1, cuando se evalúen y sopesen los distintos intereses involucrados en el asunto, sea que la decisión deban tomarla autoridades legislativas, judiciales o administrativas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones privadas, padres y/o madres, representantes legales o personas que los tengan legalmente a su cuidado.

Conforme a este principio, ante distintas interpretaciones, siempre se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, niña o adolescente.

Los procedimientos se guiarán por garantías procesales para asegurar la correcta aplicación del interés superior del niño, niña o adolescente, que exige procedimientos transparentes y objetivos que concluyan en decisiones fundamentadas en los elementos considerados para efectivizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados”.

2. ¿Cómo se determina en cada caso el interés superior del niño?

En la Observación general N° 14 se recoge:⁴

“Al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deberían seguir los pasos que figuran a continuación: en primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás. En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho”.

Así, queda en evidencia que son dos pasos los que necesariamente deben seguirse: la evaluación y la determinación, los que son descritos en la citada Observación general N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, en su párrafo 47.

- ▶ La evaluación del interés superior consiste en “valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (de ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño”.
- ▶ La determinación del interés superior es “el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el ISN tomando como base la evaluación del interés superior”.
- ▶ La determinación del mejor interés es un importante método para garantizar la dignidad, la protección y el respeto por los derechos de los niños.

Para esto se han establecido elementos o criterios para evaluar y determinar el ISN en el caso concreto:

A. Comité de los Derechos del Niño (Observación general N° 14 sobre el ISN)

- a) La opinión del niño
- b) La identidad del niño
- c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones
- d) Cuidado, protección y seguridad del niño
- e) Situación de vulnerabilidad
- f) El derecho del niño a la salud
- g) El derecho del niño a la educación

B. Ley sobre Garantías y Protección Integral (artículo 7)

La Ley sobre Garantías estableció en el artículo 7 la definición de ISN y además señaló que, para su determinación, se deberán considerar las circunstancias específicas de cada niño, niña o adolescente o grupo de niños, niñas o adolescentes indicando las siguientes:

4. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrafo 46 (CRC/C/ GC/14).

- a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad
- b) La opinión que el niño, niña o adolescente exprese, cuando ello sea posible conforme a su edad, grado de desarrollo, madurez y/o su estado afectivo si no pudiere o no quisiere manifestarla
- c) La opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente
- d) El bienestar físico, mental, espiritual, moral, cultural y social del niño, niña o adolescente
- e) La identidad del niño, niña o adolescente y las necesidades que de ella se derivan, sean estas físicas, emocionales, sociales, culturales o de origen étnico
- f) La autonomía del niño, niña o adolescente y su grado de desarrollo
- g) Cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre el niño, niña o adolescente que haga necesaria una protección reforzada para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos
- h) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño, niña o adolescente considerando su entorno de vida
- i) Otras circunstancias que resulten pertinentes en el caso concreto que se conoce, tales como los efectos probables que la decisión pueda causar en su desarrollo futuro

Teniendo en consideración la Observación general N°14 del Comité de los Derechos del Niño y lo estipulado en el artículo 7 de la Ley sobre Garantías y Protección Integral, el siguiente listado presenta elementos vinculados a diversos ámbitos de la vida y/o circunstancias de los niños, niñas y adolescentes que se deben tener en cuenta para evaluar y determinar el ISN.

Elementos vinculados a la amenaza y riesgo

- Cuidado, protección y seguridad del niño y de la niña
- Circunstancias de abandono o negligencia
- Riesgo, amenazas o perjuicio de derechos actuales o futuros (daño actual o futuro)
- Irreversible efecto del transcurso del tiempo en el desarrollo del niño o de la niña

Elementos vinculados al entorno familiar

- Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones personales
- Verificación de si la medida que se toma permite contacto con hermanos

Elementos vinculados a la realización de derechos

- Opinión del niño, niña o adolescente
- Igualdad y no discriminación
- Salud mental y física
- Acceso a la educación
- Identidad del niño o de la niña

Elementos vinculados a la edad, madurez y desarrollo

- Edad y madurez del niño, niña o adolescente, habilidades y evolución de sus capacidades
- Estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño y niña, así como para minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro
- Preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con las capacidades y circunstancias personales del niño o de la niña

Otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los niños y niñas

La siguiente tabla resume los elementos que esta guía desarrolla en el capítulo 4, vinculándolos a los criterios, elementos y/o circunstancias establecidos en el artículo 7 de la Ley de Garantías y la Observación general N° 14 del Comité de los Derechos del Niño.

GUÍA ISN	ART. 7 LEY 21.430	OBSERVACIÓN GENERAL N° 14
1. Edad y madurez del niño y niña, habilidades y evolución de las capacidades de éste/a	f) La autonomía del niño, niña o adolescente y su grado de desarrollo	Párrafo 48 Edad, madurez, experiencia
2. Necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación en situaciones de vulnerabilidad, es decir, los riesgos que el niño enfrenta y las fuentes de protección, resiliencia, eficiencia y empoderamiento	a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad	e) Situación de vulnerabilidad

<p>3. Irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo</p>	<p>a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad</p>	<p>Mencionado en las garantías procesales como percepción del tiempo</p>
<p>4. Necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño y niña, así como para minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro</p>	<p>a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad</p>	<p>Párrafo 84</p> <p>Las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño.</p>
<p>5. Preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales</p>	<p>f) La autonomía del niño, niña o adolescente y su grado de desarrollo</p>	
<p>6. Opinión del niño y de la niña</p>	<p>b) La opinión que el niño, niña o adolescente exprese, cuando ello sea posible conforme a su edad, grado de desarrollo, madurez y/o su estado afectivo si no pudiere o no quisiere manifestarla</p>	<p>a) La opinión del niño</p>
<p>7. Identidad del niño y de la niña</p>	<p>e) La identidad del niño, niña o adolescente y las necesidades que de ella se derivan, sean estas físicas, emocionales, sociales, culturales o de origen étnico</p>	<p>b) La identidad del niño</p>
<p>8. Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones personales</p>	<p>c) La opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente</p>	<p>c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones</p>
<p>9. Cuidado, protección y seguridad del niño y de la niña</p>	<p>a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad</p> <p>d) El bienestar físico, mental, espiritual, moral, cultural y social del niño, niña o adolescente</p>	<p>d) Cuidado, protección y seguridad del niño</p>

<p>10. Garantización y protección de la salud mental y física</p>	<p>a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad</p> <p>d) El bienestar físico y mental [...] del niño, niña o adolescente</p>	<p>f) El derecho del niño a la salud</p>
<p>11. Garantización y protección del acceso a la educación</p>	<p>a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad</p> <p>d) El bienestar [...] cultural y social del niño, niña o adolescente</p>	<p>g) El derecho del niño a la educación</p>
<p>12. Riesgo o amenaza a derechos actuales o futuros o perjuicios (daño actual o futuro)</p>	<p>a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad</p> <p>d) El bienestar físico, mental, espiritual, moral, cultural y social del niño, niña o adolescente</p>	<p>Párrafo 63</p> <p>La separación ha de barajarse solo en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del niño o un riesgo para la seguridad del niño.</p> <p>Párrafo 74</p> <p>Aplicar el enfoque del ISN en el proceso de toma de decisiones, entraña evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento; sin embargo, el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño.</p>
<p>13. Circunstancias de abandono o negligencia</p>	<p>g) Cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre el niño, niña o adolescente que haga necesaria una protección reforzada para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos</p>	<p>Párrafo 63</p> <p>La separación ha de barajarse solo en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del niño o un riesgo para la seguridad del niño.</p>

<p>14. Verificación de si la medida que se toma permite contacto con hermanos</p>	<p>a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad</p>	<p>c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones</p> <p>Párrafo 65</p> <p>Cuando la separación sea necesaria, los responsables de la toma de decisiones velarán por que el niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (hermanos, familiares y personas con las que el niño haya tenido una relación personal estrecha), a menos que ello contravenga el ISN. Cuando se separa a un niño de su familia, en las decisiones que se adopten acerca de la periodicidad y la duración de las visitas y otras formas de contacto, deben tenerse en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad de conservarlas.</p>
<p>15. Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los niños y niñas</p>	<p>i) Otras circunstancias que resulten pertinentes en el caso concreto que se conoce, tales como los efectos probables que la decisión pueda causar en su desarrollo futuro.</p>	<p>Párrafo 50</p> <p>El carácter no exhaustivo de los elementos de la lista significa que es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños concreto.</p>

3. Principios para la adopción de medidas de protección

La determinación del ISN, teniendo en cuenta los elementos pertinentes antes expuestos, debe atenerse a la Convención sobre los Derechos del Niño según los principios de proporcionalidad y necesidad.

Cuando se trata de tomar una medida que establezca límites al ejercicio de una libertad o derecho, hay que valorar si se respeta el principio de proporcionalidad en sentido amplio. La proporcionalidad, así entendida, está integrada por el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

- ▶ **Principio de legalidad de las medidas de protección:** el órgano llamado a aplicar la medida de protección debe atenerse estrictamente a los términos que ameritan su procedencia (hipótesis de hecho), a fin de evitar su uso discrecional, considerando que se está restringiendo el derecho a la vida familiar del niño, niña y adolescente.

- ▶ **Principio de proporcionalidad:** exige que haya una relación razonable entre el fin perseguido y el medio elegido, y que la medida de separación del niño, niña o adolescente de su familia no genere de forma evidente más perjuicios que beneficios en el conjunto de derechos e intereses en juego. Que no restrinja, en la mayor medida posible, otros derechos de los propios niños, niñas y adolescentes y de sus familiares.⁵
- ▶ **Principio de necesidad (subsidiariedad o excepcionalidad):** significa que no hay medidas alternativas a la que se toma para lograr el objetivo con igual eficacia, es decir, la medida de separación del niño, niña o adolescente de su familia es indispensable para alcanzar el objetivo propuesto, ya que no existen otros medios menos lesivos.
- ▶ **Principio de idoneidad:** significa que la medida adoptada sea la adecuada respecto del fin de protección que se persigue. Exige evaluar el medio utilizado en relación con la finalidad perseguida en el caso concreto, revisando si este es o no el medio adecuado.
- ▶ **Principio de temporalidad:** la medida de separación del niño, niña o adolescente de su familia debe establecerse en un periodo breve y determinado de duración, atendiendo al fin que se busca lograr con su aplicación. A su vez, el principio de temporalidad importa que esta medida de separación deba suspenderse en cuanto la situación de vulneración o de amenaza haya cesado. Por último, el principio de temporalidad permite que, en caso de ser estrictamente necesario, la medida de protección pueda prorrogarse, si y solo si, se justifica su prolongación en base a una revisión estricta de las circunstancias de hecho vigentes y de la conducencia de tal renovación.
- ▶ **Principio de diligencia excepcional:** “consiste en que la autoridad pública y todo órgano, servicio e institución que conforme el sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes debe actuar con un cuidado superior al ordinario al acometer las funciones que dicho sistema le confiere”.⁶

En este orden de cosas, deben maximizarse aquellas medidas que permiten intervenir la vida personal y familiar de los niños, niñas y adolescentes y sus familias, por medios estrictamente proporcionales (menos invasivos). Cuando la gravedad del caso lo amerite, y solo luego de una justificación estricta en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, se debiera recurrir a medidas excepcionales, que impliquen la separación de los niños, niñas y adolescentes de sus familias. Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando la gravedad de la circunstancia de hecho habilite la separación de la familia, el sistema de protección debiera seguir teniendo en cuenta los principios señalados. Esto importará que deban preferirse, salvo excepciones calificadas fundadas en el ISN, medidas que fortalezcan el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la vida familiar (acogimiento familiar), en perjuicio de aquellas medidas de acogimiento residencial.

5. El Tribunal Constitucional de Chile se ha pronunciado al respecto indicando que: DECIMOCTAVO. Que el principio de proporcionalidad citado por el requerimiento como infringido en esta disposición legal, se ha tornado relevante en materia de resguardo de los derechos fundamentales. La doctrina española ha referido que un acto o ley puede reputarse proporcional, y por ende válido, si copulativamente se cumplen tres condiciones: 1) que la intervención de la autoridad sea adecuada para alcanzar el fin que se propone; 2) que sea necesaria y no tenga una alternativa menos gravosa para el interesado, y 3) que no sea un sacrificio excesivo del derecho o interés sobre el que se produce la intervención. El principio de proporcionalidad es uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho. Se le denomina también "principio de máxima razonabilidad" (TC, Rol N° 2.743-2014, 3 de marzo de 2016).

6. Espejo Yaksic, Nicolás y Lathrop Gómez, Fabiola (2015). Hacia un rediseño normativo del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes para Chile, pág. 49. Santiago: UNICEF.

4. Elementos para evaluar el interés superior que se deben considerar para adoptar la medida de separación del niño, niña o adolescente de su familia (casos de medidas de protección especialmente vinculadas al cuidado alternativo)

Conforme a lo dispuesto por la Observación general N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, la determinación del ISN implica un ejercicio que debe verificarse en cada una de las etapas de los procesos que involucra la adopción de una medida de protección y, especialmente, cuando dicha medida puede derivar en la separación de los niños, niñas y adolescentes de sus familias. Por ello, los elementos que a continuación se desarrollan constituyen aspectos que los Tribunales de Familia deben necesariamente considerar, a efectos que la evaluación de este principio sea consistente con los estándares nacionales e internacionales que rigen la materia.

4.1 Antecedentes psicosociales

Existen diversas modalidades para determinar los factores relevantes que deben contener los expedientes que permitan una toma de decisión fundamentada en relación con los grados de protección o desprotección de niños, niñas y adolescentes. Se proponen cinco ámbitos sobre los que debiera existir información suficiente en los expedientes, la que se obtendrá con diferentes metodologías (entrevistas, test estandarizados, observación, análisis de antecedentes, etc.) que deberán estar claramente identificadas.

1. **Capacidades de los padres/madres o cuidadores/as:** debe considerarse la etapa del curso de vida en la que se encuentra el niño, niña o adolescente, y el nivel de dependencia/autonomía que mantenga respecto a los adultos.
2. **Daño o impacto biopsicosocial en el niño, niña y adolescente:** deben presentarse los antecedentes de la experiencia de sufrimiento y daño psicoemocional del niño, niña o adolescente, y también información objetiva sobre su quehacer cotidiano, comportamiento, estado de salud y físico.
3. **Características de la situación de vulneración de derechos:** refiere a los hechos que se configuran en una situación de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, así como a sus circunstancias y frecuencia. De esta forma, será posible diferenciar el tipo de maltrato o experiencia de vulneración del resto de las variables aquí propuestas, evitando clasificarlas de forma generalizada y sin tomar en cuenta las particularidades de cada situación.
4. **Elementos contextuales del niño, niña o adolescente y la familia o adultos responsables del cuidado:** se visualiza como una variable estructural, al considerar elementos derivados de las condiciones socioeconómicas y culturales del niño, niña, adolescente y su familia, cuya modificación, por lo tanto, no depende directamente de las capacidades de los padres o cuidadores. Aquello significa que, si bien las variables contextuales pudiesen influir en las condiciones de protección/desprotección de un niño, niña o adolescente, por sí solas no constituyen un elemento crítico o decisivo a la hora de la evaluación, valoración y toma de decisión respecto a una situación de desprotección. Se establece esta variable a fin de ser considerada en los procesos de diagnóstico y evaluación de cada situación, pero sin establecerla como un elemento influyente en la valoración de esta.
5. **Actitud y respuesta de los padres o cuidadores:** la colaboración o el rechazo de los adultos respecto a las vulneraciones de derechos de niños, niñas y adolescentes, así como ante los procesos de evaluación y respuesta que los organismos pertinentes entreguen, es una variable relevante al momento de situar o definir el nivel de protección/desprotección de un niño, niña o adolescente.

Antes de explicar el significado de cada uno de los elementos que se deben valorar para la evaluación y determinación del ISN, señalando sus aspectos e implicancias más relevantes a partir de lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las diversas Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño, es preciso tener en cuenta cómo estos deben ser aplicados u operacionalizados para determinar el ISN en el caso concreto de un niño, niña o adolescente.

4.2 Operacionalización de la evaluación y determinación del interés superior del niño

- ▶ Estos elementos deberán ser considerados, uno a uno, por aquellos profesionales que tomarán una decisión relacionada con un niño, debiendo ponderar qué peso se debe dar a cada uno de ellos en la situación particular de éste, cuáles aspectos de los elementos importan más en la decisión concreta y determinar cuál es el ISN a la vista de todas las circunstancias.
- ▶ Es preciso que los tribunales puedan **utilizar estos elementos desde el inicio, intencionando la obtención de la prueba**, es decir, al solicitar informes diagnósticos debiesen tener a la vista cuáles de estos elementos son pertinentes y deben ser considerados en el caso concreto por las entidades a cargo de realizar la evaluación del niño, niña o adolescente y de su familia o de quienes están a su cuidado.
- ▶ Una vez identificados esos elementos e integrados a la información con la que contará el juez, este deberá ponderarlos y así determinar el interés superior en el caso concreto.

Cuadro resumen de las etapas y su operacionalización

ETAPAS	OPERACIONALIZACIÓN
<p>I. EVALUACIÓN DE LA INFORMACIÓN INICIAL</p>	<p>Al iniciarse el procedimiento de protección es necesario evaluar la información recibida (denuncia de colegio, de OPD, de familiar, etc.) verificando la verosimilitud del derecho invocado y si existe peligro de que la demora en la tramitación pudiese implicar riesgo para el niño, niña o adolescente. Tratándose, además, de una situación urgente, el juez o jueza podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes.</p>
<p>II. AUDIENCIA PREPARATORIA</p>	<p>En esta instancia el juez o jueza deberá examinar los elementos e identificar cuáles de estos son atinentes para, en caso de no haberse pedido, solicitar a las instituciones correspondientes información sobre dichos elementos en el caso concreto.</p> <p>Es importante que tanto el objeto del juicio como los hechos a probar que se determinarán en la audiencia preparatoria, se señalen a la luz de los elementos identificados como pertinentes de evaluar en el caso concreto.</p>
<p>III. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS EN BASE A LA INFORMACIÓN RECABADA</p>	<p>Una vez recibidos los informes en el tribunal es importante ponderar que estos cumplan lo solicitado por este último y contengan la información necesaria. En caso de que no sea así, el tribunal debe requerir las aclaraciones o correcciones necesarias o, bien, mayores antecedentes.</p>
<p>IV. PONDERACIÓN DE LOS ELEMENTOS</p>	<p>El juez o la jueza, con la ayuda del consejo técnico, evaluará y ponderará la información recabada a la luz de los elementos identificados con enfoque de derechos.</p>

V. ADOPCIÓN DE LA DECISIÓN	El juez o la jueza determinará cuál es el ISN en ese caso concreto y adoptará la decisión que lo satisfaga de manera más efectiva.
VI. JUSTIFICACIÓN Y REDACCIÓN DE LA SENTENCIA O ACTA	El juez o la jueza fundamentará la decisión indicando qué elementos consideró, evaluó y cómo los ponderó para determinar el ISN, explicitando el peso que le dio a cada uno de los elementos identificados como pertinentes en el caso.
VII. ETAPA DE CUMPLIMIENTO	<p>Cuando la causa está en etapa de cumplimiento la revisión de la internación debe hacerse en audiencia, considerando los elementos del ISN que justificaron el acogimiento, la dinámica de la intervención y la opinión del niño, niña o adolescente. Los informes de cumplimiento deben ser ponderados a la luz de la decisión de internación.</p> <p>La adopción de la decisión de renovar o no la medida que implica la institucionalización, deberá evaluar y determinar el ISN a la luz de los elementos pertinentes ajustados a la situación actual del niño, niña o adolescente.</p>

Cuadro resumen de los pasos para identificar los elementos

PASO 1	Identificar cuáles de estos elementos o criterios orientadores son pertinentes en el caso específico.
PASO 2	Una vez identificados estos elementos, deben ser investigados y analizados en el caso particular.
PASO 3	Teniendo a la vista los hechos, el diagnóstico y la información solicitada, estos elementos deberán ponderarse a la luz del caso.
PASO 4	Velar durante el proceso y verificar el cumplimiento de las garantías procesales.
PASO 5	Una vez realizada la ponderación de los distintos elementos aplicados al caso concreto, se deberá determinar cuál es de manera concreta el interés superior del niño, niña o adolescente del caso para finalmente adoptar la decisión que se ajuste al mismo.

4.3 Elementos para evaluar el interés superior del niño vinculados a diversos aspectos que deben ser considerados

4.3.1 AMENAZA, RIESGO Y PERJUICIO

a) Cuidado, protección y seguridad del niño y de la niña

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a oportunidades de supervivencia, crecimiento y desarrollo en un contexto de bienestar físico, emocional y social.

El desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Para que este desarrollo sea completo, el niño debe estar cuidado y protegido. Se deben priorizar todas aquellas medidas que permitan que este cuente con cuidado, protección y seguridad antes de adoptar la medida de separación.

- ▶ **Medidas de apoyo a padres y cuidadores:** la realización de los derechos del niño depende, en gran medida, del bienestar y de los recursos de que dispongan quienes tienen la responsabilidad de su cuidado. Es necesario reconocer estas interdependencias y que así la decisión considere medidas de apoyo a los padres, representantes legales y otros cuidadores.
- ▶ **El cuidado emocional:** es una necesidad básica de los niños, niñas y adolescentes. Si los padres o tutores no satisfacen estas necesidades, se deben tomar medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros desde una edad muy temprana.
- ▶ **Protección:** la decisión debe asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar.⁷
- ▶ **La seguridad:** el niño, niña y adolescente tiene derecho a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, el acoso o abuso sexual, la intimidación y los tratos degradantes, así como contra la explotación sexual, económica y otras formas de explotación.
- ▶ **El derecho a un nivel de vida adecuado:** los niños deben tener acceso a un nivel de vida acorde con su desarrollo físico, mental y moral.⁸ Un entorno de violencia o una situación de pobreza absoluta no garantizan un nivel de vida adecuado.
- ▶ **El bienestar psicosocial:** las personas menores de edad, especialmente los adolescentes, deben tener niveles adecuados de bienestar psicosocial para garantizar su estabilidad y desarrollo.
- ▶ **Proyecciones afectivas, temporales y materiales:** es necesario integrar al análisis proyecciones afectivas de cómo es y cómo sería la realidad del niño, niña o adolescente si fuese separado de sus padres o si no lo fuese.

b) Circunstancias de abandono o negligencia

- ▶ **Es necesario verificar si existe efectivamente descuido o trato negligente.** Se entiende por descuido no atender las necesidades físicas y psicológicas del niño, niña o adolescente, no protegerlo del peligro y no proporcionarle servicios médicos, de inscripción del nacimiento y de otro tipo cuando las personas responsables de su atención tienen los medios, el conocimiento y el acceso a los servicios necesarios para ello. El concepto incluye: a) El descuido físico, que ocurre cuando no se protege al niño del daño, entre otras cosas por no vigilarlo, o se desatienden sus necesidades básicas, por

7. Artículo 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

8. Artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

ejemplo, de alimentación, vivienda y vestuario adecuados, atención médica básica; b) El descuido psicológico o emocional, que consiste, entre otras cosas, en la falta de apoyo emocional y de amor, la desatención crónica del niño, la “indisponibilidad psicológica” de los cuidadores que no tienen en cuenta las señales emitidas por los niños de corta edad, y la exposición a la violencia y al uso indebido de drogas o de alcohol de la pareja sentimental; c) El descuido de la salud física o mental del niño, al no proporcionarle la atención médica necesaria; d) El descuido educativo, cuando se incumplen las leyes que obligan a los cuidadores a asegurar la educación de sus hijos mediante la asistencia escolar o de otro modo, y e) El abandono, práctica que suscita gran preocupación y que en algunas sociedades puede afectar desproporcionadamente a los niños nacidos fuera del matrimonio y a aquellos con discapacidad, entre otros (Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 13).

- ▶ **Capacidad de los padres de satisfacer derechos del niño en el ámbito afectivo.** Para determinar la circunstancia de negligencia grave se requiere evaluar la capacidad de los padres o familiares a cargo del niño, niña o adolescente, comprobando si existen habilidades parentales para su cuidado y, de ser estas insuficientes, definir cuán grave esto es para la protección, seguridad y cuidado del niño.

c) Riesgo, amenazas o perjuicio de derechos actuales o futuros

Al evaluarse el caso concreto, es preciso considerar si la medida de separación del niño, niña o adolescente de su familia es conducente a la protección frente a un daño actual o futuro, o bien, si el no adoptar la medida deriva en un riesgo o amenaza de derechos actuales, futuros o ulteriores perjuicios.

Asimismo, deben considerarse los derechos actuales y futuros del niño, su seguridad e integridad, así como los efectos probables que la actuación o decisión pueda causarle en su desarrollo futuro, sea directa o indirectamente.

d) Irreversible efecto del transcurso del tiempo en el desarrollo del niño o de la niña

- ▶ **La percepción del tiempo:** los niños y las niñas y los adultos no perciben el tiempo de la misma manera, por ello, la demora en la toma de decisiones puede tener efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por esto es necesario dar prioridad a los procedimientos que los afectan y finalizarlos en el menor tiempo posible.
- ▶ **Duración de la medida:** es preciso considerar que el periodo de tiempo que durará la medida sea acotado y breve, además de estimar el tiempo de duración de la medida de separación en relación con la percepción del niño: un año puede significar la mitad de la vida de un niño.
- ▶ **Revisión periódica de la medida:** se debe revisar la medida de separación del niño, niña o adolescente de su familia periódicamente, para: a) verificar si él o ella se encuentra bien y no ha sido víctima de vulneraciones al interior de la residencia o en la familia de acogida; b) revisar si ha existido un cambio de circunstancias y c) constatar si los planes de intervención se han llevado a cabo con el niño y/o su familia.
- ▶ **Celeridad y debida diligencia en los procedimientos:** debe existir celeridad en los procedimientos y en la toma de decisiones precisamente porque el tiempo transcurre de una manera diferente en los niños que en los adultos y los tiempos de internación pueden tener consecuencias graves que afectan el desarrollo de habilidades en las distintas etapas del curso de vida. La institucionalización impacta la consolidación de los vínculos familiares que se van estableciendo en las experiencias cotidianas, perjudica el desarrollo de habilidades sociales y limita la autonomía y otros derechos.

4.3.2. ENTORNO FAMILIAR

a) *Preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones personales*

Los niños, niñas y adolescentes separados de sus familias son especialmente vulnerables a la explotación y los malos tratos. Las medidas de intervención que se decidan deberán priorizar mantenerlos en su entorno familiar, ofreciendo apoyo al mismo como alternativa a la separación.

- ▶ **La familia como entorno de seguridad:** la familia se considera como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y, en particular, de los niños.⁹
- ▶ **La separación del niño de su familia siempre debe ser el último recurso y, en lo posible, ser temporal:** solo deberá consumarse cuando sea la mejor opción para el niño, niña o adolescente, habiendo contemplado todas las opciones posibles, y escuchado a todas las partes, incluyéndole. “Al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados ante todo a lograr que el niño permanezca o vuelva a estar bajo el cuidado de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos.”¹⁰
- ▶ **Se deben evaluar los lazos emocionales y afecto en su entorno familiar y con el eventual entorno de cuidado, como asimismo los lazos comunitarios que el niño, niña o adolescente pueda tener:** es necesario revisar cómo se vincula afectivamente con los padres o cuidadores, el apego que tiene con ellos y cómo los padres se vinculan con el niño, niña o adolescente.
- ▶ **El entorno familiar libre de violencia:**¹¹ la educación y crianza que entreguen los padres y/o cuidadores a los niños y niñas no pueden estar basadas en la utilización de castigos corporales¹² u otro tipo de trato degradante, aunque estén justificados por la tradición, la religión o por la propia experiencia de vida de los padres. La crianza del niño en un entorno respetuoso y propicio, exento de violencia, contribuye a fortalecer su autoestima y fomenta el desarrollo de ciudadanos sociales y responsables que participan activamente en la comunidad local y en la sociedad en general.
- ▶ **El mantenimiento de las relaciones familiares:** en el caso de que el niño, niña o adolescente sea separado de su familia, se deberá hacer todo lo posible para que mantenga contacto con ella y su entorno cercano; dicho contacto debiese darse de manera directa y regular, siempre que éste no afecte su interés superior.
- ▶ **La internación en una Institución de Protección:** la atención en un establecimiento debe ser, en la medida de lo posible, solo una solución de última instancia. “Los centros de acogimiento residencial deberían ser pequeños y estar organizados en función de los derechos y las necesidades del niño, en un entorno lo más semejante posible a una familia o grupo reducido.”¹³

b) *Verificación de si la medida que se toma permite contacto con hermanos*

Al evaluarse la aplicación de la medida de separación del niño, niña o adolescente de su familia se debe conocer la situación de los hermanos y revisar si es posible que estos mantengan el contacto pese a la separación, a menos que dicho contacto afecte el interés superior del niño, niña o adolescente respecto del cual se adoptará la medida de separación.

9. Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

10. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de Naciones Unidas (2010), II. Principios y orientaciones generales, A. El niño y la familia, punto 3 (A/RES/64/142).

11. Ver Observación general N° 13 (2011), Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (CRC/C/GC/13).

12. Ver Observación general N° 8 (2006), Derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (CRC/C/GC/8).

13. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de Naciones Unidas (2010), párrafo 123 (A/RES/64/142).

Una vez adoptada la medida de separación es preciso tener en consideración que los hermanos que mantienen vínculos fraternos, en principio, no deberían ser separados para confiarlos a distintos entornos de acogimiento alternativo, a menos que exista un riesgo evidente de abuso u otra justificación que responda al ISN. En cualquier caso, habría que hacer todo lo posible para que los hermanos puedan mantener el contacto entre sí, a no ser que ello fuera contrario a sus deseos o intereses.¹⁴ Asimismo, la planificación del acogimiento y de la permanencia debería basarse principalmente en: la naturaleza y la calidad de los vínculos del niño con su familia; la capacidad de la familia para salvaguardar el bienestar y el desarrollo armonioso del niño; la necesidad o el deseo del niño de sentirse parte de una familia; la conveniencia de que el niño no salga del ámbito de su comunidad o su país; sus antecedentes culturales, lingüísticos y religiosos; y sus relaciones con sus hermanos, a fin de evitar separarlos.¹⁵

4.3.3 REALIZACIÓN DE DERECHOS

a) Opinión del niño, niña o adolescente ¹⁶

El tribunal debe siempre escuchar al niño, niña o adolescente. El artículo 12 de la Convención establece el derecho a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan; a que esta sea tenida en cuenta en función de su edad y madurez, permitiendo que sea partícipe de la determinación de su interés superior:

- ▶ **Información suficiente y adecuada para formarse una opinión:** los niños, niñas y adolescentes deben recibir la información suficiente y necesaria para formarse ideas e impresiones acerca del asunto sobre el que deben opinar. Esta debe adaptarse a las necesidades lingüísticas, evolutivas o funcionales del niño que lo requiera. Será no solamente relativa al contenido de la decisión, sino al propio derecho a ser escuchado y a sus posibles consecuencias. Los niños y niñas deberían recibir también el asesoramiento necesario para tomar una decisión.
- ▶ **La oportunidad de ser escuchado:** cuando se tome una decisión respecto a un niño, se deberá conceder un momento en el que se facilite su escucha y se le solicite la opinión. La escucha se debe producir en un entorno que no sea intimidatorio, sino accesible y adaptado a sus necesidades. Esta adaptación y escucha son especialmente relevantes en los procesos judiciales. Asimismo, los niños, niñas y adolescentes deben tener recursos a los que apelar cuando no sean efectivamente escuchados.
- ▶ **Juicio propio:** el encargado de tomar la decisión deberá garantizar y promover la capacidad del niño de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, teniendo en cuenta su edad y madurez.
- ▶ **La expresión de la opinión de los niños en situación de vulnerabilidad:** una situación de vulnerabilidad (poblaciones prioritarias como niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad o migratoria, pertenecientes a pueblos indígenas, niños pequeños, etc.) no debe ser un impedimento para que él o ella exprese su opinión. De hecho, en estos casos se deben adoptar todas las medidas concretas necesarias para garantizar el ejercicio de este derecho a todos los niños.
- ▶ **Los peritajes o informes psicosociales no reemplazan la opinión del niño, niña o adolescente:** los peritajes o informes sociales cumplen una finalidad totalmente distinta al ejercicio del derecho a ser oído, es por ello que el tribunal debe escuchar siempre su opinión.

b) Igualdad y no discriminación

Es fundamental que, a la hora de adoptar la medida de separación del niño, niña o adolescente de su familia en razón del ISN, se tenga en cuenta si se encuentra en alguna situación de vulnerabilidad o pertenece a algún colectivo particularmente frágil que requiera especial consideración, como es el caso de los niños y niñas indígenas, en situación migratoria, en situación de discapacidad o diversos en su género y sexualidad.

14. Directriz 17 de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños.

15. Directriz 62 de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños.

16. Ver Observación general N° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12).

Además de considerar esa circunstancia singular, es necesario asegurar que en el proceso de determinación del ISN no se los discrimine por, precisamente, su situación de vulnerabilidad, por ejemplo, por pobreza. El derecho a la no discriminación exige no solo la prohibición de toda forma de discriminación, sino que obliga a tomar medidas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos reconocidos en la CDN. Además, en los casos de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, este derecho no debe referirse solo al disfrute de lo estipulado en la CDN, sino también en otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas.

Algunos aspectos que es necesario tener en cuenta para determinar este elemento son:

- ▶ **La situación de vulnerabilidad no implica igualdad de intereses:** el ISN en una situación concreta de vulnerabilidad de un niño en particular, no será el mismo que el de todos los niños en la misma situación de vulnerabilidad. No porque dos niños pertenezcan a un mismo colectivo necesitarán la misma solución a sus situaciones.
- ▶ **La vulnerabilidad unida al derecho a ser escuchado:** los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación de vulnerabilidad no deben ver limitado su derecho a la participación en las decisiones que atañen a su futuro. Es más, el proceso de participación deberá adaptarse a las necesidades específicas de aquellos/as más vulnerables.
- ▶ **Niñas:** en el caso de las niñas, en la determinación de su interés superior, es importante que los estereotipos de género no perjudiquen el ejercicio de sus derechos ni determinen las decisiones que se tomen sobre su situación presente y futura. Es preciso que la decisión sea tomada con perspectiva de género, considerando condiciones que eviten el maltrato y abuso sexual, ya que existe mayor prevalencia en el caso de ellas.
- ▶ **Niños, niñas y adolescentes indígenas:** la pertenencia a comunidades o pueblos indígenas frecuentemente puede representar un recurso valioso para estructurar programas o intervenciones destinadas a garantizar los derechos y el cuidado de los niños, niñas y adolescentes adecuados a su cultura y condiciones de vida. La evaluación del ISN debe considerar la posibilidad de activar estos factores de protección y socialización.¹⁷
- ▶ **Niños, niñas y adolescentes con discapacidad:**¹⁸ las decisiones que afecten a quienes se encuentren en situación de discapacidad deben tomarse prestándoles la asistencia necesaria para que puedan expresar su opinión, teniendo en cuenta las necesidades específicas de su discapacidad, tanto en el momento de tomar la decisión como en la potencial evolución de la condición que causa la discapacidad.
- ▶ **Niños, niñas y adolescentes en contexto de movilidad humana (migrantes, ya sean niños acompañados o no acompañados o separados de sus familias, refugiados, solicitantes de asilo y víctimas de trata internacional):**¹⁹ la información que se dé y se obtenga de los niños extranjeros deberá hacerse en un lenguaje que comprendan. Es especialmente importante en este punto establecer que el niño, niña o adolescente separado o no acompañado debe tener acceso a los mismos derechos a la educación, salud o trabajo que los niños nacionales, y ejercerlos en pie de igualdad. En el caso de un niño, niña o adolescente separado de su familia, se deberá localizarla e intentar reunirlo lo antes posible con ella. Al evaluar el ISN en estas situaciones, se deberán considerar y ponderar todos los antecedentes y circunstancias de hecho y de derecho que puedan llevar a otorgar el estatuto de refugiado. Frente a cualquier decisión será necesario evaluar a fondo la nacionalidad y crianza del niño, sus antecedentes étnicos, culturales o lingüísticos, así como las necesidades especiales para su protección.
- ▶ **Niños y niñas pequeños:** estos son especialmente vulnerables al daño causado por relaciones poco fiables o inestables con padres y cuidadores, o por el hecho de crecer en condiciones de pobreza y privación extremas, rodeados de conflictos y violencia, desplazados de sus hogares en calidad de refugiados, o por cualquier otro cúmulo de adversidades perjudiciales para su bienestar. Un factor que aumenta la vulnerabilidad frente al abuso y la negligencia, la explotación sexual y otras formas de violencia, es la existencia de algún tipo de discapacidad en niños y niñas de corta edad, por consiguiente, debe considerarse

17. Ver Observación general N° 11 (2009), Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención (CRC/C/GC/11).

18. Ver Observación general N° 9 (2006), Los derechos de los niños con discapacidad.

19. Ver Observación general conjunta número 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y número 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional y; Observación general conjunta número 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y número 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

la adopción de medidas efectivas que garanticen el ejercicio de sus derechos. Es necesario el reconocimiento de que los niños pequeños son portadores de todos los derechos consagrados en la CDN y que la primera infancia es un período esencial para su realización. Los niños más pequeños tienen derecho a expresar sus opiniones, las que deberían tenerse debidamente en cuenta en función de su edad y madurez.²⁰ Es por ello que para lograr el derecho a la participación es preciso que los adultos adopten una actitud centrada en el niño pequeño, lo escuchen, respeten su dignidad y sus puntos de vista individuales.

► **Niños, niñas y adolescentes en situación de pobreza:** la pobreza vulnera derechos humanos, es una condición que genera discriminación. Por consiguiente, es necesario tener en cuenta este factor en la evaluación del interés superior del niño y de su familia, entendiendo que **nunca esta será la causal (por sí sola) de separación de su familia**, pero que sí es preciso considerarla como una circunstancia de vulnerabilidad que exige actuaciones directas por parte de la administración para apoyar a los padres o cuidadores, aun con medios económicos, para cumplir con sus responsabilidades parentales.²¹

► **Niños y niñas en situación de calle:**²² la discriminación es uno de los factores por los cuales los niños terminan en situación de calle y es precisamente esta la que los convierte en objetos de discriminación. La discriminación de estos niños supone una mayor exposición al abuso, maltrato o explotación.

► **Adolescentes:** estos constituyen un grupo particularmente vulnerable a toda forma de violencia, abuso, descuido y explotación, especialmente cuando se los considera socialmente marginados y afectados por la pobreza como delincuentes. Además, son también más vulnerables a la violencia institucional y a la violencia interpersonal, incluso entre pares.

*c) Salud física y mental*²³

- **Acceso a tratamientos médicos:**²⁴ los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y a tener acceso a servicios médicos y de rehabilitación. Si hay más de una posibilidad para tratar una enfermedad o si el resultado de un tratamiento es incierto, se deben sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles y de los eventuales riesgos y efectos secundarios, y tenerse en cuenta la opinión del niño y permitir, cuando sea posible, su consentimiento.
- **La salud de los adolescentes:**²⁵ estos tienen derecho a acceder a información para que puedan elegir comportamientos de salud adecuados respecto del uso y abuso del tabaco, alcohol y otras sustancias, las dietas, la salud sexual y reproductiva, así como la prevención de embarazos no deseados, VIH/SIDA.
- **Trastornos psicosociales:** los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser tratados y atendidos en la comunidad en la que viven, en la medida de lo posible. Si requiriesen hospitalización o internamiento en un centro, deberá siempre evaluarse su interés superior y respetarse su opinión. En caso de ingreso en un hospital o centro de salud mental, debe concederse al paciente el máximo posible de oportunidades para disfrutar de todos sus derechos, incluidos la educación, las relaciones familiares y emocionales. En estos centros los adolescentes estarán separados de los adultos.
- **Niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad:**²⁶ la atención, en la medida de lo posible, deben recibirla en su propia familia, prestándole a esta y al niño todo el apoyo necesario para ello. Deben adaptarse también todos servicios e instalaciones para su participación en la comunidad y el ejercicio de sus derechos. Los servicios de salud dirigidos a este colectivo que se requieran deben tratarse en el mismo sistema de salud pública que atiende a los niños que no tienen discapacidad. La intervención temprana y el acceso a dispositivos necesarios para el desarrollo de las

20. Ver Observación general N° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12) y Observación general N° 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia (CRC/C/GC/7).

21. Artículo 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

22. Ver Observación general N° 21 (2017) sobre los niños de la calle (CRC/C/GC/21).

23. Ver Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24) (CRC/C/GC/15).

24. Art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

25. Ver Observación general N° 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC/GC/2003/4) y Observación general N° 3 (2003), El VIH/SIDA y los derechos del niño (CRC/GC/2003/3).

26. Ver Observación general N° 9 (2006) Los derechos de los niños con discapacidad.

posibilidades funcionales de estos niños serán prioritarios en el tratamiento.

- ▶ **Información sobre los tratamientos médicos y derecho a ser oído:**²⁷ todo niño, niña y adolescente tiene derecho a recibir información sobre su enfermedad y la forma en que se realizará su tratamiento, adaptada a su edad, desarrollo mental y estado afectivo y psicológico. Sin perjuicio de las facultades de los padres o del representante legal para otorgar el consentimiento en materia de salud en representación de los menores de edad competentes, todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser oído respecto de los tratamientos que se le aplican y a optar entre las alternativas que éstos otorguen, según la situación lo permita, tomando en consideración su edad, madurez, desarrollo mental y su estado afectivo y psicológico. Deberá dejarse constancia de que el niño, niña o adolescente ha sido informado y se le ha oído.
- ▶ **Adolescentes embarazadas:** las madres adolescentes deben recibir apoyo para evitar que caigan en depresión y ansiedad, lo que pone en peligro su bienestar y la capacidad para cuidar de su hijo. Es necesario además asegurarse que puedan seguir con su educación. Deben considerarse residencias que reciban a la adolescente junto con su hijo o hija una vez nacido(a) evitando la separación del niño(a) de su madre a menos que no sea aconsejable para el interés superior tanto de la madre menor de edad como del hijo(a) o bien que la madre haya expresado no querer estar en la misma institución junto a su hijo(a).
- ▶ **Atención prenatal y postnatal:** se deberá prestar este tipo de atención a madres y niños o niñas en etapa de lactancia a fin de fomentar las relaciones saludables con la familia y especialmente con la madre.
- ▶ **Niños y niñas explotados sexualmente:** estos se encuentran expuestos a importantes riesgos de salud. Tienen derecho a la recuperación física y psicológica y a la reinserción social en un entorno que fomente su salud, el respeto a sí mismo y su dignidad.

d) Acceso a la educación

Todas las decisiones sobre las medidas e iniciativas relacionadas con un niño en particular o un grupo de niños deben respetar su interés superior con respecto a la educación.

El acceso a educación gratuita y de calidad, incluida la educación en la primera infancia, la no académica y las actividades conexas, redundan en el ISN. Se debe privilegiar mantener al niño, niña o adolescente en la misma institución escolar en caso de que este así lo prefiera.

- ▶ **Educación como preparación para la vida:** la educación no comprenderá únicamente la alfabetización y aritmética elementales, sino también la preparación para la vida activa, como la capacidad de tomar decisiones ponderadas, resolver conflictos de forma no violenta, llevar una vida sana, tener relaciones sociales satisfactorias, asumir responsabilidades, desarrollar el sentido crítico, las dotes creativas, etc.
- ▶ **La enseñanza adaptada a las necesidades y particularidades del niño:** el objetivo principal de la educación es el desarrollo de la personalidad de cada niño, de sus dotes naturales y capacidad, reconociendo sus características, intereses, y necesidades únicas. El programa de estudios debe, por tanto, tener una relación directa con el marco social, cultural, ambiental y económico del niño y sus necesidades presentes y futuras, teniendo en cuenta la evolución de sus capacidades.
- ▶ **Discriminación en la escuela:** la discriminación no debe producirse ni en el acceso de los niños, niñas y adolescentes a la educación (como sucede con aquellos con discapacidad, niños extranjeros no acompañados, etc.) ni en los contenidos de la misma. La medida de protección debe considerar situaciones de discriminación en el ámbito escolar.
- ▶ **Educación en la primera infancia:**²⁸ esta es trascendental para el desarrollo, y se establece este derecho desde el

27. Arts. 10 y 14 inciso 5 de la Ley 20.584, sobre los Derechos y Deberes de los Pacientes.

28. Ver Observación general N° 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia (CRC/C/GC/7)

nacimiento. La Convención reconoce, en su artículo 28, el derecho del niño a la educación y estipula que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y gratuita para todos. El derecho a la educación durante la primera infancia comienza en el nacimiento y está estrechamente vinculado al derecho del niño pequeño al máximo desarrollo posible.

- ▶ **Padres (o representantes legales) como principales educadores:** los padres son los primeros educadores y se espera de ellos que proporcionen dirección y orientación adecuadas a los niños y niñas pequeños en el ejercicio de sus derechos. Se deben alentar prácticas de crianza centradas en el niño, que fomenten la seguridad, la afectividad y el respeto, así como aquellas que permitan desarrollar la comprensión, la autoestima y la confianza en sí mismos.
- ▶ **Educación y niños con discapacidad:** los niños con discapacidad tienen el mismo derecho a una educación de calidad, adaptada a sus necesidades y particularidades, que fomente su autoestima y autosuficiencia. Para ellos es esencial la atención en la primera infancia y su educación debe ser inclusiva dentro del sistema escolar general.

e) Identidad

Los niños, niñas y adolescentes no son un grupo homogéneo, por lo que la diversidad es esencial en la evaluación del interés superior. Aunque todos ellos comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades.

La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad.

El término identidad proviene del vocablo en latín *identitas*, que refiere al grupo de rasgos y características que diferencia a un individuo o grupo de individuos del resto. Es a partir de dicho concepto que las personas logran distinguirse del resto y este depende de la cosmovisión e historia propia y del contexto en el que se vive.

- ▶ **La identidad religiosa y cultural:** los niños, niñas y adolescentes tienen libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, por lo que podrán profesar o no la propia religión, o cambiar de confesión, si lo desean. En relación con este aspecto identitario, al considerar la colocación en hogares de acogida o residencias, se tendrá en cuenta que haya continuidad en la educación cultural y religiosa. Sin embargo, a pesar de preservar la identidad cultural y religiosa nunca se tolerarán las prácticas que contravengan los derechos establecidos en la CDN. Y la identidad cultural no puede, en ningún caso, excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen dichas prácticas dañinas.
- ▶ **Niños, niñas y adolescentes indígenas:** “la aplicación del ISN requiere particular atención en el caso de los niños indígenas. El Comité señala que el ISN se concibe como un derecho colectivo y no como un derecho individual, y que la aplicación de ese derecho exige que se examine ese derecho con los derechos culturales colectivos”.²⁹ Las decisiones que se tomen en relación con los niños y niñas indígenas deben considerar la mantención de vínculos con su cultura y su colectivo, respetando el uso del idioma.
- ▶ **Niñas:** estas tienen especial necesidad de protección ante la discriminación de género que pueden llegar a sufrir por el hecho de ser, precisamente, niñas. Es importante tener en cuenta las características propias evolutivas de las niñas a la hora de evaluar su interés superior. Deben también tomarse en cuenta las posibles prácticas culturales adversas que puedan enfrentar por ser niñas.
- ▶ **Diversidad:** los niños con diversidad afectivo-sexual o diversidad de identidad de género tienen asociada a su identidad una serie de prejuicios y barreras que los convierte en un colectivo especialmente vulnerable. Tener en cuenta esta parte de

29. Ver Observación general N° 11 (2009), Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, párrafo 30 (CRC/C/GC/11).

su identidad es importante para determinar cuál es su interés superior en un momento dado. Los niños tienen derecho a desarrollar su orientación sexual sea esta homosexual, heterosexual u otra. La opinión de los niños transgénero debe ser tenida en cuenta a la hora de tomar decisiones sobre posibles tratamientos médicos asociados a su transición.

4.3.4 EDAD, MADUREZ Y DESARROLLO

a) *Edad y madurez del niño, niña y adolescente, habilidades y evolución de sus capacidades*³⁰

En relación con la edad y madurez del niño y de la niña, la doctrina y las Observaciones generales plantean aspectos claves que deben ser tomados en cuenta.

El Comité de los Derechos del Niño reconoce la creciente autonomía del niño y la necesidad de respetar su gradual adquisición del ejercicio independiente de sus derechos.

- ▶ **Los niños no adquieren competencia sencillamente a consecuencia de la edad, sino más bien mediante la experiencia, la cultura:** el concepto de desarrollo infantil, como de infancia, es, en gran medida, una noción social más que biológica.³¹
- ▶ **El concepto de madurez:** hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto en particular, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. Es importante expresar que los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a la capacidad biológica.
- ▶ **Las capacidades de los niños y niñas evolucionan con el tiempo:** esto implica que las decisiones que se tomen con respecto a ellos deben ser, por un lado, revisables y ajustarse según su proceso de desarrollo y, por otro, deben tomarse en base no solo a las necesidades actuales del niño o de la niña sino teniendo en cuenta su potencial desarrollo a corto y largo plazo.
- ▶ **Las etapas del desarrollo son acumulativas:** cada etapa repercute en las siguientes e influye en la salud, el potencial, los riesgos y las oportunidades del niño, niña o adolescente. Se debe entender la evolución como trayectoria para comprender los efectos de las decisiones sobre su desarrollo ulterior.
- ▶ **La edad no limita el derecho a expresar la opinión:**³² todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar su opinión en las decisiones que les atañen, sin importar su edad y, en todo caso, deberán adaptarse los procesos de escucha. Además, debe plantearse la revisión de las medidas cuando las capacidades para opinar y participar del niño evolucionen.
- ▶ **La evolución y vulnerabilidad de los niños y niñas pequeños:** los primeros años constituyen el periodo de crecimiento, maduración y creación de vínculos emocionales más rápido y decisivo en la vida de los niños; estos años son la base de su salud física y mental, así como de su seguridad emocional, identidad cultural, personal y el desarrollo de sus aptitudes. Son, además, el periodo en el cual se encuentran más vulnerables a la enfermedad, los traumas y las distorsiones o trastornos del desarrollo, y relativamente impotentes para evitar o resistir las dificultades, dependiendo de otros para que les ofrezcan protección y promuevan su interés superior. Es obligación de los Estados defenderlos frente a distintas formas de vulneración de sus derechos, como puede ser el caso de negligencias y abusos, ya que existen pruebas convincentes de que estos tienen una repercusión negativa en el desarrollo y, en el caso de niños muy pequeños, efectos mensurables en los procesos de maduración cerebral. Igual efecto nocivo tiene sobre los niños y niñas pequeños una atención institucional de baja calidad. En materia de separación de la familia, las consecuencias psicosociales son relevantes, afectando principalmente la relación de apego que se establece en los primeros años de vida.

30. Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño. Cátedra Santander.

31. La evolución de las facultades del niño. Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF, Innocenti Insights, N° 11.

32. Ver Observación general N° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12).

- ▶ **Los derechos de los adolescentes:**³³ estos deben tener suficiente información para garantizar, además de su desarrollo, su protección y capacidad para expresar sus opiniones, deseos y creencias. Tienen derecho, también, a la intimidad y confidencialidad, por tanto, la medida de separación debe adoptarse teniendo en cuenta el derecho que tienen los adolescentes a expresar sus opiniones y considerando, especialmente, cuestiones relativas a su educación, salud, sexualidad, mantención de una vida social significativa, el respeto de sus espacios y grupos de pertenencia.
- ▶ **La evolución de las capacidades y facultades de los niños:** las capacidades de los niños y niñas evolucionan con el tiempo, lo que implica que la decisión de separación de su familia debe ser permanentemente revisada, pudiendo ajustarse según se desarrolle el niño o niña. Asimismo, dicha decisión debe tomarse atendiendo no solo sus necesidades actuales, sino también las posibles hipótesis de su desarrollo a corto y largo plazo. Dicha evolución aparece como un principio habilitador, que aborda el proceso de maduración y aprendizaje, por medio del cual los niños y niñas adquieren progresivamente competencias, comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos.

b) Estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño, niña o adolescente

- ▶ **Revisión de las soluciones:** la medida de separación debe ser revisada al igual que las medidas asociadas a la separación (por ejemplo, programas ambulatorios, suspensión de la relación directa y regular con personas significativas, etc.). Los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consonancia con la evolución de las capacidades y necesidades del niño, y deben ser evaluadas en función de la continuidad y la estabilidad de su situación presente y futura.
- ▶ **Minimización de los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro**
- ▶ **Localización de la familia:** cuando el niño ha sido separado de ella, o es un niño no acompañado, es un factor esencial en la búsqueda de una solución duradera y debe ser prioritario, salvo cuando la forma de hacerlo vaya en contra del interés del propio niño o ponga en peligro los derechos fundamentales de las personas que se tratan de localizar.
- ▶ **Integración en el país de acogida de una niña o niño migrante:** es la opción principal si el retorno al país de origen es imposible por razones jurídicas o de hecho. Esta integración pasa por la concesión del permiso de residencia, así como el acceso a todos los derechos que tienen el resto de los niños, prestando especial atención a otras consideraciones a la luz de alguna situación particular de vulnerabilidad.
- ▶ **Debe trabajarse con la familia de origen de manera oportuna y efectiva:** para la estabilización de las soluciones es preciso que exista un efectivo trabajo con la familia de origen, pues mientras más se prolonga la separación, más se dificulta un proceso de revinculación y, con ello, la reunificación familiar.

c) Preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con las capacidades y circunstancias personales

El niño, niña y adolescente debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad.³⁴

- ▶ **La adolescencia como periodo de transición:** se caracteriza por rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida madurez sexual y reproductiva, lo que en ocasiones puede llevar a comportamientos arriesgados para la salud y el desarrollo.

33. Ver Observación general N° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia (CRC/C/GC/20).

34. Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

- ▶ **Es obligación de los responsables del niño o de la niña orientarle para que ejerza libremente sus derechos:** para ello es necesario que se le reconozca como sujeto de derechos con capacidad para ejercerlos de acuerdo con la evolución de sus facultades y, de este modo, transitar hacia una vida plenamente independiente, de manera progresiva, hasta convertirse en ciudadano responsable y de pleno derecho.
- ▶ **Es fundamental empezar la preparación de las aptitudes profesionales a una edad temprana:** evolucionando hasta un programa académico funcional. Esta formación debe extenderse a los niños y niñas con discapacidad.
- ▶ **Adolescentes que se preparan para abandonar el sistema de cuidado alternativo:** estos necesitan ayuda activa para preparar esta transición, tener acceso a empleo, vivienda y apoyo psicológico, participar junto a sus familiares en actividades de rehabilitación cuando redunde en su interés superior. De conformidad con las Directrices de las Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, deberán poder acceder a los servicios sociales, jurídicos y de salud, y apoyo financiero que requieran.

4.3.5 OTROS ELEMENTOS DE PONDERACIÓN QUE, EN EL SUPUESTO CONCRETO, SEAN CONSIDERADOS PERTINENTES Y RESPETEN LOS DERECHOS DE NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES

La lista presentada no es una lista cerrada. Así, cualquier otra circunstancia, característica o necesidad particular sobre la que se deba tomar una decisión que pueda afectar a un niño, niña o adolescente deberá ser tomada en cuenta a la hora de realizar la evaluación y determinación de su interés superior. Por ejemplo, el derecho a una vivienda digna, a un entorno seguro, etc. Es necesario considerar que la pobreza económica o material, o las condiciones que se deben a la pobreza, no debieran ser una causal de separación del niño de su grupo familiar sino, por el contrario, se debiera apoyar a la familia para que pueda ejercer su rol de crianza y protección.

DETERMINACIÓN

Mientras que los elementos señalados servirán para evaluar el ISN, la determinación de dicho interés, teniendo en cuenta estos elementos, deberá seguir una serie de garantías procesales y atenerse a los principios indicados en el capítulo N° 5 de la guía, que se presenta en las próximas páginas.

5. Garantías procesales

Los niños, niñas y adolescentes son acreedores de todos los derechos garantizados en los tratados internacionales de derechos humanos por el solo hecho de ser personas, existiendo la obligación para los Estados de asegurar y garantizar el disfrute de dichos derechos. En efecto, “los derechos de los niños derivan de su condición de personas; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios —nunca sustitutivos— de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas”.³⁵

Adicionalmente, y debido a las particulares características de la infancia y la exigencia de una especial protección, los niños, niñas y adolescentes además de estar amparados por el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos, lo están también por un estatuto normativo especial que regula sus derechos de manera acorde a sus necesidades, estableciendo, además, garantías reforzadas en ciertas situaciones, que debemos denominar *corpus iuris* internacional de los derechos del niño.

A nivel jurisprudencial, se puede señalar que la sentencia del caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros versus Guatemala)³⁶ es un hito, ya que la Corte Interamericana se pronunció por primera vez haciendo expresa mención al concepto de *corpus iuris* internacional de los derechos del niño, tomando como principales textos referentes a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, a la vez que el Comité de los Derechos del Niño desarrolló en las Observaciones generales criterios para la aplicación de la CDN y sus respectivos alcances.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que existiría un marco jurídico común en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en materia de niñez, y agrega que además existiría “interdependencia en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los niños, y que ha sido puesto de manifiesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”.³⁷

Por consiguiente, en materia de garantías procesales, es posible hacer aplicable a los asuntos de infancia todo lo sostenido en los tratados internacionales ratificados por Chile respecto de niños, niñas y adolescentes involucrados en controversias judiciales, ya sea como sujetos de protección por haber sido vulnerados o bien en su calidad de infractores de ley.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 17 del año 2002, señaló: “En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”.³⁸

Por consiguiente, es posible afirmar que, en materia de garantías procesales, la Corte, en el ejercicio de su función consultiva, al desentrañar el sentido y propósito de la Convención Americana de Derechos Humanos, estableció que los niños no solo están amparados por derechos y garantías procesales, sino que también se debiesen considerar medidas específicas para el goce efectivo de dichos derechos y garantías. La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile, suma y refuerza la protección de niños, niñas y adolescentes en materia de debido proceso. Los artículos de la CDN que resguardan su ejercicio son los siguientes:

- Artículo 3.1: Interés superior del niño
- Artículo 12: Derecho a expresar su opinión (establece el derecho a ser escuchado y a que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta)
- Artículo 16: Derecho a la protección contra injerencias ilegales
- Artículo 25: Principio de revisión periódica en casos de internación por atención, protección o tratamiento
- Artículos 37 y 40: Proceso penal (señalan que en los procesos en contra de cualquier niño acusado de infringir las leyes penales debe: i. respetarse la presunción de inocencia; ii. otorgársele información sin demora y directamente sobre la causal de detención; iii. tratarse de una causa decidida sin demora por un juez competente; iv. existencia de recursos, y v. contar con un juez natural y competente).

35. Cillero Bruñol, Miguel (1999). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño”. *Justicia y Derechos del Niño* N° 1, pág. 45.

36. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) versus Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo), párrafo 194.

37. Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos humanos: “Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas / [Preparado por la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos]”; OEA/Ser. L/V/II. Doc. 54/13 (17 de octubre de 2013), párr. 38, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9526.pdf>.

38. Opinión Consultiva 17-2002, párrafo 98, en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>

A continuación, se abordan las garantías procesales en casos de niños, niñas y adolescentes en procesos de protección. Estas son:

1. Los derechos del niño, niña y adolescente a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso
2. Intervención en el proceso de profesionales especializados
3. Participación de padres y madres biológicos, o de quien tenga su cuidado personal, representantes legales, curador ad litem
4. Motivación de la decisión que incluya los elementos utilizados, la evaluación hecha, los intereses presentes y futuros y las garantías procesales respetadas
5. Legalidad de las medidas de protección
6. Existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada

5.1 Los derechos del niño, niña y adolescente a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso

Los niños, niñas y adolescentes a los que de forma directa les afecte una decisión, tienen derecho a que su opinión sea debidamente escuchada y tenida en cuenta en el proceso. Considerando que tienen la capacidad para formarse sus propias opiniones y el derecho para expresarlas, tal como lo establece la Observación general N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, los Estados deben presumir que poseen juicio propio o bien son capaces de formarse su propia opinión, por lo tanto, no es carga probatoria del niño demostrar que lo tiene. Para que esta garantía procesal se practique, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) El niño o niña será informado debidamente tanto de su derecho a participar en el proceso, como del proceso mismo y de las consecuencias de la decisión.
- b) El niño tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, debiendo sentirse respetado y seguro cuando la exprese.

Se utilizarán todos los medios posibles para que los niños, niñas y adolescentes con especiales necesidades puedan ejercer su derecho en igualdad de oportunidades. Así, los niños más pequeños, los extranjeros y los que tienen algún tipo de discapacidad deberán poder contar con todos los mecanismos, interlocutores y medios adecuados para expresar su opinión.

Se escuchará a los niños, niñas y adolescentes en un entorno y condiciones que faciliten su intervención en el proceso, tanto en cuestión de espacios como de indumentaria de los funcionarios, o en la forma de comunicación. El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación general N° 12, párrafo 34, señala que: “No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información [en un lenguaje claro y sencillo], la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados [...] y salas de espera separadas”.

En todas aquellas instancias donde se decida y tomen medidas que afecten a niños o niñas, la audiencia reservada es una actividad muy importante. Que el juez tome contacto con el niño sobre las cuestiones que le afectan y conocer su opinión al respecto, constituye una oportunidad significativa para conocer los hechos desde su punto de vista y para el ejercicio efectivo de su derecho a ser oído.

En dicha audiencia debiesen existir los siguientes estándares para dar cumplimiento efectivo al derecho a ser oído en conformidad a su edad y madurez:

- El niño y la niña deben contar con toda la información sobre el proceso judicial, las etapas y la finalidad del mismo, así como las posibles decisiones, en conformidad a su edad y madurez.
- La audiencia debe desarrollarse a través de una conversación y no de un interrogatorio, es decir, se deben formular preguntas y expresarlas en una forma acorde a la edad y madurez del niño, niña o adolescente, basándose en su desarrollo y nivel cognitivo y emocional.
- Se debe considerar apoyo de traductor en caso de niños que hablen en un idioma distinto del español, teniendo en cuenta además factores culturales del país de origen (incluso de niños de países de habla hispana). En casos donde los niños sean migrantes o indígenas, se deberá realizar la audiencia considerando la perspectiva intercultural.

- Se debe realizar la audiencia teniendo en cuenta el enfoque de género.
- Se debe evitar siempre la revictimización, formulando preguntas previamente definidas en una pauta, que permitan identificar, en el caso concreto, el ISN, entendiendo este concepto como la satisfacción máxima de sus derechos.

c) Si el niño no quiere hablar, se debe respetar su derecho.

Si al niño o la niña se le ha nombrado un abogado, este deberá estar presente en la audiencia reservada.

d) El niño tiene derecho a ser oído ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

El trámite de escucha al niño o niña afectado debe ser una parte prevista, determinada y específica del proceso.

Los peritajes no reemplazan el derecho del niño o niña a ser oído, ya que estos poseen otro objetivo, es decir, buscan diagnosticar o evaluar al niño o niña, por consiguiente, no pueden ser considerados una instancia en donde él o ella expresa su interés manifiesto ya que esto debe producirse en audiencia reservada con el juez y a través de curador *ad litem*.

La decisión debe señalar de qué manera se consideró y ponderó el interés manifiesto del niño.

5.2 Intervención en el proceso de profesionales especializados

En el proceso de determinación del ISN deberán participar profesionales especializados en materia de derechos de la niñez y adolescencia. Cuando se trate de un niño con necesidades especiales o particulares por sus condiciones personales (niños o niñas con algún tipo de discapacidad, extranjeros, indígenas o niños de muy corta edad), y resulte pertinente, se consultará con profesionales con conocimientos específicos. Cuando algún caso lo requiera, porque se entrecrucen aspectos que lo hagan especialmente complicado, se contará con un equipo colegiado de expertos.

5.3 Participación de padres y madres biológicos o de quien tenga el cuidado personal, representantes legales, curador *ad litem*

Para determinar el ISN se deberá también hacer partícipe del proceso a quienes conformen el entorno del niño, niña o adolescente. Los progenitores, tutores o representantes legales son las personas más cercanas y quienes, en teoría, deberían proteger su interés. Sin embargo, en algunos casos pueden tener intereses contrapuestos a los del niño, niña o adolescente. En cualquier caso, su participación en el proceso debe estar prevista y ser respetada.

5.4 Motivación de la decisión que incluya los elementos utilizados, la evaluación hecha, los intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas

La motivación de la decisión deberá responder al caso concreto y reflejar qué derechos del niño afecta y cómo; qué elementos de la evaluación del ISN se han tenido en cuenta y cómo se han ponderado; cómo se han respetado las garantías procesales y, en el caso que alguno de estos aspectos no haya sido tenido en cuenta o no se haya producido, una justificación del porqué.

El niño, niña o adolescente debe contar con una defensa especializada que debe ser nombrada al inicio del procedimiento para que pueda participar en la discusión del objeto del juicio, de los hechos a probar y, de esta manera, ejercer la defensa de manera efectiva.

Es importante que la resolución que se adopte explicita el razonamiento legal, es decir, cualquier decisión que se tome debe quedar documentada y su motivación debe ser detallada y justificada.

Es necesario explicar por qué la decisión se considera que guarda relación con los mejores intereses del niño y cómo las consideraciones subyacentes se han equilibrado para llegar a la decisión.

Las sentencias deben contar con enfoque de derechos, lo que implica reconocer que niños, niñas y adolescentes son sujetos portadores

de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Este reconocimiento es esencial y debe ser expuesto en la sentencia, fundamentando así la decisión en base a derechos del niño, niña o adolescente.

En particular, para confirmar que la sentencia esté provista de enfoque de derechos, los Tribunales de Familia deberán resguardar que dicho pronunciamiento satisfaga cada uno de los siguientes aspectos:³⁹

- a) La sentencia debe considerar las necesidades de aquellos niños y niñas que pertenecen a grupos que histórica y estructuralmente se encuentran en desventaja para el ejercicio de sus derechos (por ejemplo, los niños y niñas indígenas, en situación migratoria, en situación de discapacidad, LGBTQ+, las niñas, entre otros). Con ello, la decisión buscará cumplir con el principio de igualdad y prevenir toda forma de discriminación arbitraria en razón de estas circunstancias.
- b) La sentencia debe contener una mirada holística de los niños y las niñas, considerando su entorno y el ejercicio de otros derechos que pueden no estar directamente vinculados al caso. Por ejemplo, si la sentencia se centra en la limitación del derecho a vivir en familia, esta no puede considerar la forma en que dicha limitación afecta otros derechos, como la educación, salud, vivienda, alimentación o protección social.
- c) La sentencia debe dar cuenta de un proceso participativo, donde se demuestre que la resolución se basó en instancias donde los niños, niñas y adolescentes fueron escuchados y que dicha opinión fue debidamente tomada en cuenta, conforme a lo expresado por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Observación general N° 12 del Comité de los Derechos del Niño.
- d) La sentencia debe establecerse bajo parámetros de transparencia y debe hacer posible la recolección de datos e información oportuna, que permitirá evaluar las actuaciones del tribunal y definir estrategias de mejoras (rendición de cuentas en sentido amplio).
- e) La sentencia debe considerar y hacer posible el cumplimiento de los compromisos que el Estado ha asumido en virtud de los instrumentos internacionales vigentes en el país

5.5 Legalidad de las medidas de protección

El órgano llamado a aplicar la medida de protección debe ceñirse estrictamente a los términos que ameritan su procedencia (hipótesis de hecho), a fin de evitar su discrecionalidad, considerando que se está restringiendo el derecho a la vida familiar del niño, niña o adolescente. Debe existir revisión periódica de la medida de separación del niño, niña o adolescente. Esta debe ser una medida siempre temporal y revisada por el órgano jurisdiccional, el que verificará si el plan de intervención ha sido ejecutado por el organismo a cargo del cuidado alternativo.

5.6 Existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada

Es necesario que existan procedimientos y recursos habilitados previstos para revisar aquellas decisiones que no hayan tenido en cuenta el interés superior de forma suficiente, como aquellas fundadas en situaciones o hechos que por diversos motivos cambiaron.

39. Los elementos que verifican la concurrencia del enfoque de derechos en la sentencia se desprenden del trabajo desarrollado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo.

6. Preguntas orientadoras sobre los elementos

A. ELEMENTOS VINCULADOS A LA AMENAZA, RIESGO

- ¿Es el entorno del niño, niña o adolescente el más favorable para su bienestar emocional y físico?
- ¿Se promueve con la decisión el desarrollo adecuado de él o ella?
- ¿Se asegura la protección del niño o de la niña con la decisión de separarlo de su entorno familiar?
- ¿Esta decisión refuerza su bienestar emocional y físico?
- ¿Contribuye la decisión a que el niño tenga un nivel de vida adecuado para su desarrollo?
- ¿Está siendo el proceso lo suficientemente ágil?
- ¿Es posible el agendamiento de audiencias en un menor tiempo? ¿se puede priorizar este caso en la agenda?
- ¿Cómo está afectando el proceso al momento evolutivo del niño o de la niña?
- ¿Cómo afectará la decisión al desarrollo futuro del niño o de la niña?

B. ELEMENTOS VINCULADOS AL ENTORNO FAMILIAR

- Si se decide separar al niño, niña o adolescente de la familia, ¿se han tomado todas las medidas posibles para evitarlo?
- ¿Se ha evaluado si el entorno familiar del niño o de la niña es seguro?
- ¿Es lo mejor para él o ella permanecer con su familia?
- ¿Existe algún riesgo para el desarrollo y bienestar del niño o de la niña si permanece con su familia?
- ¿La decisión considera el mandato de trabajar con la familia del niño para poder devolver al niño o a la niña a su entorno familiar y comunitario?
- ¿Se plantean medidas para que el niño mantenga el contacto con su entorno familiar y comunitario?

C. ELEMENTOS VINCULADOS A LA REALIZACIÓN DE DERECHOS

- ¿Se ha escuchado al niño, niña o adolescente?
- ¿Se le ha informado de forma comprensible acerca de la situación y su derecho a ser escuchado?
- ¿Se ha adaptado el procedimiento de escucha a las necesidades específicas del niño o de la niña?
- ¿Tiene el niño o la niña capacidad para tener un juicio propio?
- ¿Cuáles son los deseos y opiniones del niño, niña o adolescente respecto a la decisión?
- ¿Cuál es el peso que se da a la opinión del niño o de la niña en la decisión final?
- ¿Pertenece el niño, la niña o adolescente a alguna población especialmente vulnerable?
- ¿Está el proceso adaptado a las necesidades especiales de él o ella?
- Si es una niña o un niño pequeño, ¿cómo va a afectar la decisión de separación de su familia a su desarrollo? ¿Está lo suficientemente protegido?
- ¿La decisión considera perspectiva de género?
- Si el niño, niña o adolescente está en situación de discapacidad, ¿se está teniendo en cuenta la misma en la decisión?
- Si es un niño o una niña extranjera, ¿se está realizando el procedimiento en un idioma que conoce? ¿Se le está permitiendo acceder a los mismos derechos que a los niños nacionales?
- Si es un niño, niña o adolescente en situación de calle, ¿cómo se le está protegiendo?
- ¿Está su situación de calle determinando la decisión?
- ¿Está el niño o la niña sano?
- ¿Necesita un tratamiento médico? ¿Tiene dicho tratamiento alguna contraindicación? ¿Existen alternativas al tratamiento?
- ¿Es el entorno del niño, niña o adolescente el adecuado para su salud?
- ¿Cómo afectará la decisión a la salud física y mental del niño o de la niña?

- Si se requiere la inserción del niño, niña o adolescente en un centro de tratamiento psicosocial, ¿es la mejor opción para él o ella?
- ¿Puede el niño ejercer sus derechos mientras está internado?
- Si la edad y madurez del niño o de la niña lo permiten, ¿se está respetando su derecho a la confidencialidad en el tratamiento?
- Si es una adolescente embarazada, ¿es el entorno el mejor para su bienestar físico y mental? ¿Servirá la decisión para garantizar su más alto nivel de salud hasta terminar el embarazo?
- ¿Está disfrutando el niño, niña o adolescente de su derecho a la educación?
- ¿Puede acceder a una educación de calidad en el periodo evolutivo en que se encuentra?
- ¿Están sus padres o representantes legales ejerciendo su labor como educadores principales?
- En el caso de niños, niñas o adolescentes con discapacidad, ¿están pudiendo recibir educación adaptada a sus necesidades?
- En el caso de niñas o niños extranjeros, ¿acceden a los recursos educativos en igualdad de condiciones que los niños nacionales?
- ¿Contribuirá la decisión a garantizar este derecho?
- ¿Contribuye la decisión al desarrollo de la educación del niño, niña o adolescente?
- ¿Qué religión profesa el niño, niña o adolescente?
- ¿Con qué pueblo indígena se identifica?
- ¿Existe alguna práctica cultural dañina a la que pueda ser sometido por su identidad?
- ¿Cuál es su orientación sexual?
- ¿Cuál es su identidad de género?
- ¿Le sitúa su identidad en situación de vulnerabilidad?
- ¿Se adapta la decisión tomada a sus necesidades y características identitarias?
- ¿Se permite al niño o niña expresar su identidad en libertad, sin discriminación?

D. ELEMENTOS VINCULADOS A LA EDAD, MADUREZ Y DESARROLLO

- ¿Qué edad tiene el niño, niña o adolescente?
- ¿Cuál es el nivel de madurez del niño o de la niña?
- ¿Cómo va a afectar la decisión a la evolución futura del niño o de la niña?
- Si es una niña o niño pequeño, ¿cómo afectará la decisión al desarrollo de sus lazos emocionales y sus capacidades?
- Si es un adolescente ¿se está respetando su derecho a la intimidad con la decisión?
- La medida, ¿es la mejor para integrar al niño o niña en su entorno?
- ¿Se podrá revisar la decisión si las circunstancias del niño o de la niña cambian?
- ¿La decisión favorece la estabilidad de la situación del niño y de la niña?
- ¿La decisión permitirá minimizar la alteración en el bienestar del niño y de la niña que los cambios en la situación material puedan suponer?
- Si el niño, niña o adolescente es extranjero, ¿se han tomado las suficientes medidas para localizar a su familia? ¿Es el reasentamiento en un tercer país la medida más favorable para su estabilidad y bienestar?
- La decisión, ¿facilita la transición a la vida adulta?
- La decisión, ¿facilitará la formación académica y profesional del niño o de la niña?
- Cuando se trata de una niña o niño tutelado, ¿se le están dando los conocimientos y medios necesarios para la vida independiente?
- ¿Se le está orientando de forma que pueda ejercer sus derechos libremente?
- La decisión, ¿tiene en cuenta la vulnerabilidad de esta etapa de transición?

7. Preguntas orientadoras sobre las garantías

1. LOS DERECHOS DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE A SER INFORMADO, OÍDO Y ESCUCHADO, Y A PARTICIPAR EN EL PROCESO

- ¿Se ha informado al niño, niña o adolescente sobre cómo, cuándo, dónde y quiénes van a escucharlo?
- El contexto en el que tiene lugar la escucha, ¿es seguro y le inspira confianza a él o ella?
- ¿Se garantiza la confidencialidad?
- ¿Se ha evaluado la capacidad del niño o de la niña para formarse un juicio propio?
- ¿Se ha realizado alguna adaptación para permitir la participación del niño o de la niña, en su caso?
- ¿Se han proporcionado intérpretes, traducciones, materiales y tecnologías especiales?
- ¿Se le ha explicado cómo se han tenido en cuenta sus opiniones?

2. INTERVENCIÓN EN EL PROCESO DE PROFESIONALES ESPECIALIZADOS

- ¿El niño(a) tiene abogado?
- ¿El abogado es especializado en materia de derechos de Infancia?
- ¿El equipo de defensa especializada (psicóloga /trabajador social) tiene formación especializada en materia de Infancia?
- ¿El equipo de defensa especializada demuestra conocimiento en la defensa especializada?

3. PARTICIPACIÓN DE PADRES Y MADRES BIOLÓGICOS, O DE QUIEN TENGA SU CUIDADO PERSONAL, REPRESENTANTES LEGALES, CURADOR AD LITEM

- ¿Tiene el niño o la niña acceso a un asesoramiento y una representación jurídica o defensa especializada adecuados?
- ¿Existe conflicto de intereses entre el niño o la niña y su representante legal?
- El o la representante del niño o de la niña, ¿ha transmitido correctamente las opiniones del niño al órgano decisor?

4. MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN QUE INCLUYA LOS ELEMENTOS UTILIZADOS, LA EVALUACIÓN HECHA, LOS INTERESES PRESENTES Y FUTUROS Y LAS GARANTÍAS PROCESALES RESPETADAS

- ¿La sentencia fue fundamentada?
- ¿Se fundamentó cómo la decisión valoró los elementos o criterios y determinó el Interés Superior en este caso concreto?
- ¿Se constató el cumplimiento de garantías procesales?

5. LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

- ¿La o las medidas de protección son legales?, ¿fueron adoptadas en conformidad a la ley, constitución, tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile?
- ¿La decisión o las decisiones se ajusta(n) a derecho?

6 EXISTENCIA DE RECURSOS QUE PERMITAN REVISAR LA DECISIÓN ADOPTADA

- ¿Existen recursos para que el niño o niña pueda exponer la vulneración de su derecho a ser escuchado?
- ¿Existen recursos para que los demás interesados en el procedimiento puedan impugnar la decisión?
- ¿Se han comunicado adecuadamente esas vías de impugnación a los interesados?

unicef 

para cada infancia

Con el apoyo de:

