

Guía

para la evaluación y determinación del interés superior del niño

.....

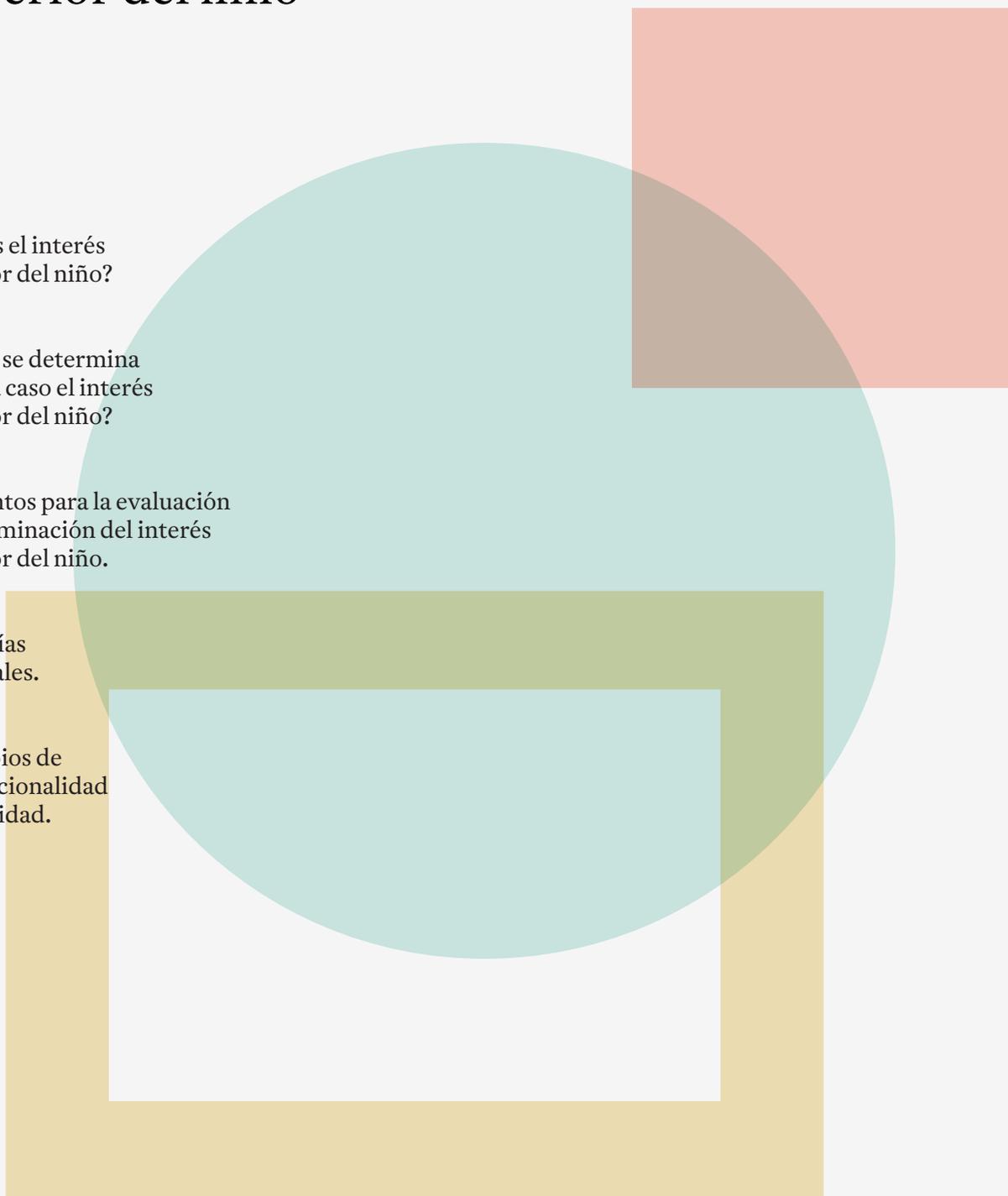
01.
¿Qué es el interés
superior del niño?

02.
¿Cómo se determina
en cada caso el interés
superior del niño?

03.
Elementos para la evaluación
y determinación del interés
superior del niño.

04.
Garantías
procesales.

05.
Principios de
proporcionalidad
y necesidad.



.....

“En consonancia con el marco ofrecido por la Convención de los Derechos del Niño, en el presente texto se emplearán las expresiones “niño” e “infancia” para hacer referencia a personas menores de 18 años, por lo que también incluye la adolescencia, salvo aquellas reseñas específicas a ésta en las que se señala de modo directo.

También se utiliza la expresión “niño” de forma genérica entendiendo que esta expresión incluye tanto al género femenino como masculino en aquellos casos en los que por motivos de redacción o expresión puede dificultar la lectura del documento”.

01

¿Qué es el interés superior del niño?

La Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño¹ 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 Convención y el desarrollo holístico del niño.

En la legislación española, viene recogido en el artículo 2 de Ley Orgánica de la Protección Jurídica del Menor²:

“Todo menor tiene derecho a que su **interés superior** sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro tipo de interés legítimo que pudiera concurrir.”

1. Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC 14.

2. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del niño, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

En la Observación General 14 se recoge:

*“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 evidenciado que son dos pasos los que necesariamente deben seguirse: **la Evaluación y la Determinación.**

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 (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño.” Y la **determinación del interés superior** es “el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior”.

En nuestra legislación, el artículo 2 de la LOPJM ya citado dispone que, a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del niño, se tendrán en cuenta una serie de criterios generales (sin perjuicio de los establecidos en legislación específica), que se ponderarán teniendo en cuenta una serie de elementos generales, que no constituyen una lista cerrada. A su vez, estos elementos se valorarán conjuntamente conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad. Por último, el artículo señala que cualquier medida que se tome en el interés superior del niño deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso. Así, a la hora de explicar cómo deben los profesionales evaluar el interés superior del niño en la toma de una decisión que les afecte, se deberán tener en cuenta los citados conceptos: criterios generales, elementos generales y principios de necesidad y proporcionalidad.

Ambos textos, LOPJM y Observación General 14, plantean un contenido similar, pero tienen diferencias terminológicas en lo relativo a la definición de elementos y criterios que, a primera vista, pueden dificultar la evaluación del interés superior del niño.

A la hora de explicar cómo deben los profesionales evaluar el interés superior del niño en la toma de una decisión que les afecte, se deberán tener en cuenta los citados conceptos: criterios generales, elementos generales y principios de necesidad y proporcionalidad.

Así, los elementos generales para la evaluación de la Observación General aparecen como criterios en la LOPJM, y las “listas” en uno y otro texto no tienen exactamente el mismo contenido. Para solventar estas duplicidades y dificultades terminológicas, en esta guía se unifican ambas relaciones de elementos generales y pertinentes que han de ser tenidos en cuenta para la evaluación del interés superior del niño, procediendo después a la valoración conjunta y conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad.

La lista de elementos que ha de tenerse en cuenta para la evaluación del interés superior del niño será la que sigue:

01. **La edad y madurez del niño.**
02. **La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación.**
03. **El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.**
04. **La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.**
05. **La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.**
06. **La opinión del niño.**
07. **La identidad del niño.**
08. **La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones personales.**
09. **El cuidado, protección y seguridad del niño.**
10. **El derecho del niño a la salud.**
11. **El derecho del niño a la educación.**
12. **Aquellos otros elementos de ponderación que en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los niños.**

Estos **elementos** servirán para evaluar el interés superior del niño. La determinación del interés superior teniendo en cuenta estos elementos, deberá seguir una serie de **garantías procesales** y atenerse a los **principios de necesidad y proporcionalidad**.

03

Elementos para la evaluación y determinación del interés superior del niño.

A continuación, se procederá a explicar el significado de cada uno de los elementos que se deben valorar para la evaluación y determinación del interés superior del niño, señalando sus aspectos e implicaciones más importantes a partir de lo dispuesto en la LOPJM, en la Convención de Derechos del Niño y en las diversas Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño.

Estos elementos deberán ser tomados en cuenta uno a uno por aquél profesional que vaya a tomar una decisión relacionada con un niño. El o la profesional deberá ponderar qué peso se debe dar a cada elemento en la situación del niño en concreto, qué aspectos de los elementos importan más en la decisión concreta y determinar cuál es el interés superior del niño a la vista de todas las circunstancias.

01.

LA EDAD Y MADUREZ DEL NIÑO

En relación con la edad y madurez del niño, las Observaciones Generales plantean aspectos clave que deben ser tenidos en cuenta:

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 las decisiones que se tomen con respecto a los niños deben ser, por un lado, revisables y que puedan ajustarse según se desarrolle el niño, y por otro, que deben tomarse en base no sólo a las necesidades actuales del niño sino teniendo en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño a corto y largo plazo teniendo en cuenta su evolución natural.

La percepción del tiempo: los niños 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. Esto requiere que se dé prioridad a los procedimientos que afectan a los niños y ultimarlos en el menor tiempo posible.

La edad no limita el derecho a expresar la opinión de los niños:

todos los niños 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.

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. Se debe entender la evolución como trayectoria para entender los efectos de las decisiones sobre el desarrollo ulterior de los niños.

El acceso a tratamientos, terapias y asesoramientos confidenciales en consonancia con la evolución de sus capacidades, sin necesidad del consentimiento de su padre o custodio legal.

Los derechos de los adolescentes: los adolescentes deben tener suficiente información que garantice, además de su desarrollo, su protección y su capacidad para expresar su opinión, deseos y creencias. Tienen derecho además, a la intimidad y la confidencialidad, deben por tanto adoptarse, en relación con los adolescentes, las medidas necesarias para garantizar su derecho para expresar sus opiniones sobre todas las cuestiones que les afecten, pero especialmente las decisiones relativas a su educación, salud, sexualidad, vida familiar y a los procedimientos judiciales y administrativos.

La evolución y vulnerabilidad de los niños pequeños: los niños pequeños atraviesan durante los primeros años el periodo de crecimiento, maduración y creación de vínculos emocionales más rápido y decisivo; estos años son la base de su salud física y mental, así como de su seguridad emocional, su identidad cultural y personal y el desarrollo de sus aptitudes. Son además más vulnerables a la enfermedad, los traumas y las distorsiones o trastornos del desarrollo, y se encuentran 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 los abusos, ya que existen pruebas convincentes de que el trauma resultado de la negligencia y el abuso tiene una repercusión negativa en el desarrollo, y, en el caso de niños muy pequeños, efectos mensurables en los procesos de maduración cerebral. Los mismos efectos negativos los tiene una atención institucional de baja calidad.

El concepto de madurez: hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. Es importante en este punto expresar que los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a la capacidad biológica.

La edad y madurez del niño en la práctica de la evaluación del Interés Superior.

¿Qué edad tiene el niño?

¿Cuánto se va a alargar el proceso?

¿Cómo va afectar la decisión a la evolución futura del niño?

Si es un 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?

¿Cómo de maduro es el niño?

ESPECIAL CONSIDERACIÓN A NIÑOS EN SITUACIONES DE VULNERABILIDAD Y LA NECESIDAD DE GARANTIZAR SU IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.

Es especialmente necesario que, a la hora de determinar el interés superior del niño, se tenga en cuenta si se encuentra en alguna situación de especial vulnerabilidad o pertenece a algún colectivo especialmente vulnerable. Además de considerar esa circunstancia especial, es necesario asegurar que en el proceso de determinación del interés superior no se discrimine a estos niños por, precisamente, su situación de vulnerabilidad. El derecho a la no discriminación exige no sólo 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 Convención. Además, en los casos de niños en situación de vulnerabilidad este derecho no debe referirse sólo al disfrute de la Convención, sino también de 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 interés superior de un niño en una situación concreta de vulnerabilidad 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 deberán necesitar la misma solución a sus situaciones.

La vulnerabilidad unida al derecho a ser escuchado: los niños 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 los niños más vulnerables.

Niñas: en el caso de las niñas, en la determinación de su interés superior, es importante que los estereotipos de género y los valores patriarcales no perjudiquen el ejercicio de sus derechos ni determinen las decisiones que se tomen sobre su situación presente y futura.

Niños con discapacidad: las decisiones que afecten a los niños con discapacidad deberán tomarse prestando la asistencia necesaria a los mismos para que puedan expresar su opinión y además teniendo en cuenta las necesidades específicas de su discapacidad, tanto en el momento de tomar la decisión como la potencial evolución de la condición que causa la discapacidad.

Niños en procedimientos de migración o asilo: 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 la consideración de que el niño 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. Asimismo, será necesario designar un tutor a aquellos niños solicitantes de asilo, y prestar especial atención a los niños que hayan participado en un conflicto armado.

La asignación de un tutor (con conocimientos en atención a la infancia suficientes para proteger los intereses del niño en distintos ámbitos) será también esencial en los casos de los niños extranjeros no acompañados. Estos tutores deberán ser informados de todas las medidas y podrán estar presentes en todos los trámites relativos a la adopción de medidas en relación con los niños, como los encaminados a definir la atención y buscar una solución duradera. Siempre deberá localizarse a su familia y, si resulta lo más conveniente, reunirlo lo antes posible con ella. Será necesario evaluar a fondo su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales o lingüísticos, así como las necesidades especiales de protección.

Niños pequeños: los niños pequeños necesitan una consideración particular debido al rápido desarrollo que experimentan; son más vulnerables a la enfermedad, los traumas y las distorsiones o trastornos del desarrollo, y se encuentran relativamente impotentes para evitar o resistir las dificultades, dependiendo de otros para que les ofrezcan protección y promuevan su interés superior. La discapacidad en niños de corta edad es un factor que aumenta su vulnerabilidad frente al abuso y la negligencia, la explotación sexual y otras formas de violencia.

Niños de la calle: los niños de la calle suelen acabar en la misma causa de la discriminación, y es precisamente su situación de calle lo que les vuelve a hacer objeto de discriminación. Enfoques políticos desproporcionados contra al vagabundeo o el merodeo como las redadas policiales o la tipificación de delitos por condición personal, o la negativa a tomar en serio las denuncias presentadas por estos niños son formas de discriminación. La discriminación de estos niños supone una mayor exposición al abuso, el maltrato, o la explotación.

Adolescentes: los adolescentes constituyen un grupo especialmente vulnerable a toda forma de violencia, abuso, descuido y explotación. Destaca especialmente la consideración de los adolescentes socialmente marginados y afectados por la pobreza como delincuentes. Además, los desequilibrios mentales y las enfermedades psicosociales son relativamente comunes entre los adolescentes (depresión, desarreglos en la comida, comportamientos autodestructivos...). Son también más vulnerables a la violencia institucional y a la violencia interpersonal, incluso entre pares.

Los niños en situación de vulnerabilidad en la práctica de la determinación del interés superior del niño

¿Pertenece el niño a algún colectivo especialmente vulnerable?

¿Está el proceso adaptado a las necesidades especiales del niño?

Si es una niña, ¿se está tomando la decisión con perspectiva de género?

Si el niño tiene discapacidad, ¿se está teniendo en cuenta la misma en la decisión? ¿Y la evolución de la condición?

Si es un niño extranjero no acompañado, ¿se está realizando el procedimiento en un idioma que conoce? ¿Se le ha asignado un tutor? ¿Se le está permitiendo acceder a los mismos derechos que a los niños nacionales?

Si es un niño refugiado, ¿se está siguiendo de forma adecuada el procedimiento de asilo? ¿se le está otorgando la atención psicológica necesaria?

Si es un niño pequeño, ¿cómo va a afectar la decisión a su desarrollo? ¿está lo suficientemente protegido?

Si es un niño de la calle, ¿cómo se le está protegiendo? ¿está su situación de calle determinando la decisión?

EL IRREVERSIBLE EFECTO DEL TRANCURSO DEL TIEMPO EN EL DESARROLLO DEL NIÑO

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 las decisiones que se tomen con respecto a los niños deben ser por un lado revisables, pudiendo ajustarse según se desarrolle el niño, y por otro, deben tomarse atendiendo no solo a las necesidades actuales del niño, sino teniendo en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño 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 adquieren progresivamente competencias, comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos.

La percepción del tiempo: Los niños 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. Esto requiere dar prioridad a los procedimientos que afectan a los niños y ultimarlos en el menor tiempo posible.

El irreversible transcurso del tiempo en el desarrollo del niño como elemento para la determinación de su interés superior

¿Está siendo el proceso lo suficientemente ágil?

¿Cómo está afectando el proceso al momento evolutivo del niño?

¿Cómo afectará la decisión al desarrollo futuro del niño?

ESTABILIDAD DE LAS SOLUCIONES QUE SE ADOPTEN PARA PROMOVER LA EFECTIVA INTEGRACIÓN Y DESARROLLO DEL NIÑO. MINIMIZAR LOS RIESGOS QUE CUALQUIER CAMBIO DE SITUACIÓN MATERIAL O EMOCIONAL PUEDA OCASIONAR EN SU PERSONALIDAD Y DESARROLLO FUTURO

La revisión de las soluciones: 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, no deben adoptarse decisiones definitivas e irreversibles. Las decisiones deberán evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño.

La localización de la familia: Es un ingrediente esencial en la búsqueda de una solución duradera y debe gozar de prioridad, salvo cuando localizar a la familia o la forma de hacerlo vaya en contra del interés del propio niño o ponga en peligro los derechos fundamentales de las personas que se trata de localizar. Este procedimiento se realizará también con niños en procesos de solicitud de asilo.

El reasentamiento en un tercer país: El reasentamiento puede ser una solución duradera cuando el niño no acompañado o separado no pueda retornar a su país de origen y no se puede contemplar para el mismo una solución duradera en el país de acogida, teniendo siempre en cuenta las características particulares del caso y las circunstancias internacionales del momento y demás imperativos de protección. Está indicado si constituye el único medio para proteger efectiva y establemente al niño.

La integración en el país de acogida: 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 niños, prestando atención especial a otras consideraciones a la luz de alguna situación especial de vulnerabilidad del niño.

.....

La necesidad de la estabilidad de las decisiones, aplicación práctica en la determinación del interés superior del niño.

¿La medida es la mejor para integrar al niño en su entorno?

¿Se podrá revisar la decisión si las circunstancias del niño cambian?

¿La decisión favorece la estabilidad de la situación del niño?

¿La decisión permitirá minimizar la alteración en el bienestar del niño que los cambios en la situación material puedan suponer?

Si el niño 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 PREPARACIÓN DEL TRÁNSITO A LA EDAD ADULTA E INDEPENDIENTE, DE ACUERDO CON LAS CAPACIDADES Y CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL NIÑO

La adolescencia como periodo de transición: la adolescencia se caracteriza por rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva, la capacidad gradual de asumir comportamientos y funciones de adultos, lo que en ocasiones conlleva comportamientos arriesgados para la salud.

La obligación de los responsables del niño de orientarle e impartir dirección para que ejerza libremente sus derechos. Para ello es necesario que se les reconozca como sujetos de derecho que tienen capacidad para convertirse en ciudadanos responsables y de pleno derecho.

La preparación para el trabajo como preparación para la vida adulta: 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 con discapacidad.

Adolescentes que se preparan para abandonar el sistema de cuidado alternativo: Estos adolescentes 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 sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, deberán poder acceder a los servicios de acompañamiento de extutelados.

La preparación del tránsito a la vida adulta en la práctica de la determinación del interés superior del niño.

La decisión ¿facilita la transición a la vida adulta?

La decisión, ¿facilitará la formación académica y profesional del niño?

Cuando se trata de un niño tutelado, ¿se le están dando lo 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?

LA OPINIÓN DEL NIÑO

El artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan, a que ésta sea tomada en cuenta en función de la edad y madurez del niño, permitiendo que sea participe de su interés superior

La expresión de la opinión en niños en situación de vulnerabilidad: es necesario que una situación de vulnerabilidad (discapacidad, pertenencia a grupos minoritarios, migrantes, niños pequeños), no impida al niño expresar 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.

Información suficiente y adecuada para formarse una opinión: los niños deben recibir la información suficiente y necesaria para formarse unas ideas e impresiones acerca del asunto sobre el que deben opinar. Esta información se adaptará a las necesidades lingüísticas, evolutivas o funcionales del niño que lo requiera. Debería recibir también el asesoramiento necesario para tomar una decisión, la información será no solamente relativa al contenido de la decisión sino al propio derecho a ser escuchado y a sus posibles consecuencias.

La oportunidad de ser escuchado: cuando se tome una decisión respecto a un niño, se deberá habilitar 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 que sea accesible y adaptado a sus necesidades. Esta adaptación y escucha son especialmente relevantes en los procesos judiciales. Asimismo, los niños deben tener recursos a los que asistir cuando no sean efectivamente escuchados

Juicio propio: el encargado de tomar la decisión deberá determinar si la capacidad del niño de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente es suficiente, y tener en cuenta sus opiniones como factor destacado en la resolución de la cuestión. Los resultados del proceso deben compartirse con el niño, de manera que se evidencie su participación en el proceso.

La opinión del niño en la práctica de la determinación del interés superior

¿Se ha escuchado al niño?

¿Se ha informado al niño 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?

¿Tiene el niño capacidad para tener un juicio propio?

¿Cuáles son los deseos y opiniones del niño respecto a la decisión?

¿Cuál es el peso que se da a la opinión del niño en la decisión final?

LA IDENTIDAD DEL NIÑO

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.

Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que la diversidad es esencial en la evaluación del interés superior. Aunque los niños y los jóvenes 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 religiosa y cultural: Los niños tienen derecho a profesar la fe en la que han sido criados o a cambiar de confesión, si lo desean. En relación con este aspecto identitario, al considerar la colocación en hogares de guarda o acogida o en casos de adopción, se tendrá en cuenta que haya continuidad en la educación cultural y religiosa del niño, fomentando el acceso a las de su país de origen. Sin embargo, a pesar de preservar la identidad cultural y religiosa nunca se tolerarán las prácticas que contravengan los derechos establecidos en la Convención. 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.

La familia biológica: Los niños en adopción tendrán acceso a la cultura, el idioma (si es posible) de su país y familia de origen, así como la oportunidad de acceder a información sobre su familia biológica de conformidad con la normativa jurídica y profesional del país de que se trate.

Niñas: Las niñas 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.

Niños LGTBI: Los niños con diversidad afectivo sexual o diversidad de identidad de género tienen asociada a su identidad una serie de prejuicios y barreras que les convierte en un colectivo especialmente vulnerable. Tener en cuenta esta parte de su identidad es importante para determinar cuál es su interés superior en un momento dado. Los niños tienen derecho a desarrollar su sexualidad elegida, sea ésta homosexual o heterosexual. Los deseos de los niños transgénero deben ser tenidos en cuenta a la hora de tomar decisiones sobre posibles tratamientos médicos asociados a su transición.

La identidad del niño en la práctica de la determinación del interés superior del niño

¿Qué religión profesa el niño?

¿Con qué etnia 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 expresar su identidad en libertad?

LA PRESERVACIÓN DEL ENTORNO FAMILIAR Y EL MANTENIMIENTO DE LAS RELACIONES PERSONALES

La familia como entorno de seguridad: la familia se considera grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños. Así, los niños separados de su familia son particularmente vulnerables a la explotación y los malos tratos. Las medidas de intervención que se decidan deberán orientarse a mantener al niño en su entorno familiar, ofreciendo apoyo al mismo como alternativa a la separación.

El entorno familiar libre de violencia: los padres deben impartir al niño dirección y orientación adecuadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención. Esta dirección y orientación no pueden estar basadas ni recoger los castigos corporales u otro tipo de trato degradante, aunque el mismo esté justificado por la tradición o la religión. La crianza del niño en un entorno respetuoso y propicio, exento de violencia, contribuye a la realización de su personalidad y fomenta el desarrollo de ciudadanos sociales y responsables que participan activamente en la comunidad local y en la sociedad en general.

La separación del niño de su familia: sólo deberá realizarse cuando sea la mejor opción para el niño, habiendo contemplado todas las opciones posibles y escuchado a todas las partes, incluyendo al niño. Se estudiarán en todo caso todas las alternativas a la colocación del niño fuera de la familia.

La integración en un recurso residencial: la atención en un establecimiento debe ser, en la medida de lo posible, sólo una solución de última instancia.

El mantenimiento de las relaciones familiares: en el caso en que el niño sea separado de su familia, se deberá hacer todo lo posible para que mantenga el contacto con su familia y entorno cercano, siempre que dicho contacto sea beneficioso para el niño.

La preservación del entorno familiar en la práctica de la determinación del interés superior del niño

¿Se ha evaluado que el entorno familiar del niño es seguro?

¿Es lo mejor para el niño permanecer con su familia?

¿Existe algún riesgo para el desarrollo y bienestar del niño si permanece con su familia?

¿La decisión ayuda al refuerzo del entorno familiar del niño?

Si se decide separar al niño de la familia, ¿se han tomado todas las medidas posibles para evitarlo?
¿Es la opción necesaria?

¿Se plantea intervenir con la familia para poder devolver al niño a su entorno familiar?

¿Se plantean medidas para que el niño mantenga el contacto con su entorno?

EL CUIDADO, LA PROTECCIÓN, Y LA SEGURIDAD DEL NIÑO

Todos los niños tienen derecho a oportunidades de supervivencia, crecimiento y desarrollo en un contexto de bienestar físico, emocional y social al máximo de sus posibilidades.

Interpretación en sentido amplio: el cuidado y la protección no se expresan con una fórmula negativa, sino en relación con el ideal amplio de garantizar el bienestar y el desarrollo del niño. Así, el bienestar en un sentido amplio abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad.

El cuidado emocional: es una necesidad básica de los niños. 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, y si el vínculo es adecuado, mantenerlo a lo largo de los años.

La seguridad: el niño tiene derecho a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, el acoso sexual, la presión ejercida por compañeros, la intimidación y los tratos degradantes, así como contra la explotación sexual y económica y otras formas de explotación, los estupefacientes, la explotación laboral, los conflictos armados, etc. Se evaluará también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión que se tome en la seguridad del niño.

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. Un entorno de violencia o una situación de pobreza absoluta no garantizan un nivel de vida adecuado. Las autoridades primarán las medidas que cambien estas situaciones en el seno familiar antes que la separación.

El desarrollo del niño: el desarrollo es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Para que este desarrollo sea completo, el niño debe estar cuidado y protegido.

La responsabilidad de padres y cuidadores: la realización de estos derechos del niño depende, en gran medida, del bienestar y los recursos de que dispongan quienes tienen la responsabilidad de su cuidado. Es necesario reconocer estas interdependencias para planificar la asistencia y servicios a los padres, representantes legales y otros cuidadores. Estas responsabilidades son especialmente importantes durante la primera infancia, por lo que necesitan más apoyo y asistencia.

El bienestar psicosocial: las personas menores de edad, especialmente los adolescentes, deben tener unos niveles adecuados de bienestar psicosocial no solo para garantizar su estabilidad y desarrollo, sino para prevenir los suicidios entre este grupo de edad.

El cuidado, la protección y el bienestar del niño

¿Se asegura la protección del niño con esta decisión?

¿La decisión refuerza el bienestar emocional y físico del niño?

¿Contribuye la decisión a que el niño tenga un nivel de vida adecuado para su desarrollo?

¿Se está valorando el bienestar psicosocial del niño?

¿Es el entorno del niño el más favorable a su bienestar emocional y físico?

¿Se promueve con la decisión el desarrollo adecuado del niño? ¿La decisión asegura que el niño está protegido?

EL DERECHO DEL NIÑO A LA SALUD

Los tratamientos médicos: 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 frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios, y debe tenerse en cuenta la opinión del niño y permitir, cuando sea posible, su consentimiento.

La salud de los adolescentes: Los adolescentes tienen derecho a acceder a la información para que puedan elegir comportamientos de salud adecuados acerca 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: Tienen derecho a ser tratados y atendidos en la comunidad en la que viven en la medida de lo posible. Si se requiriese hospitalización o internamiento en un centro, deberá siempre evaluarse su interés superior y respetarse su opinión. En caso de ingreso en un hospital o asilo, debe concederse al paciente el máximo posible de oportunidades para disfrutar de todos sus derechos, incluidos la educación y el ocio. En estos centros los adolescentes estarán separados de los adultos y tendrán un representante personal que no sea un miembro de su familia.

La salud como elemento para tomar otras decisiones: como la decisión sobre la expedición de un permiso de residencia por razones humanitarias, la determinación sobre su lugar de residencia, o sobre relaciones familiares.

Niños con discapacidad: la atención debe, en la medida de lo posible, recibirse en su propia familia, prestando a la familia y al niño todo el apoyo necesario para ello. Deben adaptarse también todos los servicios e instalaciones necesarios para su participación en la comunidad y el ejercicio de sus derechos. Los servicios de salud dirigidos a este colectivo 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 posibilidades funcionales de estos niños, será prioritarios en el tratamiento.

El derecho del niño a la salud

¿Está el niño sano?

¿Necesita el niño un tratamiento médico? ¿Tiene dicho tratamiento alguna contraindicación? ¿Existen alternativas al tratamiento?

¿Es el entorno del niño el adecuado para su salud?

¿Cómo afectará la decisión a la salud física y mental del niño?

Si se requiere la inserción del niño en un centro de tratamiento psicosocial, ¿es la mejor opción para el niño? ¿Puede el niño ejercer sus derechos mientras está internado?

EL DERECHO DEL NIÑO A LA SALUD

(Continuación)

Confidencialidad en los tratamientos: de conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramientos confidenciales, sin necesidad del consentimiento de sus padres o responsables legales. Entre estos tratamientos y consultas se incluyen los relacionados con salud sexual y reproductiva. Los trabajadores de la salud tienen obligación de asegurar la confidencialidad de la información médica relativa a los adolescentes.

Adolescentes embarazadas: las madres adolescentes deben recibir apoyo para evitar que caigan en depresión y ansiedad, lo que pone en peligro su capacidad para cuidar de su hijo. Debe además asegurarse que puedan seguir con su educación.

Niños y niñas explotados sexualmente: estos niños 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.

Niños no acompañados o separados: se tendrá en cuenta que estos niños han experimentado pérdidas, traumas y violencia. En especial los refugiados han experimentado, además, la violencia generalizada y la tensión asociada con un país en guerra. Todo ello puede haberles causado sentimientos profundos de desamparo y haber socavado su confianza infantil en los demás. Estas consecuencias pueden ser mayores en las niñas. Se les proporcionarán servicios de atención a la salud mental culturalmente adecuados y atentos a las cuestiones de género, y asesoramiento psicosocial cualificado.

Atención prenatal y postnatal: se deberá prestar este tipo de atención a madres y lactantes a fin de fomentar las relaciones saludables entre la familia y el niño, y especialmente entre el niño y su madre.

El derecho del niño a la salud

Si es un niño no acompañado, ¿está su derecho a la salud protegido en igual medida que el de un niño nacional?

Si la edad y madurez del niño 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?

EL DERECHO DEL NIÑO 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 de calidad, incluida la educación en la primera infancia, la no académica y las actividades conexas, redundan en el interés superior del niño.

El derecho del niño a expresar su opinión como parte esencial del derecho a la educación: especialmente en lo relativo a decisiones sobre la transición hacia el siguiente nivel escolar o la elección de grupos de alumnos según sus aptitudes.

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, reconociéndose a cada niño sus características, intereses, capacidades 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 las capacidades.

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.

Discriminación en la escuela: la discriminación no debe producirse ni en el acceso de los niños a la educación (como sucede con niños con discapacidad, niñas, niños extranjeros no acompañados...), ni en los contenidos de las mismas.

Niños no acompañados: los niños no acompañados o separados tienen derecho a mantener su identidad y valores culturales, y en especial a conservar y cultivar su idioma nativo. Todos los adolescentes tendrán acceso a cursos de formación o educación profesional y, los más pequeños, a programas de estimulación precoz del aprendizaje. Se les inscribirá lo antes posible ante las autoridades competentes y se velará por que reciban certificados escolares o documento similares donde conste su nivel de educación.

El derecho a la educación en la práctica de la determinación del interés superior del niño

¿Está disfrutando el niño de su derecho a la educación?

¿Puede acceder el niño 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 con discapacidad, ¿están pudiendo recibir educación adaptada a sus necesidades?

11.

EL DERECHO DEL NIÑO A LA EDUCACIÓN

Continuación

Educación en la primera infancia: la educación en la primera infancia está muy ligada al desarrollo, y se establece este derecho desde el nacimiento.

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 pequeños en el ejercicio de sus derechos. Se debe alentar prácticas de crianza centradas en el niño y que fomenten la seguridad y la afectividad, así como el respeto, así como para desarrollar la comprensión, la autoestima y la confianza en uno mismo.

Educación y niños con discapacidad: los niños con discapacidad tienen el mismo derecho a una educación de calidad, adaptada a las necesidades y particularidades de cada niño, fomentando su autoestima y autosuficiencia. Para estos niños es esencial la atención en la primera infancia. La educación de estos niños debe ser, además, inclusiva dentro del sistema general de educación.

12.

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

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 al niño, deberá ser tomada en cuenta a la hora de realizar la evaluación y determinación del interés superior del niño.

El derecho a la educación en la práctica de la determinación del interés superior del niño

En el caso de niños extranjeros, ¿acceden los niños extranjeros 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?

04 Garantías Procesales

El artículo 2 de la LOPJFM indica en su apartado 5 que la evaluación y determinación del interés superior del niño deberán, además, guardar las siguientes garantías procesales:

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

Los niños a los que afecte de forma directa una decisión tienen derecho a que su opinión sea debidamente escuchada y tomada en cuenta en el proceso. Tienen, además, capacidad para formar sus propias opiniones y derecho para expresarlas. Para que esta garantía procesal se cumpla, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

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

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

Se escuchará a los niños en un entorno y condiciones que faciliten su intervención en el proceso, tanto en cuestión de espacios, como de indumentaria de los trabajadores, o en la forma de comunicación. No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad.

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

Para hacer efectivo estos derechos del niño cabe preguntarse:

¿Se ha informado al niño sobre cómo, cuándo, dónde y quiénes van a escucharlo?

¿El contexto en el que tiene lugar la escucha es seguro e inspira confianza al niño?

¿Se garantiza la confidencialidad?

¿Se ha evaluado la capacidad del niño para formarse un juicio propio?

¿Se ha realizado alguna adaptación para permitir la participación del niño, en su caso?

¿Se han proporcionado intérpretes, traducciones, materiales y tecnologías especiales?

¿Se le ha explicado cómo se han tenido en cuenta sus opiniones?

02. LA INTERVENCIÓN EN EL PROCESO DE PROFESIONALES CUALIFICADOS O EXPERTOS

En el proceso de determinación del interés superior del niño deberán participar profesionales cualificados en derechos y necesidades de la infancia. Cuando se trate de un niño con necesidades particulares por sus condiciones personales (niños extranjeros, niños con algún tipo de discapacidad, 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.

03. LA PARTICIPACIÓN DE PROGENITORES, TUTORES, REPRESENTANTES LEGALES, DEFENSOR JUDICIAL O MINISTERIO FISCAL

Para determinar el interés del niño se deberá también hacer partícipes del proceso a quienes forman parte del entorno del niño. Los progenitores, tutores o representantes legales son quienes más cerca se encuentran del niño y quienes, en teoría, deberían proteger su interés. Sin embargo, en algunos casos pueden tener intereses contrapuestos con respecto a los niños. En cualquier caso, su participación en el proceso debe estar prevista y ser respetada. El defensor judicial y el Ministerio Fiscal participarán en el proceso cuando, precisamente, los niños se encuentren en situación de conflicto con sus representantes legales. Debe preverse la participación de estos actores en el proceso, para garantizar que los derechos del niño se respeten en todo momento.

04. 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 deberá reflejar a qué derechos del niño afecta y cómo; qué elementos de la evaluación del interés superior del niño 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 por qué.

05. EXISTENCIA DE RECURSOS QUE PERMITAN REVISAR LA DECISIÓN ADOPTADA

Tanto para recurrir aquellas decisiones que no hayan tenido en cuenta el interés superior de forma suficiente, como para revisar aquellas en las que las situaciones que las hayan dado causa hayan cambiado, es necesario que haya procedimientos y recursos habilitados previstos para revisar las decisiones que se tomen en relación con el niño.

Preguntas sobre aspectos procesales

¿Tiene el niño acceso a un asesoramiento y a una defensa adecuados?

¿Existe conflicto de intereses entre el niño y su representante legal?

El representante del niño ha transmitido correctamente las opiniones del niño al órgano decisor?

Preguntas

¿Están suficientemente explicadas las razones por las que se adopta la decisión? ¿Y por qué se descartan otras?

Preguntas

¿Existen recursos para que el niño pueda exponer la vulneración de su derecho a ser escuchado?

¿Existen recursos para que los demás interesados en el procedimiento puedan combatir la decisión?

¿Se han comunicado adecuadamente esos cauces de impugnación a los interesados?

05

Principios de Proporcionalidad y de Necesidad

La determinación del interés superior del niño teniendo en cuenta los elementos pertinentes antes expuestos debe atenderse, según la LOPJM, a los principios de proporcionalidad y de 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 esta integrada por el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Principio de necesidad: significa que no hay medidas alternativas a la que se toma para lograr el objetivo con igual eficacia, es decir, la medida adoptada es indispensable porque no existen otros medios menos lesivos para alcanzar el objetivo propuesto.

Principio de proporcionalidad: exige que haya una relación razonable entre el fin perseguido y el medio elegido, y que la medida no genere de forma evidente más perjuicios que beneficios en el conjunto de derechos e intereses en juego.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condensado estos principios en un “test de proporcionalidad” que exige al Estado probar en cada caso:

- A. Que la medida adoptada persigue un fin legítimo.
- B. Que existe una relación de conformidad o proporción entre los medios empleados y el fin pretendido.
- C. Que no existe otra medida que dañe menos el derecho y consiga idéntico resultado (que no haya ninguna medida menos gravosa para el niño)

.....

Autoras:

Clara Martínez García

Carmela del Moral Blasco

Equipo de investigación:

Irene Claro Quintans

Isabel Lázaro González

María José Lunas

Catalina Perazzo Aragonese

.....

Deposito legal:

M-35579-2017

Con la colaboración de:



El Ministerio de Economía, Industria y competitividad financia la elaboración de esta Guía en el marco del proyecto de I+D DER2013-47866-C3-2-P

(El interés superior del niño como derecho, principio y regla de procedimiento: la adaptación del derecho español y europeo)