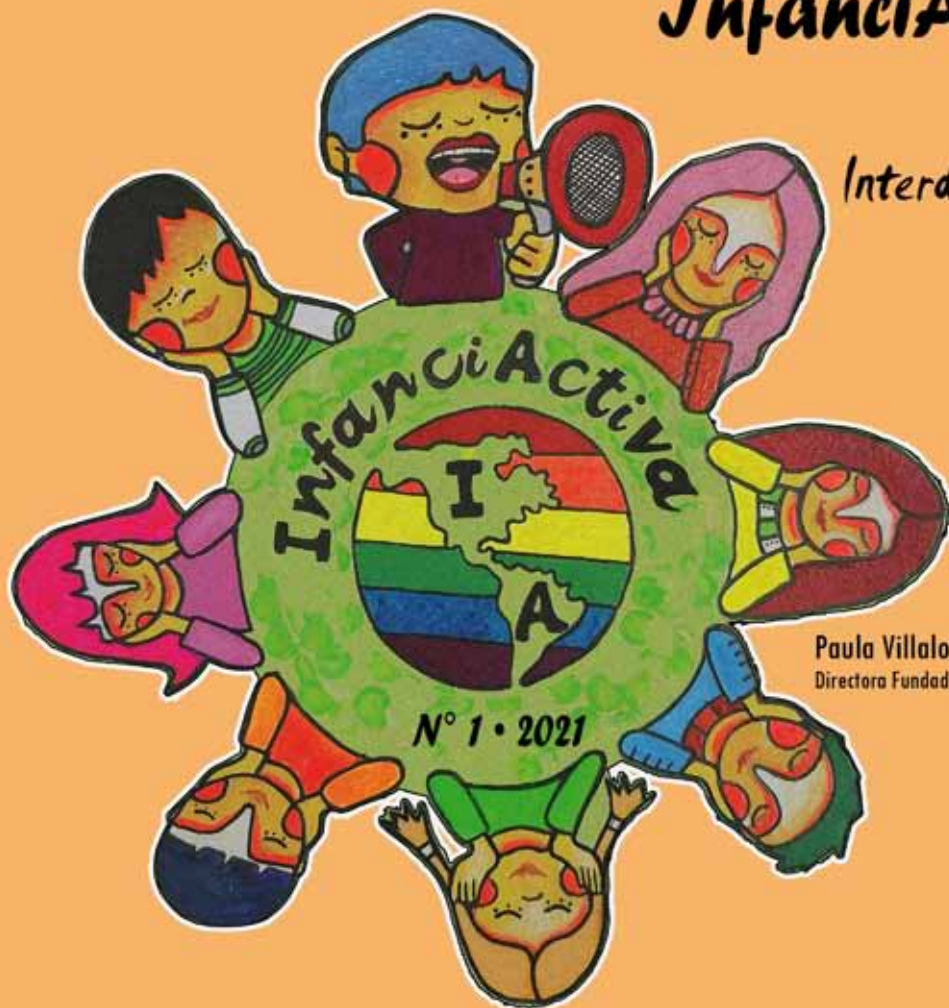


# InfanciActiva

Revista  
Interdisciplinar



Paula Villalobos Molina  
Directora Fundadora

Publicación digital, interdisciplinaria e intergeneracional, que toma en consideración la condición de los niños, niñas y adolescentes como actores sociales, haciendo énfasis en sus derechos y responsabilidades como ciudadanos y en su posición en la sociedad.

LIBROTECNIA  
**LIBROTECNIA®**



Paulo Gálvez Sofelo  
© Diseñador dibujo de Portada

## Evolución de la protección de la infancia, desde el discurso “los niños primero” hacia la consideración primordial del “interés superior de los niños, niñas y adolescentes”. Una visión desde la judicatura

Evolution of the protection of children, from the speech “the children first” to the primary consideration of the “superior interest of the children and adolescents”. A vision from the judicature

RODRIGO CERDA SAN MARTÍN\*

**RESUMEN:** En el presente artículo pretendemos mostrar el concepto, los alcances y las funciones del principio jurídico fundamental de interés superior de niñas, niños y adolescentes, desde una perspectiva judicial, pero teniendo en consideración los aportes provenientes desde los tribunales y organismos técnicos internacionales, la doctrina especializada y los protocolos elaborados por el Poder Judicial chileno.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos de la infancia – interés superior – aplicación jurisprudencial.

**ABSTRAC:** In this article we intend to show the concept, scope and functions of the fundamental legal principle of the best interest of girls, boys and adolescents, from a judicial perspective, but taking into consideration the contributions from the international technical courts and organizations, specialized doctrine and protocols prepared by the Chilean Judiciary.

**KEYWORDS:** Children’s rights – best interest – jurisprudential application.

### I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la infancia, y especialmente los primeros años de vida, constituye una etapa crucial en el desarrollo de las personas, en ella se asientan todos los cimientos para los aprendizajes posteriores,

---

\* Profesor de Derecho Procesal. Universidad de Concepción. rodcerda@udec.cl

el crecimiento y desarrollo cerebral, resultantes de la sinergia entre un código genético y las experiencias de interacción con el ambiente, van a permitir un incomparable aprendizaje y el desarrollo de habilidades sociales, emocionales, cognitivas, sensorceptivas y motoras que serán la base de toda nuestra existencia.

En razón de lo anterior la comunidad internacional y los Estados soberanos han asignado, de un tiempo a esta parte, especial relevancia a la regulación de mecanismos protectores de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA), de modo tal que su crecimiento se desenvuelva en contextos sociales adecuados, promoviendo el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Pero ello no siempre fue así, ya que lo común en todo el período anterior fue su invisibilidad, recién con la Declaración de Ginebra de 1924 se reconoció a los NNA como un grupo específico merecedor de protección, en razón de su estado de abandono físico y moral, bajo el contexto del modelo de la situación irregular, señalando en su principio 3° “los niños serán los primeros a recibir socorro en tiempo de dificultad”. Con posterioridad, dicho postulado derivó en el eslogan “*los niños primero*”, discurso que nos resulta familiar, pues casi un siglo después ha sido reutilizado, en el ámbito político chileno, para motivar a los distintos sectores de nuestra sociedad a la generación de un movimiento común a favor de los NNA.

Retomando la secuencia histórica de los avances en esta materia, a través de los tratados internacionales de derechos fundamentales, la Declaración de los Derechos del Niño (1959) afirmó que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Por su parte, en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN, de 1989) se manifiesta que “Convencidos de que la familia, 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, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

Dicha progresión favorable, aunque gradual, que se contiene en esas declaraciones y tratados, se tradujo en el desarrollo de la protección de los derechos de la infancia, sin embargo y previo a ello, los NNA fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solo se reconocían jurídicamente las facultades, generalmente discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado que quedaba fuera de la regulación de las cuestiones de interés general.

Posteriormente, se observó un aumento en la preocupación por este grupo etario, se comienza a reconocer que ellos podían tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres, surgiendo en ese momento una protección especial de carácter público.

En dicha evolución el principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos utilizados para avanzar en la protección, así ocurrió en la Declaración de Ginebra de 1924, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, siendo finalmente recogido por la CDN de 1989 como directriz guía.

Entonces, cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad, el principio de interés superior fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona titular de derechos, sujeto de derechos y no mero objeto de protección. Con la CDN se supera la doctrina de la situación irregular, al menos formalmente, para dar lugar a la doctrina de la protección integral, que concibe al NNA como un sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo, bajo la consigna "todos los derechos para todos los niños".

En tales términos, podemos afirmar que se ha producido una revalorización de las niñas y niños en su calidad de personas. Ciertamente, ha existido un ascenso general de las personas en el mundo occidental, que ha hecho valorar ciertas etapas de su vida, sobre todo las más decisivas en definición de la propia identidad y personalidad futura. De otro lado, ha habido un cambio en el autoritarismo familiar, rediseñándose nuevos roles individuales y familiares.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> DÍAZ (2010), pp. 246-247.

Por lo anterior, el contenido mismo del principio de interés superior ha variado. En un inicio, en un esquema paternalista, se consideraba como un acto de potestad del juez, en el que no estaba guiado por criterios jurídicos definidos sino que acudía a su actuar como “buen padre de familia”. En la actualidad, queda claro que los derechos de los niños no deben depender de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual, constituyendo un conjunto de derechos y garantías frente a la acción del Estado. Representan un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos que les reconoce el sistema jurídico vigente.<sup>2</sup>

A partir de la CDN se concreta un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño con el Estado y las políticas sociales, y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños y sus intereses en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos.

Los Estados parte de la Convención contrajeron obligaciones generales de *respeto y garantía* de los derechos allí reconocidos. La obligación de respeto es de carácter negativo e implica que el Estado se encuentra obligado a no violar los derechos, representando un límite claro de su ejercicio y actuación. Por su parte, la obligación de garantía es positiva e impone organizar todo el aparato estatal, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, para asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos.

Además los Estados tienen el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que garanticen la efectividad de los derechos humanos, sin que ello se limite al impulso de medidas de carácter legislativo, sino también de aquellas de carácter judicial, administrativo, cultural, educativo y las que sean necesarias para concretar los derechos.

Esta nueva forma de protección de la infancia reafirma que los niños, como seres humanos, tienen iguales derechos que todas las personas; pero, se especifican esos derechos generales de acuerdo a las particularidades de la vida y madurez de los niños; a su vez, se establecen

---

<sup>2</sup> Acerca de la evolución del concepto del interés del menor en el contexto jurídico internacional, ver RAVETLLAT y PINOCHET (2015), pp. 906-911.

derechos propios de los niños, derivados de la relación paterno-filial o de participación; se regulan los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y se orientan y limitan las actuaciones de las autoridades públicas y de las políticas públicas en relación a la infancia.

Mención especial merece la obligación de revisar toda la legislación interna de los Estados parte y las directrices administrativas conexas para garantizar el pleno cumplimiento de la Convención.

En el caso chileno, tal obligación de transformación y adecuación del sistema normativo interno ha sido asumida de forma parcial e inorgánica, incluso, después de treinta años de la vigencia de la CDN, aún no se dicta una Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y de la Adolescencia, que le dé una estructura sistemática a nuestra legislación en dicho ámbito.<sup>3</sup>

En razón de lo anterior, el Comité de los Derechos del Niño, en las observaciones generales a los diversos informes periódicos de Chile, ha ido representando diversos incumplimientos a las obligaciones contraídas, así en el año 2007 hizo una serie de recomendaciones, especialmente en materia de protección judicial a los/las menores de edad, difusión y protección de derechos, políticas públicas desde el interés superior del niño y protección de su integridad física y psíquica, identificando como uno de los problemas centrales que la legislación y la política

---

<sup>3</sup> De ello da cuenta el Informe del Comité de los Derechos del Niño (ONU), de 1 de junio de 2018, que incluye como una de las violaciones sistemáticas constatadas la falta de una ley integral de protección a la niñez basada en una perspectiva de derechos humanos (punto 116.b) i.), para luego recomendar, en el numeral VII.124.a), que el Estado parte adopte el paradigma de protección integral de la Convención, especialmente, aprobando con urgencia la ley de protección integral de la infancia y garantizando que esta sea conforme con la Convención. En similar sentido Unicef, a través de su representante en Chile, Paolo Mefalopulos (en entrevista contenida en la Revista Acceso a la Justicia “Niños, Niñas y Adolescentes” 6to número, p. 6), manifestó que la deuda actual más importante de nuestro Estado con la CDN es el establecimiento de un Sistema de Protección Integral de Derechos definido como “un conjunto legalmente establecido y coordinado por instituciones públicas y privadas que actúan a nivel nacional, regional y local, orientadas por una política pública destinada a respetar, promover, garantizar, proteger, restituir y restablecer los derechos de los niños, niñas y reparar el daño en casos de vulneración de los mismos”.



de la época no tuvieran en cuenta el principio de interés superior del niño. Toma nota, además, que la actitud paternalista frente a los niños afecta a su capacidad de ejercer los derechos; agrega que dicha garantía se ha transformado en ocasiones en un argumento para prescindir de la opinión de los NNA, en circunstancias que parte de esta garantía implica reconocer al NNA como sujeto de derechos y, por tanto, capaz de expresar su opinión tanto dentro de la familia como también ante autoridades administrativas o judiciales, en especial para que esta sea considerada en las decisiones que adopten.<sup>4</sup>

Con posterioridad, el mismo Comité, en las observaciones finales sobre Chile (2015), expresó su preocupación respecto de la legislación vigente, ya que tiene un enfoque tutelar incompatible con un marco jurídico adecuado que reconozca y garantice los derechos de la niñez, y solicitó al país que concluya rápidamente el proceso de reforma legislativa y promulgue una ley sobre la protección integral de los derechos del niño.<sup>5</sup> Asimismo, representó que en nuestro país continúa rigiendo un enfoque tutelar incompatible con un marco jurídico que reconozca y garantice los derechos de todos los NNA, lo que ha provocado la vulneración de derechos bajo la consideración que la filantropía, el proporcionar “techo y comida” o “separar de la familia”, es suficiente para proteger a los NNA vulnerados, sin preocuparse por una visión integral que permita mecanismos claros de participación, defensa y protección de sus derechos.

Al día de hoy, a diferencia de lo ocurrido con la mayoría de los países de América Latina que han dictado leyes integrales de protección, Chile sigue en mora, lo que impide poner en funcionamiento un verdadero Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que, de acuerdo a un estudio Unicef-Cepal, se configura como el conjunto de órganos, entidades, mecanismos e instancias a nivel nacional, regional y local, orientados a respetar, promover, proteger, restituir y restablecer los derechos de los niños y reparar el daño ante la vulneración de los

---

<sup>4</sup> Comité de los Derechos del Niño. Observaciones Finales: Chile. CRC/C/CO/3, del 23 de abril de 2007.

<sup>5</sup> Comité de los Derechos del Niño. Observaciones Finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. CRC/C/CHL/CO/3, del 30 de octubre de 2015.

mismos establecido por las legislaciones nacionales de infancia, teniendo particularmente en cuenta los mecanismos de relacionamiento entre las instituciones públicas y privadas del país, sus interacciones y complementariedades, en especial describiendo el vínculo entre el Estado y las organizaciones de la sociedad civil.

En consecuencia, solo a través de una ley y un sistema de esa naturaleza podremos abandonar definitivamente el abordaje de la niñez en situación de riesgo, como depositario de prácticas puramente asistenciales por parte de instituciones y programas típicos de las épocas previas a la CDN, en que los servicios de protección especial tratan en forma precaria e ineficaz de absorber las falencias de los servicios y programas sociales generales.

Por todo lo anterior, nos resulta paradójico y anacrónico el uso, por parte del gobierno actual, del eslogan “*los niños primero*”, al no plasmarse en decisiones concretas de otorgamiento de urgencia a la ley marco, sustantiva y prioritaria, dando preferencia a los proyectos del Servicio Nacional de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia y del Servicio Nacional de Reinserción Juvenil.

Tal omisión de desarrollo legislativo oportuno se hace más patente en las condiciones extraordinariamente duras de la emergencia sanitaria por pandemia en que nos encontramos, que ha golpeado especialmente a los grupos más vulnerables, entre ellos a la infancia, agudizando las históricas precariedades que han debido soportar.

Estimamos que el Estado, en todas sus áreas, incluso la jurisdiccional, no ha tenido la capacidad de proteger de un modo eficaz e integral los derechos de la infancia y, en parte, ello se ha debido a la ausencia de esa normativa sistemática que obligue a las instituciones a trabajar decidida y coordinadamente en su favor, postergando por largos treinta años el trabajo preventivo y aportando escasas herramientas para restituir y reparar las vulneraciones ya cometidas.

Hemos sido rápidos para ampliar la responsabilidad penal de NNA (2007) y lentos para establecer un sistema de protección integral de sus derechos. Mucha forma, poca sustancia; mucho diagnóstico, poca acción; mucha improvisación, poca planificación sistemática suficientemente



financiada. Y los tiempos que vienen, pospandemia serán igualmente duros. No se puede esperar más, la sola omisión ya es vulneración.

## II. CONTENIDO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR

Sin perjuicio de la visión crítica antes expresada, nuestro afán es propositivo, de modo que para contribuir en el efectivo avance del modelo de protección integral descrito, buscaremos precisar el contenido normativo del postulado ya aludido, pues por su intermedio el conjunto de derechos de los NNA obtendrá un mayor rendimiento.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 3.1 de la CDN “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Este principio rector también es mencionado en los artículos 9.1, 9.3, 18, 20, 21, 37 y 40 de la CDN, pero no explica o define qué ha de entenderse por interés superior del niño.

La vaguedad e indeterminación inicial del principio en estudio fue criticada, pues lo dejan sujeto a múltiples interpretaciones, con un amplio margen de discrecionalidad, que impiden una conceptualización uniforme y una utilización segura.

Se reprocha su amplitud y generalidad, toda vez que ello conspira al otorgamiento de un significado concreto y útil, lo que promueve la subjetividad incontrolable. Se reclama, así, que su interpretación no puede quedar sujeta a las convicciones y predilecciones de la institución, autoridad o tribunal que debe adoptar decisiones respecto de la forma de vida, patrimonio y libertad de los NNA.

Es por ello que la doctrina ha procurado entregar una comprensión del principio que supere tales objeciones, reduzca la indeterminación y favorezca la eficiente tutela de los derechos, aportando resultados predecibles.

Como punto de partida es necesario señalar que el legislador interno, en cada Estado parte, tiene dos posibilidades técnicas para la configuración del principio en estudio:

a) En primer lugar, la *cláusula general*, donde se recurre a estándares o conceptos indeterminados de valor, referidos a realidades que aunque en el inicio no permiten concreción, al ser trasladadas a situaciones específicas su aplicación conduce a determinado tipo de solución. Si bien dicha generalidad puede verse como una ventaja, pues con una sencilla definición se responde a los valores de justicia y razonabilidad referidos a situaciones empíricas, presenta como inconvenientes la inseguridad jurídica para el ciudadano y para el justiciable; y

b) En segundo lugar, como antítesis de la anterior, está la concreción del principio según *criterios normativos preestablecidos*, pautas a seguir en la toma de decisiones, representativas de lo que la sociedad considera como los factores más importantes y significativos del mismo. Si bien esta técnica genera la ventaja de una mayor objetividad y certeza, presenta como inconveniente el riesgo de provocar una rigidez excesiva y dejar afuera situaciones relevantes, pudiendo en todo caso salvarse este último inconveniente con la agregación de un criterio genérico.

En Chile el artículo 16, inciso primero, de la Ley N° 19.968, que creó los Tribunales de Familia, dispuso que este texto legal tiene por objeto garantizar a todos los NNA que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. Declara, asimismo, que su interés superior es un principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Por su parte, el artículo 2° de la Ley N° 20.084, que estableció el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, dispuso que en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos. Luego agrega, que en su aplicación las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la CDN y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

En tanto que la Ley de Adopción N° 19.620, establece en su artículo 1°, inciso 1°, que “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”.

En este ámbito el artículo 21 de la CDN es más tajante y habla que dicho interés será “la consideración primordial”, lo que ha permitido afirmar que aquí existiría una protección reforzada del derecho y que no admite ponderación.<sup>6</sup>

También podemos mencionar la Ley N° 21.057, que Regula las Entrevistas Video Grabadas y otras medidas en resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales, en cuyo artículo 3° letra a) alude al principio del interés superior, disponiendo que los NNA son sujetos de derecho, por lo que las personas e instituciones que deban intervenir en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento procurarán generar las condiciones necesarias para que en cada etapa del proceso aquellos puedan ejercer plenamente sus derechos y garantías conforme al nivel de desarrollo de sus capacidades.

La Ley N° 21.120, sobre Identidad de Género, en su artículo 5° letra g), también consagra el postulado en análisis, señalando que los órganos del Estado garantizarán a todos los NNA la máxima satisfacción en el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías, en los términos del artículo 3° de la CDN.

Si bien este grupo de normas contenidas en diversas leyes nos dan algunas luces adicionales respecto del contenido de protección de este derecho fundamental, se mantienen bajo la técnica de la cláusula general, dejando un amplio campo a la interpretación y discrecionalidad.

En cambio, el Proyecto de Ley de Garantías (Boletín N° 10.315-18), que se encuentra en actual tramitación en el Senado, en segundo trámite constitucional, postula proporcionar a quienes interactúen y tomen decisiones que puedan afectar a NNA un conjunto de indicado-

---

<sup>6</sup> En el artículo 3.1 de la CDN el interés superior del niño será “una consideración primordial”, pudiendo admitirse la ponderación en caso de colisión de principios.

res o criterios que les servirán de guías para aplicar de un modo más objetivo este principio.<sup>7</sup>

Primero, aporta un concepto al señalar *“Todo niño tiene derecho a que en las actuaciones y decisiones que le afecten, sea que provengan de autoridades legislativas, judiciales o administrativas, de las organizaciones de la sociedad civil, de instituciones privadas, o de los padres y/o madres, representantes legales o personas que los tengan legalmente a su cuidado, se considere primordialmente su interés superior, entendido como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los principios, derechos y garantías reconocidos en virtud del artículo 1”*.

Luego, enuncia los criterios a tener en cuenta: *“Para efectos de determinar el interés superior del niño en el caso concreto, la autoridad administrativa o judicial deberá considerar conjuntamente los siguientes elementos:*

*a) Los derechos actuales o futuros del niño que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad.*

*b) La opinión que el niño exprese.*

*c) La identidad del niño y las necesidades que de ella se derivan, sean éstas físicas, emocionales, sociales, culturales o de origen étnico.*

*d) La autonomía del niño y su grado de desarrollo.*

*e) Cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre el niño que haga necesaria una protección reforzada para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos.*

*f) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño considerando su entorno de vida.*

*g) La opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente.*

*h) 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.*

---

<sup>7</sup> Según texto ingresado el 2 de mayo de 2017 al Senado y que fue aprobado en general con fecha 29 de octubre de 2019.

*Tratándose de actos o decisiones que se refieran a la totalidad de los niños o a un grupo de ellos, se deberá evaluar el interés superior del niño atendiendo a las circunstancias generales o a las específicas del grupo al que se refiera la decisión”.*

Para Ravetllat y Pinochet,<sup>8</sup> el primer texto normativo que utilizó esta técnica de indicadores legales es el Código Civil, específicamente en los artículos 225-2 y 229,<sup>9</sup> conforme a la modificación introducida por la Ley N° 20.680 (2013), pretendiendo de ese modo la objetivación de las decisiones en materia de cuidado personal y relación directa y regular de los NNA.

### III. EL APOORTE DOCTRINARIO

Philip Alston y Bridget Gilmour-Walsh, citados por Díaz, consideran que la propia Convención da un marco ético y de valores sobre

<sup>8</sup> RAVETLLAT y PINOCHET, cit. (n.2), p. 920.

<sup>9</sup> Art. 225-2, en el caso del cuidado personal, deben considerarse y ponderarse conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar; b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad; c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo; d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229; e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades; f) La opinión expresada por el hijo; g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar; h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio; i) El domicilio de los padres; j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.

Art. 229, inciso 2°, en el caso del régimen de relación directa y regular, señala que los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente: a) La edad del hijo; b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos; c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado; d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

los cuales se consigue determinar el contenido del principio del interés superior del niño, es decir, que se le puede dar significado a través del estudio de los derechos allí consagrados. Además, la flexibilidad de este postulado admite que se involucren apreciaciones culturales en la Convención, lo que no implica que tales consideraciones puedan prevalecer sobre los derechos de los niños, por el contrario, deberán ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos.<sup>10</sup>

Por su parte, Gloria Baeza nos señala que el interés superior del niño es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar.<sup>11</sup>

Para Gonzalo Aguilar lo que se propone a través de este principio es que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. Exige tomar en cuenta al niño como ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado. Implica abandonar viejas presunciones y reconocer que los niños y niñas sí son capaces, sí pueden pronunciarse, incluso sobre los "estados del alma".<sup>12</sup>

Ravetllat y Pinochet añaden que es un principio general del derecho que puede ser considerado como un medio de información, de integración y de interpretación, tanto de las normas e instituciones en que esta cláusula general aparece incorporada, como de las instituciones y relaciones cotidianas que se vean afectadas, ya sea para detectar conflictos (antes desapercibidos o infravalorados), ya sea para solventar problemas en los que resulte afectado.<sup>13</sup>

A este esfuerzo de conceptualización debemos agregar el aporte de Cillero, quien desprende las siguientes características del principio en estudio: a) es una garantía, ya que toda decisión que concierne al niño debe considerar primordialmente sus derechos; b) es de gran amplitud, ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades

---

<sup>10</sup> DÍAZ, cit. (n.1), pp. 256-257.

<sup>11</sup> BAEZA (2001), p. 356.

<sup>12</sup> AGUILAR (2008), pp. 223-247.

<sup>13</sup> RAVETLLAT y PINOCHET, cit. (n.2), p. 905.



e instituciones públicas y privadas y a los padres; c) también es una norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos; y d) finalmente, es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.<sup>14</sup>

En síntesis, nos encontramos frente a un *principio general del derecho y norma de derecho internacional* que implica la plena satisfacción de los derechos de los NNA, de modo que su contenido de protección está constituido por los propios derechos que les reconoce el sistema jurídico actual. Asimismo, se erige como un marco y a la vez un límite en las relaciones de los niños y el Estado o sus propios padres, que llama a abandonar cualquier interpretación paternalista/autoritaria, de manera que el juez, el legislador o la autoridad administrativa ya no pueden entenderlo como un acto potestativo derivado de su investidura o poder y no de los derechos de los afectados. Sus *titulares* son los NNA, sujetos, además, de todos los derechos humanos, en cuanto tales y otros que les corresponden a modo de protección especial en su calidad de grupo más vulnerable. Sus *destinatarios* son el Estado, las entidades públicas y privadas, los padres y cuidadores, cuando intervengan, incidan o decidan asuntos que pueden afectar directa o indirectamente a los NNA, individual o colectivamente. Su *contenido de protección* es el ser o esencia del menor como persona, lo cual supone la protección y la salvaguardia de los derechos fundamentales, los derechos de su propia personalidad y como consecuencia de estos las demás prerrogativas que le son reconocidas en el ordenamiento, removiendo todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad.

#### IV. APORTES DESDE LOS ÓRGANOS INTERNACIONALES E INTERNOS

##### 1. En el ámbito internacional

Para los fines propuestos resulta ineludible tener en consideración las Observaciones Generales (N<sup>os</sup> 5 y 14) y las Opiniones Consultivas

---

<sup>14</sup> CILLERO (2004), p. 92.

(17/02 y 21/14) del Comité de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, órgano a cargo del control de cumplimiento de las obligaciones de los Estados parte de la CDN, en especial la Observación General N° 14 (2013), donde se elabora un concepto de triple dimensión:

a) En primer lugar, como *derecho sustantivo*, esto es, el derecho del niño a que su interés sea 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, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.

b) En segundo lugar, como un *principio jurídico interpretativo fundamental*, de modo que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la inteligencia que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

c) En tercer lugar, como una *norma de procedimiento*, cada vez que se deba adoptar una decisión que afecte a un niño concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general. El proceso de adopción de decisiones debe incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta expresamente ese derecho.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también se ha pronunciado acerca del alcance de este principio rector, desde el caso de los “Niños de la Calle Villagrán Morales y otros versus Guatemala” (sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63), donde declaró que los Estados deben velar por el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de los niños. Todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece.

En nuestro caso tiene especial relevancia lo resuelto en la causa Atala Riffo y niñas versus el Estado de Chile (sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239), en la cual dejó sentado que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención

Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En la especie observó que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Derecho que debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la CDN, el cual contiene adecuadas previsiones al respecto, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de este y no redunde en perjuicio de su interés genuino (párrafo 196). Además, de manera específica, la Observación General N° 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 (interés superior del niño) si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida (párrafo 197). Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de la CDN, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) no se puede partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones; ii) el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias; v) la capacidad del niño debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso, y vi) los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de la capacidad para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente (párrafo 198). Por otra parte, reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia,

el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la CDN no solo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, sus opiniones tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones (párrafos 199 y 200). Finalmente, la Corte constata que la Corte Suprema de Justicia chilena no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el tribunal observa que dicho tribunal no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las niñas, pero sin fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio

del interés superior del niño. Concluyó que la referida decisión de la Corte Suprema violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta (párrafo 208).

Asimismo, nos parece digno de mención el caso “Ramírez Escobar y otros versus Guatemala” (sentencia de 9 de marzo de 2018), referido a irregularidades en los procesos de adopción de niñas y niños de ese país, correspondiéndole a la Corte analizar y determinar si la separación de los hermanos Ramírez de su familia, por medio de la declaratoria de abandono, las posteriores adopciones internacionales y los recursos interpuestos contra estas acciones, violaron los derechos a no ser sometidos a injerencias arbitrarias en la vida familiar, a la protección de la familia, los derechos del niño, las garantías del debido proceso, la protección judicial y la prohibición de discriminación (párrafo 148). A modo de consideración general, la Corte alude a la existencia del *corpus juris* internacional de protección de las niñas y los niños, conforme al cual se analizan las obligaciones de los Estados (párrafo 149). Precisa que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Las niñas y los niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, la Convención dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o los niños, sean especiales o más específicas que las que se decretan para los adultos, y definidas según las circunstancias particulares de cada caso (párrafo 150). Respecto a la vida familiar, las niñas y los niños tienen derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. La Corte ha indicado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia. En este sentido, las niñas y los niños deben permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función de su interés superior, para optar por separarlos de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal (párrafo 151). Añade que en toda situación que involucre a niñas y niños se deben aplicar y respetar, de forma transversal, cuatro principios rectores, a saber: i) la no discriminación; ii) el interés superior del niño; iii) el derecho a ser

oído y participar, y iv) el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo. Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Reitera que el interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (párrafo 152). La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo de la niña o el niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, y en el bienestar de la niña o niño. Por tanto, no son admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (párrafo 153). En el caso, el proceso de declaración de abandono conllevó, desde su inicio, la separación de la familia Ramírez y la Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, en virtud del artículo 11.2 de la Convención, toda persona tiene derecho a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en su familia, y en especial las niñas y los niños, dado que la familia tiene un rol esencial en su desarrollo. En este sentido, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia (párrafo 162). La familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos. Esta familia debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. Recuerda que no existe una definición única de familia, así que la misma no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar solo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales (párrafo 163). Indica que una de las interferencias estatales más graves en la familia es la que tiene por



resultado su separación o fraccionamiento. Las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, son temporales (párrafo 165). Hizo presente que el Comité de los Derechos del Niño<sup>15</sup> ha señalado que entre las garantías procesales para velar por la observación del interés superior del niño se encuentra que “Los hechos y la información pertinentes para un determinado caso deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación del interés superior del niño. Entre otras cosas, se pueden mantener entrevistas con personas cercanas al niño, con personas que estén en contacto con el niño a diario y con testigos de determinados incidentes. La información y los datos reunidos deben verificarse y analizarse antes de utilizarlos en la evaluación del interés superior del niño o los niños” (párrafo 180).

## 2. En el ámbito nacional

Digno de mención es el Protocolo de Actuación Judicial confeccionado por el Poder Judicial chileno para mejorar el acceso a la justicia de grupos vulnerables, que contempla en el apartado sobre NNA las siguientes consideraciones para las y los juzgadores:

i) Deben observar este principio en todas las etapas del proceso judicial en las que intervenga una NNA, sin importar la materia de la que se trate ni la calidad en la que estos participen;

ii) Deben considerar que en algunas decisiones judiciales si bien las NNA no intervienen directamente, aquellas sí conllevan implicaciones para la infancia, debiendo ponderar también en estos casos los efectos que pueden tener en sus derechos; y

iii) No basta con mencionar el principio, es necesario además acompañarlo de una argumentación reforzada sobre por qué dicho principio debe ser tenido en cuenta.

---

<sup>15</sup> Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU CRC/C/GC/14, párr. 92.

## V. FACETAS DEL PRINCIPIO

Como corolario de todo lo señalado, podemos afirmar que la directriz en estudio presenta las siguientes facetas:

a) Es un derecho fundamental sustantivo y garantía de eficacia del resto de los derechos de los NNA;

b) Constituye una premisa y directriz estructural del sistema normativo, sin cuya presencia y respeto se hace irreconocible e incoherente.

c) Sirve de criterio interpretativo, en el sentido que los derechos de los niños deben ser interpretados sistemáticamente, ya que en su conjunto aseguran la debida protección a la vida, supervivencia y desarrollo de los mismos.<sup>16</sup> Durante la infancia/adolescencia la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida, lo que obliga a una valoración integral de toda posible afectación de tales derechos, pues ese análisis acabado potencia la tutela efectiva de los mismos. La plena satisfacción de los derechos del niño es parámetro y fin en sí mismo.

d) Como norma de procedimiento, para la adopción de cada decisión, exigiendo una previa evaluación de las diferentes consecuencias por opción, y el asentamiento de lo que en la situación concreta implica el interés superior del niño o grupo de niños involucrado, todo lo que debe, además, quedar explicitado en los razonamientos justificativos pertinentes.

e) Como mecanismo de resolución de conflictos entre los derechos contemplados en la CDN (autonomía progresiva; participación; libertad de conciencia, pensamiento y religión; de acceso a la información; a la salud y a la educación), recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, siempre y cuando la satisfacción conjunta no sea posible. Orienta las decisiones que protegen los derechos del niño.

---

<sup>16</sup> Así ha razonado la Corte IDH en caso de las "Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana". Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C N° 130, par. 134, p. 59.

f) Para evitar o restringir, en el ámbito de las garantías frente al sistema de persecución penal, la aplicación de medidas que puedan afectar su derecho a la libertad personal o integridad, bajo una errada interpretación del principio.

## VI. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA CHILENOS

Si bien el interés superior del NNA es un principio general aplicable a todos los ámbitos de juzgamiento, para los efectos de este análisis, nos enfocaremos en los conflictos de familia y penales.

### 1. Los Tribunales de Familia

Como aplicadores del principio del interés superior, los jueces nos vemos enfrentados a dos cuestiones fundamentales. Una de tipo objetivo, que comprende fines y medios, y otra, de tipo personal o subjetivo respecto a quién y cómo decide.

El primer aspecto se encuentra relacionado con lo expresado en los números anteriores, esto es, con la concreción objetiva del significado y contenido del principio; enseguida, con la fijación –hasta donde sea posible– de ciertos criterios objetivos de determinación del interés del NNA en concreto; y, además, se relaciona con los criterios subjetivos de valoración aceptables por parte de quien decide.

Como ya se dijo, para concretar el sentido del principio se debe analizar la situación que convenga al menor, poniendo especial relevancia en su futuro, y con un marcado predominio de su interés y conveniencias espirituales por sobre las materiales. El acento debe ser puesto en la estabilidad y paz psíquicas del menor, en particular en las primeras etapas de su vida, la infancia y primera juventud, como requisitos importantes para su desarrollo espiritual, y serán, por tanto, datos a tener en cuenta en toda decisión a adoptar en función del interés del niño.

Además, en las decisiones es preciso considerar los bienes y valores que encarnan los derechos fundamentales del menor, eligiendo la opción que de mejor manera satisfaga sus derechos, como la vida, su

dignidad o la mejor educación. Hecho eso, habremos de analizar otros bienes y derechos.

De otro lado, es necesario conocer a cabalidad las alternativas de solución existentes, para elegir la más adecuada. En efecto, en nuestra limitada realidad, a veces debemos optar no por lo que ciertamente es bueno para el menor, sino por la alternativa menos mala dentro de las posibles.

Los órganos jurisdiccionales estamos obligados a respetar este postulado en todas las etapas de un proceso judicial en los que intervenga un NNA, sin importar la materia de que se trate o la calidad con que participen. Otro tanto sucede con los procesos y decisiones que puedan afectar a personas menores de edad.

Lo anterior supone una actuación oficiosa de los jueces en la tutela de tales derechos; exhaustividad para atender la causa de pedir; y asistencia y representación necesaria, completa y oportuna para el ejercicio de sus derechos.

En cuanto a los criterios de valoración intersubjetivos a considerar por los jueces, Ravetllat y Pinochet<sup>17</sup> citan dos pronunciamientos jurisprudenciales relevantes de nuestro máximo tribunal. El primero, contenido en sentencia de 11 de abril de 2011, donde se señala que este principio tiene directa relación con el pleno respeto de los derechos esenciales de NNA, en procura del cabal ejercicio y protección de ellos y se identifica con la satisfacción plena de sus derechos, en su calidad de personas y sujetos de derecho. Asimismo, constituye un elemento importante de interpretación como norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna. El segundo, se plasma en sentencia de 14 de enero de 2013, donde identifica dicha cláusula general con los derechos del niño y del adolescente. De tal modo que al encontrarse presente y proyectarse en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de amplitud tal que obliga no solo al legislador sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres, interesa de sobre manera el aporte que tiene en el ámbito

---

<sup>17</sup> RAVETLLAT y PINOCHET, cit. (n.2), p. 917.

de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna.

Además, en la variada jurisprudencia de nuestros tribunales con competencia en asuntos de familia, podemos encontrar criterios específicos de valoración intersubjetivos, que han permitido ir determinando el principio en estudio en casos concretos, así:

a) En los juicios de alimentos, la consideración de las necesidades básicas y vitales materiales de NNA, así como también las de tipo espiritual, conforme a su edad y situación.

Como reflejo de este criterio, la Corte de Apelaciones de Concepción tuvo en cuenta las necesidades de los alimentarios, esto es, dos niños de 15 y 5 años de edad, escolarizados (kínder y 1° medio) y las condiciones de vida que sus padres les han dado. También, que la determinación del monto necesario para satisfacer sus necesidades constituye una labor jurisdiccional soberana y prudencial que debe tener en cuenta ciertos parámetros mínimos, obtenidos desde las máximas de la experiencia, tales como los gastos de educación, salud, vestuario, recreación, alimentación propiamente tal y vivienda, sirviendo al efecto, como meros datos ilustrativos, los informes sociales y los comprobantes de gastos, aportados. En la especie, ambos menores han crecido y se han desarrollado en una vivienda propia, cómoda y bien ubicada dentro de la ciudad de Los Ángeles, estudian en un colegio particular, son atendidos regularmente por profesionales de la salud cuando las circunstancias lo ameritan, contando con cobertura Fonasa (tramo C), asisten a actividades extra-programáticas y recreativas, se visten conforme a su nivel económico, el que se ha determinado a partir de los ingresos de sus padres, todo lo cual permite estimar sus necesidades (sentencia de 12 de septiembre de 2018, rol N° 169-2018, considerando 5°).

b) En los juicios de cuidado personal, relación directa y regular y medidas de protección, la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con su desarrollo gradual. Con la precaución de analizar que esos deseos sean producto de su autonomía, y no de una influencia ajena.

En este sentido Marcela Acuña<sup>18</sup> comenta un juicio sobre cuidado personal, donde los padres se disputaban la atribución de tal derecho-deber respecto de sus tres hijos. En primera instancia, se acogió la demanda presentada por el padre, confiándole el cuidado personal de sus hijos menores de edad y se estableció un régimen de relación directa y regular a favor de la madre demandada. Esta apeló del fallo ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, la que confirmó lo resuelto teniendo presente que en la actualidad el padre registra mejores habilidades parentales que la madre, lo que permite que las necesidades de los niños sean satisfechas de mejor manera y que, por otro, la madre ha sido renuente a la intervención que requería para superar las deficiencias en el ejercicio de su rol y aquellas relacionadas con sus características de personalidad. Asimismo, se consideró la opción manifestada por la hija mayor, de 16 años, respecto a su padre con quien deseaba vivir, indicando, además, que luego de la separación encontró un refugio en él, y que su hermano está mejor con ellos porque con su papá estudia (sentencia de 30 de abril de 2015, Rol 56-2015).

c) La consideración del mantenimiento del *statu quo* material y espiritual del menor, y la influencia en su personalidad, como en su futuro, en juicios de alimentos, cuidado personal, relación directa y regular y medidas de protección.

La Corte de Apelaciones de Arica confirmó la decisión de primer grado que mantuvo la medida cautelar de internación, no obstante haber transcurrido el plazo legal de duración (artículo 71 Ley N° 19.968), por encontrarse demostrada la seriedad de la situación de riesgo de los niños y porque fue el propio padre quien requirió el apoyo institucional para el cuidado de sus hijos; además, no se demostró un cambio sustancial de las condiciones de descuido y grave daño de los niños. La demora del procedimiento, en parte, es imputable a los padres, quienes no se presentaron a una audiencia y también se debió a causas de fuerza mayor, no imputables al tribunal ni a las partes (falta de personal idóneo para pericia psiquiátrica de los padres). El plazo legal cede a favor de los niños cuya protección se requiere. La consideración del interés superior del

---

<sup>18</sup> *Aplicación Judicial de la Autonomía Progresiva de los Niños*, Mercurio Legal, 4 de junio de 2015.



niño es un principio o estándar jurídico que guía la labor hermenéutica del tribunal, una norma jurídica directamente aplicable al caso, y en la especie justifica la aparente desobediencia del plazo legal. “Esa es precisamente una de las tareas principales de un juez, esto es, utilizar todo el sistema de fuentes jurídicas para la solución de un caso concreto en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho. De este modo, las decisiones judiciales van delimitando, llenando de contenido efectivo, los conceptos jurídicos indeterminados y las instituciones, como ha ocurrido en la especie con el interés superior del menor y, desde ahí, con la potestad cautelar del juez de familia”. “Así entendidos los derechos involucrados, vale decir, como instrumentos al servicio de la satisfacción de los bienes esenciales de la persona, desde el punto de vista de su existencia o bienestar, de su satisfacción o de su felicidad, toma un sentido vital y concreto este gran principio reforzador de la personalidad de los niños, empleando como guía de la decisión del conflicto particular, orientando al juez en la realización de una conducta jurídica coherente con los valores e intereses en juego, situados en la realidad de ese niño, en su dimensión humana y no sólo jurídica, optando por su mejor beneficio y menor perjuicio” (sentencia de 24 de abril de 2012, rol N° 44-2012, considerando octavo).

d) La consideración de su edad, sexo, personalidad, identidad, afectividad, creencias, entre otros factores personales.

En sentencia de primera instancia se acogió parcialmente la demanda de modificación de la relación directa y regular, de la cual apeló el demandado y la Corte de Apelaciones de Valparaíso revocó el fallo y, en su lugar, rechazó la demanda. El recurso de casación en el fondo fue rechazado por la Corte Suprema, teniendo en cuenta, entre otras razones, los hechos establecidos por los tribunales del fondo y que la decisión debe ser construida desde el punto de vista de lo ventajoso y beneficioso que será para el hijo (5 años) el ejercicio de dicho régimen, agregando que el argumento que dirime la contienda es aquel que permite discernir lo más conveniente para sus intereses (sentencia de 25 de abril de 2019, rol N° 8786-2018, considerandos 7°, 8° y 9°).

En otro caso sobre cuidado personal, el tribunal de primer grado acogió la demanda presentada por una cuidadora no pariente de una niña de 6 años de edad, dirigida en contra de sus padres. La Corte de Apelaciones de Punta Arenas rechazó la demanda y la Corte Suprema

desestimó la casación de fondo, para lo cual tuvo en consideración que el interés superior de la niña exige la conservación de todos sus derechos, incluidos los que la vinculan con su madre, en lugar de sustraerla definitivamente de su cuidado; atendido, además, que esta nunca ha estado inhabilitada física o moralmente; que ha logrado avances en el proceso de intervención para mejorar sus habilidades parentales; que el sistema de redes debe ser puesto en acción y a su servicio, a fin de completar su apoyo en los factores educativos; que permitir ejercer el rol materno en beneficio de su hija forma parte de dicho interés primordial. Añade que la sola merma de la potencialidad materna no permite concluir la necesidad de entregar el cuidado personal a la demandante, por el contrario, es deber del Estado velar por el normal desarrollo de NNA, según lo ordenan los tratados internacionales que ha suscrito, que se traducen en la obligación de otorgar a la progenitora todos los medios para superar tales falencias y acceder de mejor forma a la crianza de su hija. Más adelante, expresa que el interés superior del niño obedece a la categoría de aquellos conceptos indeterminados, que los sentenciadores de fondo deben configurar y concretar en coherencia con los hechos establecidos. El legislador ha entregado al órgano jurisdiccional la calificación de la conveniencia radicada en el interés del hijo, para decidir la atribución de su cuidado personal conforme a los parámetros que contempla el artículo 225-2 del Código Civil. Esto significa que la decisión que resuelva la controversia debe ser construida desde el punto de vista de lo ventajoso y beneficioso que será para el hijo el ejercicio de su cuidado por uno u otro progenitor, de manera que el argumento que dirime la contienda es aquel que permite discernir lo más conveniente para el niño y su interés (sentencia de 13 de agosto de 2020, rol 431-2020, considerandos 3° y 6°).

e) La consideración de los riesgos que existen en la situación actual y en los que se generarían cuando la decisión se adopte, en razón del interés del NNA, criterio especialmente relevante en el caso de las medidas de protección, donde debe considerarse cualquier daño que el niño haya sufrido o que está en riesgo de sufrir, debiendo el tribunal averiguar las circunstancias fácticas del daño o riesgo y, en su caso, adoptando las medidas adecuadas para proteger sus derechos.

Por decisión de primer grado se rechazó la medida de protección solicitada por el padre de los tres menores, quien denunció que la madre

de estos padecería de una enfermedad mental, con intentos de suicidio reiterados, además, que su pareja le tocó partes íntimas a una de sus hijas. El motivo principal de la desestimación fue el hecho que los padres de los menores suscribieron un acuerdo por escritura pública donde se entregaba el cuidado personal de los hijos al padre, regulándose un régimen de relación directa y regular respecto de la madre (sentencia de 23 de octubre de 2013, rit P-115-2013 del Juzgado de Letras de Mulchén). La Corte de Apelaciones de Concepción decidió invalidar lo actuado, de oficio, por omisión de diligencias probatorias esenciales, tendientes a indagar efectivamente sobre la existencia de los hechos denunciados, como lo ordena el inciso 3° del artículo 72 de la Ley N° 19.968, considerando que el principio del interés superior del niño no es disponible para las partes y obliga a adoptar las medidas necesarias para cautelar adecuadamente los derechos de los menores (sentencia de 28 de marzo de 2014, rol N° 488-2013, considerando 5°).

f) La ponderación de sus perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro, de un modo armónico con el desarrollo familiar.

Por decisión de primera instancia se acogió la solicitud de autorización de salida del país de un niño de 3 años, con su madre y por el plazo de un año. Apelado dicho fallo por el padre, la Corte de Apelaciones de Talca lo confirmó, con declaración que el niño debía ser traído a Chile cada tres meses para mantener la relación afectiva con el padre. Interpuesto recurso de casación en el fondo por este, fue rechazado (con un voto en contra), para lo cual tiene en cuenta que el viaje es solo por un año, será traído al país cada tres meses y puede mantener contacto por medios tecnológicos virtuales, además, hace presente los fuertes lazos familiares que le dan estabilidad emocional al niño no se verán alterados, estará en compañía de su madre, quien tiene el cuidado personal y conoce sus necesidades; estará en una situación material adecuada y rodeado de parte de su familia. Agrega que el entendimiento del principio de interés superior debe ser acorde a la evolución social de las familias, lo que implica respetar las individualidades de quienes conforman el núcleo familiar y asumir que la exigencia de una figura ideal de madre que, en cuanto cuidadora de su hijo, posterga su desarrollo en otras esferas de su vida (ella es actriz, que realizaría un curso intensivo de inglés en Estados Unidos), responde a una concepción estereotipada y que tampoco favorece al hijo (sentencia de 20 de abril de 2020, rol N° 358-2020, considerando 4°).

La consideración de los criterios precedentes y de otros utilizados por nuestros tribunales, demuestra un esfuerzo judicial por hacer efectivo el principio del interés superior del NNA, bajo parámetros aceptables intersubjetivamente, de acuerdo con los principios y valores preponderantes en el sistema constitucional y en la sociedad, y no por meras convicciones personales, subjetivas y arbitrarias. Además, sus decisiones consideran los múltiples componentes extrajurídicos que se relacionan con el subconsciente y los sentimientos de las personas involucradas.

Identificar y socializar criterios de validez intersubjetiva es muy relevante, pues los jueces debemos hacer siempre un juicio de valor razonable, a partir de los datos y circunstancias del caso concreto, una sensata ponderación de los hechos, la equilibrada valoración que mejor convenga al NNA, los beneficios, riesgos, ventajas y desventajas, todo lo cual debe conducir a una prudente decisión, en vista de la mejor protección de sus derechos fundamentales, con una visión de futuro más que de presente, y predominio de los bienes y valores espirituales sobre los materiales.

De todo lo dicho queda claro que el centro del análisis debe ser el NNA, sin embargo frente a la pregunta de ¿quiénes figuran normalmente como partes en los conflictos de familia en que sus derechos están involucrados? Nos percatamos que siguen siendo los padres o la autoridad oficial, quienes pretenden hacer prevalecer su visión, su interés, su derecho, incluso esgrimiendo el interés superior del niño.

Originalmente los procesos judiciales fueron diseñados por adultos y pensados para adultos, por ello se hace indispensable su adecuación o ajuste para la consideración real de las características específicas de la infancia y la vigencia de sus derechos. Es preciso considerar los derechos de la infancia/adolescencia en serio, esto es, con la intención positiva de respetar el derecho humano del niño a la participación, a la libre expresión y a su propia decisión.

## 2. Los Tribunales Penales

En el ámbito penal, el principio de interés superior también influye en el modelo de justicia para adolescentes, determinando la efectividad de los derechos fundamentales del menor. Constituye un criterio adicio-

nal que, junto a las garantías penales y procesales, marca un resultado conforme a los derechos fundamentales de los adolescentes y, por ende, la especialidad que lo diferencia del Derecho Penal de adultos.

Sobre el particular los artículos 37 y 40 de la CDN señalan los derechos y garantías fundamentales que deben respetarse, como mínimo, cuando se trata de la persecución penal adolescente.

De un modo sintético, podemos señalar que las características más destacadas del juzgamiento de imputados adolescentes en Chile, bajo el régimen de la Ley N° 20.084<sup>19</sup> y la consideración primordial del interés superior de los NNA, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos (artículo 2° LRPA) son las que siguen:

a) Consagración de un sistema punitivo especializado, que contiene una reacción normativa diversa, más flexible y moderada, en atención a su condición de persona en desarrollo, con una madurez incompleta y menores competencias sociales, por ende, más vulnerable a los efectos negativos del proceso penal y de la pena.

Se determina la ausencia de responsabilidad en las faltas penales para los menores de 16 años, salvo en aquellas aludidas en el inciso final del artículo 1° de la LRPA. En los demás casos, esto es, las otras faltas penales, el conflicto se traslada al conocimiento y decisión de los Tribunales de Familia, mediante el llamado procedimiento contravencional.

Además se establecen reglas especiales más benévolas para los delitos sexuales (artículo 4° LRPA) y en materia de prescripción de la acción penal y de la pena (artículo 5° LRPA).

b) Vigencia y respeto de todos los derechos y garantías penales y procesales generales, unidos a la consideración adicional, reforzada, de derechos y garantías específicos para adolescentes. Por ello se habla de un debido proceso penal reforzado, de mínima intervención.

Como manifestación de lo recién indicado, el adolescente imputado solo puede declarar ante el fiscal en presencia de su abogado defensor,

---

<sup>19</sup> Cuya vigencia data del 8 de junio de 2007, en adelante será designada como LRPA.

cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad (artículo 31 LRPA; 37.d y 40.2.b.ii CDN).

La cautelar personal más intensa para adolescentes, la internación provisoria, solo es procedente tratándose de la imputación de conductas que de ser cometidas por un adulto constituirían crímenes, haciendo aplicación del principio de proporcionalidad (artículos 32 y 33 LRPA).

Se propugna un mayor ejercicio del principio de oportunidad, debiendo el fiscal tener en especial consideración la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente (artículos 35 LRPA; 40.3.b CDN).

Se contempla la necesaria intervención de los padres o personas que tengan bajo su cuidado al imputado adolescente en las audiencias (artículo 36 LRPA).

Se refuerza el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y prudente acotando plazos legales de la tramitación (artículos 38 y 39 LRPA; 40.2.b.iii CDN).

c) Implementación de instituciones especializadas en las funciones de investigación, persecución, defensa y juzgamiento (artículos 29, 30 y 57 LRPA; 40.3 CDN), más un sistema de ejecución a cargo, fundamentalmente, de Sename y sus organismos colaboradores. Aunque en este aspecto, después de trece años de vigencia de la ley, se constata una deficiente implementación de sujetos procesales realmente especializados, salvo contadas excepciones, como acontece con la defensa penal pública para adolescentes.

d) Establecimiento de sanciones especiales para adolescentes (artículo 6° LRPA; 40.4 CDN) y un sistema de determinación de penas diverso al de adultos, con fines y funciones de la sanción propios de la adolescencia y proporcionadas a la edad del imputado.

Se declara que la finalidad de las penas es hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social (artículo 20 LRPA). En este aspecto, el artículo 40.1 de la CDN llama a tratar al adolescente de



manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover su reintegración y de que este asuma una función constructiva en la sociedad.

Para Lina Díaz, la Convención parte de una responsabilización del menor frente a la comisión de un ilícito, la cual debe proyectarse de una forma positiva que deberá ser percibida por el menor con claridad. El juez reprocha, confronta al sujeto con su conducta poniéndole de manifiesto su negativa relevancia social y le enfrenta con la norma positiva. De este modo, el interés superior del NNA supone partir de todo aquello que lo beneficie, a través de medidas integradas en un modelo de responsabilización del menor. Entendiéndose este principio como el interés en y para la educación del menor, favoreciendo el libre desarrollo de la personalidad, que le lleve a respetar los derechos y libertades, en consonancia con los bienes jurídicos ajenos y, en definitiva, a reintegrarle en la sociedad.<sup>20</sup>

Para esta autora se abandona la prevención general, que prima en el Derecho Penal de adultos al momento de conminar y adjudicar penas, por el objetivo de imponer medidas educadoras a los menores, o sea prevención especial. La prevención general solo permanecerá al momento de la conminación en ambos sistemas penales.

Sin embargo, ese no es el único sentido que se ha otorgado al fin de responsabilización, poniendo de relieve los otros bienes jurídicos en juego, esto es, aquellos que pretendían proteger la norma penal, con una función social. Dada esta comprensión, tal finalidad se reconduce hacia un afán retributivo o preventivo general, prevaleciendo el interés de la sociedad por sobre el interés del imputado adolescente.

Personalmente, estimamos que la responsabilización a que alude el artículo 20 de nuestra Ley N° 20.084, si bien comprende un interés social, solo alcanza a la adjudicación del castigo, relacionada, eso sí, con una intensidad punitiva provisional que se conecta con la penalidad señalada para los adultos, lo que se verifica al leer el artículo 21, otorgando, luego,

---

<sup>20</sup> DÍAZ, cit. (n.1) p. 271.

al momento de elegir la naturaleza de la pena y la intensidad definitiva, un papel preponderante al fin preventivo especial positivo, orientado a la integración social del adolescente sentenciado, lo que habrá de realizarse mediante la utilización de los factores de determinación contenidos en el artículo 24 del cuerpo legal ya citado.

De otro lado y como muestra de un trato moderado y diverso, en el caso de las sanciones privativas de libertad, ellas no pueden exceder de cinco años si el infractor adolescente tuviere menos de 16 años, o de 10 años si tuviere entre 16 y 18 años (artículo 18 LRPA). Además, la privación de libertad solo puede ser utilizada como medida de último recurso, manifestando que en ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad a un adolescente si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza (artículos 26 y 47 LRPA; 37.b CDN).

e) En la ejecución de la cautelar de internación provisoria y de las sanciones privativas de libertad se establece el principio de separación respecto de los adultos, debiendo las instituciones involucradas adoptar las medidas necesarias para dar estricto cumplimiento a este postulado (artículo 48 LRPA).

Asimismo, se establecen una serie de derechos de los adolescentes en la ejecución, como el trato, información, petición y asesoría de abogado (artículo 49 LRPA; 37.c CDN).

Estimamos, con la experiencia adquirida en el ejercicio de la jurisdicción penal, tanto como Juez de Garantía para adolescentes como Juez del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, hasta el año 2010, y a partir de esa época como Ministro de Corte de Apelaciones, que en los trece años de vigencia de la Ley N° 20.084 lo que ha primado es la orientación punitiva por sobre la de resocialización, con una utilización de la privación de libertad, como cautelar y como sanción, más allá de lo esperable atendidos los principios ya analizados, en especial el estándar de uso restringido de esta.

Lo anterior fue advertido en un temprano momento por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en el Informe 2010, donde recomendó a los poderes del Estado "limitar el uso de la privación de libertad como medida inmediata para los/as jóvenes procesados en

virtud de la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, reservando esta medida para casos excepcionales”.

Han pasado los años y el diagnóstico precedente no ha variado, así en el Estudio realizado por Unicef y la Defensoría Penal Pública (2020), se concluye un excesivo uso de la medida cautelar personal de internación provisoria, en un porcentaje equiparable al uso de la prisión preventiva respecto de los adultos, a saber: 170 imputados adolescentes por cada cien mil habitantes, en relación a 189 imputados adultos por cada cien mil habitantes. A ello debe agregarse que entre los años 2008 a 2018 un 12,9% de los adolescentes estuvieron seis o más meses en internación provisoria, y que cerca del 70% de ellos no recibió una sanción privativa de libertad, lo que demuestra la desproporción en el uso de la medida, no obstante la garantía normativa reforzada que existe.

De otro lado, la oferta de programas de reinserción social en el caso de las penas privativas, y las intervenciones desde la libertad de los condenados adolescentes no han dado los resultados esperados para su adecuada integración, existiendo una gran dispersión de orientaciones técnicas y líneas programáticas, con ausencia de un lenguaje común y modelos de evaluación.

En fin, pese a contar con una normativa compatible con los mandatos de la CDN, en la práctica no se han obtenido los resultados esperados, manteniéndose una mirada predominante desde el mundo adulto y del interés general de la sociedad, que desplaza el verdadero interés superior de los adolescentes infractores de ley penal. Esperamos que muchos de los defectos detectados sean subsanados con las modificaciones a la Ley N° 20.084 que contiene el Proyecto de Ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, entre otras, la depuración de las sanciones y el sistema de determinación de las mismas, que conduce a la aplicación de la sanción única, cualquiera sea el número de delitos cometidos.

## VII. ANÁLISIS DE ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES EN EL ÁMBITO PENAL

A pesar de la opinión expresada en el número anterior, con el afán de mostrar que no todo ha sido defectuoso o vulnerador, a continuación

extractaremos una serie de decisiones jurisdiccionales donde se puede constatar la consideración e incidencia de los principios rectores del sistema penal especializado para adolescentes, donde el interés superior debiera tener un papel primordial, como garantía de vigencia del resto de los derechos de los menores y también como criterio interpretativo.

1. La Corte Suprema rechazó un recurso de nulidad fundado en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por infracción al debido proceso, al haber valorado como elemento de cargo del acusado adolescente información obtenida a través de la figura de la delación compensada, contemplada en el artículo 4° de la Ley N° 18.314, de acuerdo a lo señalado en el artículo 1° inciso 2° del mismo cuerpo legal, modificado por la Ley N° 20.467 (sentencia de 9 de enero de 2014, rol N° 15.187-2013).

No obstante el rechazo del medio de impugnación se dejó sentado que "...ciertamente, tratándose de un inculpado menor de edad a la fecha de los ilícitos que se le atribuyen, no es admisible considerar directa e indirectamente evidencias obtenidas en un juicio distinto, dado que no hay discusión que de los hechos investigados se separaron las investigaciones respecto de los adultos y el menor concernido en esta causa; ni menos que se utilice aunque sea de manera oblicua, una situación excepcional que permite la Ley 18.314, en su artículo 4°, en cuanto faculta otorgar una disminución de la pena, tratándose de conductas terroristas, a los que llevaran acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, o dieran informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos, (esto último es la situación denunciada), ya que lo impide claramente la norma contenida en el actual texto del inciso segundo del artículo 1° de la ley 18.314 antes aludida, que excluye la aplicación de la normativa antiterrorista a los menores de 18 años, según se desprende con claridad de las modificaciones introducidas por las leyes 20.467 y 20.519" (considerando octavo).

Tal definición demuestra la existencia de este estatuto diferenciado y privilegiado de juzgamiento penal de los imputados adolescentes, que excluye regímenes de persecución penal de mayor dureza y rigor, a favor de su desarrollo futuro e integración social.

2. La Corte Suprema acogió un recurso de nulidad fundado en la causal prevista en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por estimar vulnerado el derecho a un debido proceso, toda vez que la policía actuó sin facultad legal para interrogar al imputado adolescente sin la presencia de defensor, contrariando lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley N° 20.084..." (sentencia de 22 de octubre de 2014, rol N° 23.683-2014).

En dicho fallo se aplica el estándar reforzado de protección de los derechos procesales del imputado adolescente, asegurándole un juzgamiento penal legítimo, con mayores garantías en relación a las personas adultas.

3. La Corte Suprema rechazó los recursos de nulidad intentados por las defensas de los imputados adolescentes, resultando especialmente interesantes en tanto se fundaron en las causales de las letras a) y b) del artículo 373 del Código Procesal Penal (sentencia de 23 de junio de 2015, rol N° 6298-2015).

En la primera causal se denunciaba infracción al debido proceso, al derecho de defensa letrada y al derecho a la no autoincriminación, toda vez que los policías concurrieron al domicilio del imputado adolescente quien, sin presencia de un abogado y sin estar enterado de sus derechos, reconoció su participación en los hechos investigados, esto es, un delito de homicidio simple.

Nuestro máximo tribunal reconoce que el artículo 31 de la Ley N° 20.084 previene condiciones particulares para el procesamiento de adolescentes, que se explican por su condición de personas en desarrollo que requieren de un sistema legal que garantice una reacción penal adecuada, que no les permite decisiones con entera libertad ni comprender necesariamente las consecuencias procesales de las mismas, sobre todo cuando se ven enfrentados a persecución penal. Agrega que la norma legal refuerza la garantía del debido proceso en su variante de la legalidad del procedimiento (considerando quinto).

Sin embargo, atendido el contexto fáctico que rodeó la declaración del imputado, esto es, ante la concurrencia de la policía a su domicilio, la entrevista previa con su madre, quien indica que su hijo no se encuentra y mientras dialoga con los funcionarios aparece intempestivamente el

menor, el que comienza a llorar y, ante el emplazamiento de su madre sobre el hecho que se estaba investigando, reconoce haber participado en el ilícito, dando detalles de este (considerando sexto), considera atendible lo sucedido, por tratarse de una situación que escapó a la actividad y control de la policía, afirmando que no resulta controlable el hecho que un adolescente, que acaba de participar en la comisión de un homicidio, se desborde emocionalmente y confiese espontáneamente el hecho, sin darles oportunidad de detener su relato, para cumplir las formalidades previstas en la ley, cuestión que es diametralmente opuesta a la práctica de un interrogatorio al menor, en que los policías formulen preguntas obviando la prohibición de efectuarlo sin la presencia de su defensor. Concluye que no aparece en este caso actuación ilegal que reprochar a los funcionarios investigadores, desde que no incurrieron en acción alguna que exceda sus márgenes de actuación y que haya motivado la espontánea confesión del adolescente. Agregaron que, sin ser determinante, no resulta posible entender que la sola presencia policial haya generado en el adolescente un grado tal de amedrentamiento que le hubiese forzado a confesar los hechos, dado el contexto en que se encontraba —en su casa y acompañado de su mamá— de manera que contaba con protección ante la eventual amenaza de los funcionarios que, en todo caso, debía ser acreditada (considerando séptimo).

En este aspecto existió un voto en contra que estimó vulnerado el derecho a no autoincriminarse.

En la segunda causal se reclamó la forma como se determinó la pena de los adolescentes, eligiendo los jueces del fondo la pena privativa más intensa (internación en régimen cerrado), no obstante tener otras dos alternativas (internación en régimen semicerrado y libertad asistida especial) más acordes a las reglas y principios bajo los cuales debe aplicarse la pena a este tipo de acusados, de acuerdo a lo previsto en los artículos 20, 24, 26 y 47 de la Ley N° 20.084.

La Corte consideró que las penas impuestas a los acusados adolescentes lo fueron dentro de los rangos permitidos por la ley. Como se trataba de un homicidio simple, con la rebaja de un grado desde el mínimo exigida por el artículo 21, la pena quedaba en el margen temporal de tres años y un día a cinco años, que conduce al numeral segundo del artículo 23, que facultaba la aplicación de esas tres penas, sin indicar un

orden especial de preferencia, de suerte que el tribunal puede imponer cualquiera de ellas (considerando décimo).

En cuanto a las restantes normas que se han tenido por infringidas, ellas obligan al tribunal a la ponderación de determinados factores y determinan como principio utilizar la privación de libertad como último recurso, teniendo en cuenta para ello las finalidades de la ley, no contienen, entonces, reglas precisas, sino los parámetros de imposición de la sanción, siendo obligatoria, en este contexto, la valoración de estas circunstancias, cuestión que aparece sobradamente cumplida en la sentencia que se revisa, desde que su razonamiento decimosexto expresa la estimación de cada uno de los factores señalados en el artículo 24 de la Ley N° 20.084 para decidir la sanción.

Si bien en este fallo se toman en cuenta, a lo menos en el discurso, los principios especiales que inspiran la individualización de las penas para adolescentes, ellos no son controlados en todo su contenido normativo. En efecto, no basta que el tribunal del fondo aluda al postulado o parámetro en cuestión; además, debe otorgarle el sentido que claramente describe, no de una forma binaria –del todo o nada– propia de las reglas jurídicas, que establecen o prohíben conductas determinadas, sino como mandatos de optimización que muestran el área tolerable de aplicación de la sanción y, a su vez, aquella otra área que resulta intolerable para el sistema.

Así, bajo una interpretación sistemática de las normas contenidas en los artículos 20, 24, 26 y 47 de la LRPA, orientada por la real consideración del interés superior del imputado adolescente, ante una penalidad probable compuesta por dos penas privativas de libertad y otra que no lo es, como ocurre con la libertad asistida, la postura inicial del juzgador debiera ser la imposición de esta última y solo aplicar la internación en casos calificados y con razonamientos justificativos suficientes de esta elección excepcional.

4. La Corte Suprema acogió un recurso de nulidad fundado en la causal prevista en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por estimar vulnerado el derecho a un debido proceso, en su vertiente del derecho a guardar silencio y al principio de no autoincriminación del adolescente, infringiendo lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley N° 20.084 (sentencia de 25 de febrero de 2020, rol N° 29.158-2019).

En efecto, el adolescente fue detenido por carabineros en situación de flagrancia, recibiendo el funcionario aprehensor una declaración autoinculpatória del imputado, llevándolo al lugar donde se encontraba el automóvil sustraído (considerando cuarto), sin avisar al Ministerio Público y sin presencia de un abogado defensor, gestión imperativa e ineludible (considerado quinto).

La Corte reitera que la Ley 20.084 establece un estatuto penal-sustantivo, penal-adjetivo y penal-ejecutivo especial para los adolescentes infractores, distinto del aplicable a los adultos, que con anterioridad a la ley citada y a la Convención sobre Derechos del Niño ya lo contemplaban el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos (considerando sexto). Asimismo, señala que las tres ideas principales de dicha protección internacional son: que la revisión judicial de la detención es una garantía esencial de todo detenido, que debe operar automáticamente, sin perjuicio de que pueda ser provocada mediante una petición; que para que sea efectivo el control judicial, este debe ser próximo en el tiempo al hecho de la detención; y que la protección se concreta mediante la exhibición personal del detenido al juez. Los instrumentos internacionales prescriben que los menores de edad deben ser conducidos ante los tribunales de justicia "con la mayor celeridad posible", determinando que la garantía de ser presentado "sin demora" ante un tribunal "se encuentra reforzada, y, por ende, se ha de ser más estricto con el Estado en cuanto a su cumplimiento" (considerando séptimo).

De otro lado, sostiene que la renuncia al derecho a guardar silencio y no inculparse solo se acepta previa asistencia de un letrado (considerando decimotercero).

Finalmente cita la reiterada jurisprudencia de la Sala Penal que destaca la trascendencia que revisten los derechos otorgados a los adolescentes por las normas de la Ley 20.084, sancionando con la nulidad las actuaciones realizadas en contravención a ellas y las decisiones judiciales dictadas como consecuencia de tales vulneraciones (SCS Rol N° 2995-12 de 18.04.2012; Rol N° 5012-12 de 04.07.2012; Rol N° 4760-2012 de 31.07.2012; y Rol N° 7670-12 de 13.12.2012; Rol N° 2304-2015, de 01.04.2015 y Rol N° 6298-2015, de 23.06.2015, entre otras).



## VIII. CONCLUSIONES

El principio del interés superior del NNA, del modo en que se encuentra consagrado en múltiples normas de derecho internacional e interno, constituye un concepto jurídico indeterminado, eminentemente abstracto, de contornos imprecisos, lo que hace necesario generar criterios adicionales de aplicación que permitan actuar y decidir correctamente en los casos concretos, de modo que se asegure el mejor rendimiento de los derechos de este grupo vulnerable de personas.

En ese sentido nos parece certera la denominación de “concepto dinámico” que utiliza el Comité de los Derechos del Niño, con un contenido de protección en formación, en constante desarrollo, destinado a facilitar a los agentes sociales su adecuada interpretación y puesta en escena en los casos concretos, garantizando el disfrute pleno y efectivo de los derechos de NNA.

Todo el recorrido que ha tenido este derecho fundamental sustantivo, principio general del derecho y norma de derecho internacional, en especial desde la vigencia de la CDN, nos lleva a reconocer su condición de máxima garantía de la vigencia y respeto de los demás derechos que se les reconocen a los NNA en el amplio sistema de fuentes jurídicas, configurando un marco y a la vez un límite en las relaciones de los niños y el Estado, otras entidades públicas o privadas y sus propios padres o cuidadores, quienes deben abandonar toda interpretación paternalista/autoritaria, de manera que el juez, el legislador, la autoridad administrativa o quien resuelva cuestiones que puedan afectarlos, ya no podrán tratarlos como meros objetos de protección, sino como sujetos de derechos, velando por el pleno desarrollo de su personalidad y, si es necesario, remover todo obstáculo que se oponga a él.

En cuanto a las funciones de este postulado, teniendo en cuenta aquellas desarrolladas en la Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño (2013), más los aportes doctrinarios y jurisprudenciales, es factible afirmar que el interés superior de NNA, además de ser un derecho fundamental sustantivo y garantía de eficacia del resto de los derechos de los NNA, constituye una premisa y directriz estructural del sistema normativo, sin cuya presencia y respeto se hace irreconocible e incoherente; además, opera como criterio interpretativo, en el sentido

que los derechos de los niños deben ser interpretados sistemáticamente, para su mayor rendimiento posible; también sirve como norma de procedimiento, para la adopción de cada decisión, exigiendo una previa evaluación de las diferentes consecuencias por opción, y el asentamiento de lo que en la situación concreta implica el interés de ese niño o grupo de niños involucrados, todo lo que debe, además, quedar explicitado en los razonamientos justificativos pertinentes; de otro lado, constituye un mecanismo de resolución de conflictos entre los derechos contemplados en la CDN, recurriendo a la ponderación, siempre y cuando la satisfacción conjunta no sea posible; y contribuye a evitar o restringir, en el ámbito de las garantías frente al sistema de persecución penal, la aplicación de medidas que puedan afectar su derecho a la libertad personal o integridad, bajo una errada interpretación del principio.

En relación a los avances en nuestro país, si bien en el ámbito judicial ha sido importante suscribir e implementar los Protocolos Iberoamericanos de Actuación Judicial, pues ello augura un efectivo mejoramiento en aspectos básicos de acceso a la justicia de NNA, al asumir y tomar conciencia de obligaciones concretas de funcionarios judiciales y jueces a favor de este grupo vulnerable de personas, tanto más relevante será el cambio si apuntamos hacia la real profundización de los derechos de la infancia, en los distintos ámbitos de juzgamiento en que se vean involucrados, incidiendo de un modo vinculante en el sentido mismo de la decisión.

No nos debemos quedar en la mera declaración de buenas intenciones y prácticas; además, es necesario el establecimiento de lineamientos claros y precisos para hacer realmente operativas, palpables, estas directrices.

Lo esperable es que el Poder Judicial chileno, de un modo institucional, adopte políticas claras para cumplir sustantivamente con los derechos de acceso y tutela judicial efectiva para una eficiente e integral protección de los derechos de los NNA, tal como ya se hizo en materia de igualdad de género y no discriminación, generando incluso un cuaderno de buenas prácticas específico, que muestre estándares de actuación mínimos aplicables a los distintos procesos en que ellos participen, conforme al cabal respeto y vigencia del interés superior que impone la CDN, identificando y eliminando los estereotipos y prejuicios que los adultos tenemos respecto de los NNA, mirándolos como proyectos de

persona que no han completado su formación y decidiendo acerca de su futuro desde nuestras visiones adultocéntricas, sin consideración de sus opiniones. Al igual que en materias de igualdad de género, el llamado debiera ser un juzgamiento con “*perspectiva de infancia*”.

Ciertamente, algo más se avanzó con el Protocolo de Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables, en tanto contempla un acápite relativo a los NNA, que entrega ciertos conceptos básicos, la enumeración del sistema de fuentes legales aplicables, nacionales e internacionales, una explicación somera de los principios generales que deben ser igualmente considerados y un conjunto de recomendaciones (14), que pretenden apoyar la labor judicial a través de un abanico de acciones tendientes a superar las barreras que enfrenta dicho grupo en el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, resulta todavía insuficiente, pues debe ir acompañado de una profunda capacitación de todos los funcionarios judiciales, de modo que se genere el cambio cultural indispensable para dar esa respuesta oportuna y de calidad que se espera de este poder estatal.

De otro lado, desde un espectro más amplio de análisis, podemos sostener que un reconocimiento real y efectivo del principio del interés superior de los NNA y, por ende, de sus derechos fundamentales, requiere que todos los órganos estatales, la sociedad civil organizada y cada uno de nosotros partamos por reconocer la ciudadanía de la infancia, sus capacidades para actuar, conforme a su autonomía progresiva y desarrollo evolutivo, dejando de lado, además, la creencia de que los hijos nos pertenecen y son de nuestra propiedad, que son objeto de protección y no sujetos de derechos.

En los difíciles momentos que estamos viviendo resulta ineludible repensar nuestra sociedad de un modo inclusivo, con nuestros NNA, sin invisibilizarlos, incorporando en el nuevo pacto sus intereses y visiones, oyéndolos efectivamente, teniendo en consideración sus realidades biográficas, sus diversidades, generando respuestas pertinentes y coherentes con el estatus ciudadano de la infancia y adolescencia. Ello implica deconstruir la situación todavía vigente de subordinación de los NNA a los adultos, reconociendo sus capacidades graduales, transfiriendo responsabilidades y poder de decisión, en apoyo intergeneracional a su cabal desarrollo humano.

Después de la “revuelta social” que comenzó en octubre de 2019 y de la pandemia de 2020, no podemos retomar la vida en sociedad de la misma manera. En el tránsito a ese pacto político renovador, debemos desarrollar un diálogo realmente simétrico, horizontal, inclusivo, donde todas las miradas cuenten, incorporando las experiencias de todas las generaciones de personas, cualquiera sea su edad o rol. Lo anterior significa explorar el mundo de la infancia, pero también el de la adultez.

Hasta ahora los adultos, como personas que estamos en la cúspide del desarrollo, hemos dominado en el ejercicio del poder, generando una sociedad de tipo adultocéntrica, marcadamente autoritaria respecto de la infancia, sin grandes espacios de diálogo, mediante una comunicación más bien vertical, todo lo cual conduce a la imposición de decisiones.

Nuestra opinión es que en una sociedad realmente democrática ello debe cambiar, cultivando una adultez coherente con el sistema político, esto es, generando aprendizajes de ida y vuelta, con diálogos simétricos, horizontales, respetuosos y en busca de soluciones colaborativas, en tanto sea posible, enseñando así con el ejemplo a los NNA acerca de la mejor forma de relacionarse intergeneracionalmente, con mayores posibilidades de lograr una convivencia sana y positiva. De ese modo, cuando lleguen a la edad adulta, probablemente repetirán esa forma virtuosa de relacionarse con las generaciones que vienen.

Creemos que esa podría ser la vía para comenzar a cumplir efectivamente con la consideración primordial del interés superior de NNA.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en García Méndez, Emilio; Beloff, Mary (compiladores), “*Infancia, Ley y Democracia en América Latina*”, Temis, Bogotá, 2004, tomo I, pp. 77-93,  
DÍAZ CORTÉS, LINA, *Introducción al Derecho Penal Juvenil*, Librotecnia, Santiago, 2010.

REVISTAS

AGUILAR CARVALLO, GONZALO: “El Principio de Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, año 6, N° 1, 2008, pp. 223-247.

BAEZA CONCHA, GLORIA: “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 2, 2001, p. 356.

RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC y PINOCHET OLAVE, RUPERTO, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 3, 2015, pp. 903-934.

