



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**El control de convencionalidad en las resoluciones de
conflictos de niños y adolescentes**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia
Política

AUTOR

Dante Francisco FLORES OSTOS

ASESOR

Raúl Roosevelt CHANAMÉ ORBE

Lima, Perú

2021



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Flores, D. (2021). *El control de convencionalidad en las resoluciones de conflictos de niños y adolescentes*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Dante Francisco FLORES OSTOS
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	10122631
URL de ORCID	
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Raúl Roosevelt CHANAMÉ ORBE
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	06125866
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-8879-9544
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	José Félix PALOMINO MANCHEGO
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06756703
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Krupskaya Rosa Luz UGARTE BOLUARTE
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	23955587
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Edgardo Gonzalo RODRÍGUEZ GÓMEZ
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	29617517
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Gilmer ALARCÓN REQUEJO
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	16436848
Datos de investigación	
Línea de investigación	No aplica.
Grupo de investigación	No aplica.
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Miraflores Calle: Prolongación Arenales 746 Latitud: -12.10714 Longitud: -77.03226
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2016 - 2020
URL de disciplinas OCDE	Derecho penal https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02 Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

En la ciudad de Lima, a los tres días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, siendo las diecisiete horas, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego, con la asistencia de los Profesores: Dr. Raúl Roosevelt Chanamé Orbe, Dra. Krupskaya Rosa Luz Ugarte Boluarte, Dr. Edgardo Gonzalo Rodríguez Gómez, Dr. Gilmer Alarcón Requejo y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Dante Francisco FLORES OSTOS**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LAS RESOLUCIONES DE CONFLICTOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES”**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con la calificación de catorce (14)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al **Mg. Dante Francisco FLORES OSTOS**.

Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo las dieciocho horas con treinta y cinco minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación virtual.

Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Presidente y Jurado Informante
Profesor Principal

Dr. Raúl Roosevelt CHANAMÉ ORBE
Asesor
Profesor Principal

Dra. Krupskaya Rosa Luz UGARTE BOLUARTE
Miembro
Profesora Auxiliar

Dr. Edgardo Gonzalo RODRÍGUEZ GÓMEZ
Jurado Informante
Profesor Contratado

Dr. Gilmer ALARCÓN REQUEJO
Miembro
Profesor Contratado

DEDICATORIA

A mi familia por ser un gran apoyo en mi vida profesional y personal, le agradezco cada palabra de aliento, cada consejo y cada abrazo.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por permitirme vivir y disfrutar cada día. Por la familia que me dio y bendecirme siempre rodeándome de personas de buen corazón que me brindan su apoyo.

A mis padres, por su apoyo incondicional y motivación constante, que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada, por su amor.

A la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, por ser el ente que me guío y que guiará a futuras generaciones para lograr una sociedad más justa.

A los maestros catedráticos de la Universidad, por haber coadyuvado a que pueda cumplir mis metas y siga incursionando en los avatares de la bella y complicada vida de las ciencias jurídicas.

A mi asesor de tesis, por brindarme su tiempo, apoyo y conocimientos desde el inicio hasta el final para la realización de mi investigación. Debo resaltar, su disponibilidad, lo cual me incentivó en avanzar con entusiasmo esta investigación.

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	7
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1. Situación Problemática.....	11
1.2. Formulación del Problema.....	13
1.2.1. Problema General.....	13
1.2.2. Problemas Específicos.....	13
1.3. Justificación de la Investigación.....	14
1.4. Objetivos de la Investigación.....	15
1.4.1. Objetivo General.....	15
1.4.2. Objetivos Específicos.....	15
1.5. Formulación de las Hipótesis.....	16
1.5.1. Hipótesis General.....	16
1.5.2. Hipótesis Específicas.....	16
1.5.3. Identificación de Variables.....	19
1.5.4. Operacionalización de Variables.....	19
1.6. Metodología Aplicada.....	20
1.6.1. Tipo y Diseño de Investigación.....	20
1.6.2. Técnicas de Recolección de Datos.....	20
1.6.3. Análisis e Interpretación de la Información.....	21
CAPÍTULO II: ESTADO DE LA CUESTIÓN	
2.1. Antecedentes del Problema.....	22
2.2. Bases Jurídicas que Desarrollan el Enfoque.....	23
2.2.1. El Control de Convencionalidad.....	23
2.2.2. El “Interés Superior del Niño” como Herramienta de Protección de Derechos de los Niños y Adolescentes.....	63

2.3. Enfoques Jurídicos Aplicados al Caso Concreto.....	99
2.3.1. El Sistema Internacional de Protección de los Derechos de la Infancia y Adolescencia.....	99
2.3.2. La Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el Derecho Interno.....	112
2.3.3. Posturas sobre la Jerarquía de la Convención sobre los Derechos del Niño en el Derecho Interno.....	115
2.3.4. La Postura del Código de los Niños y Adolescentes (CNA) sobre la Aplicación de la Convención.....	119

CAPÍTULO III: TOMA DE POSTURA

3.1. Análisis de la Información.....	125
3.1.1. El Texto de la Convención sobre los Derechos del Niño.....	125
3.1.2. Aspectos Generales en la Convención sobre los Derechos del Niño.....	127
3.1.3. Los Derechos Específicos del Niño en la Convención sobre los Derechos del Niño.....	141
3.1.4. El Principio Pro Infante para la Promoción de los Derechos del Niño.....	167
3.1.5. El Comité de los Derechos del Niño.....	168
3.2. Propuesta de Solución del Problema con Fundamento Teórico.....	173
3.2.1. La Competencia en Materia de Niños y Adolescentes de la Justicia Especializada en Familia.....	173
3.2.2. La Aplicación del Control de Convencionalidad en la Resolución de Conflictos de Niños y Adolescentes.....	179
3.2.2.1. La Aplicación del Control de Convencionalidad en los Procesos de Impugnación de la Filiación Matrimonial y Extramatrimonial.....	179
3.2.2.2. La Aplicación del Control de Convencionalidad en el Proceso de Alimentos.....	192
3.2.2.3. La Aplicación del Control de Convencionalidad en el Proceso de Adopción en Casos de Excepción.....	201
3.2.2.4. La Aplicación del Control de Convencionalidad en los Procesos de Patria Potestad.....	204

CAPÍTULO IV: CONSECUENCIAS

4.1. Consecuencias de la Implementación.....211

4.2. Beneficios que Aporta.....213

CONCLUSIONES.....218

RECOMENDACIONES.....223

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....224

RESUMEN

El presente estudio se ha realizado con el propósito de ofrecer aportes significativos respecto a la aplicación del Control de Convencionalidad en las resoluciones de conflictos de niños y adolescentes, según el marco legal peruano. Para esto, se utilizó la metodología de la investigación científica, que permitió llevar a cabo los aspectos importantes del estudio.

Asimismo, en este estudio se utilizó el tipo de investigación dogmático – jurídica. Las técnicas del estudio están conformadas por “el análisis documental”, “el análisis de la legislación” y “el análisis de la jurisprudencia”. Los instrumentos del estudio están conformados por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. En la doctrina nacional y comparada se obtienen los diferentes puntos de vista sobre “el Control de Convencionalidad” aplicado a los derechos de niños y adolescentes, para luego ser analizadas de manera pertinente en el contenido del estudio, con sus respectivas interpretaciones. En complemento, el análisis dogmático jurídico del estudio fue realizado de manera ordenada dentro del “Estado de la Cuestión” para luego exponer las consecuencias de su implementación.

Para finalizar, en el último apartado de la tesis se concluye con las conclusiones que se dan como resultado de la investigación, los mismos que se pueden aplicar en los procesos de familia. Con esto, se facilitan las recomendaciones, que se consideran como factibles y aplicables a la realidad nacional.

PALABRAS CLAVES: Control de Convencionalidad, derechos de niños y adolescentes, “interés superior del niño, sistema internacional de protección”, jerarquía de la convención.

ABSTRACT

The present study has been carried out with the purpose of offering significant contributions regarding the application of the Control of Conventionality in the resolution of conflicts of children and adolescents, according to the Peruvian legal framework. For this, was used the methodology of the scientific investigation, which allowed carry out the important aspects of the study.

Likewise, in this study the type of dogmatic – legal research was used. The study techniques are made up of “the documentary analysis”, “the analysis of the legislation” and “the analysis of the jurisprudence”. The instruments of the study are made up of doctrine, legislation and jurisprudence. In the national and comparative doctrine different points of view are obtained about the Control of Conventionality applied to the rights of children and adolescents, to be analyzed in a relevant way in the content of the study, with their respective interpretations. In addition, the legal dogmatic analysis of the study was carried out in an orderly manner within the State of the Question to later expose the consequences of its implementation.

Finally, the final section of the thesis concludes with the conclusions that are given as a result of the research, which can be applied in family processes. With this, the recommendations are provided, which are considered feasible and applicable to the national reality.

KEY WORDS: Control of Conventionality, rights of children and adolescents, best interests of the child, international protection system, hierarchy of the convention.

INTRODUCCIÓN

La “Convención sobre los Derechos del Niño” es un tratado internacional sobre derechos humanos que está integrado por una lista mínima de derechos específicos de la infancia, con carácter vinculante para los Estados ante todo niño o adolescente sometido a su jurisdicción y con mecanismos de supervisión para el cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados.

La aplicación de la “Convención sobre los Derechos del Niño” debe preferir una interpretación a favor del interés superior del niño, por ser esta la finalidad específica del tratado. “Este principio de interpretación es denominado como el criterio de la prevalencia de la norma más favorable a las personas protegidas (interpretación pro homine) en los tratados de derechos humanos”.

El presente estudio busca analizar el Control de Convencionalidad que deben realizar los jueces en las resoluciones de conflictos de niños y adolescentes. Se debe considerar que la “Convención sobre los Derechos del Niño” (CDN) protege derechos esenciales de niños y adolescentes como el derecho del niño a su identidad biológica (art. 7.1), “el derecho del niño a un nivel adecuado para su pleno desarrollo” (art. 27), “la adopción como la mejor solución para el niño que carece de familia” (art. 21), y los padres tienen la responsabilidad en la crianza y el desarrollo del niño (art. 18). Esto impone la obligación de aplicar la Convención (CDN) en los razonamientos jurídicos, “estableciendo el alcance de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la prioridad y los límites que ellos poseen cuando exista un conflicto con derechos de otras personas, y los medios jurídicos para otorgarles una protección adecuada”. La protección legal de tales derechos en los procesos judiciales que se presentan como producto de los problemas frecuentes en la vida cotidiana de nuestra sociedad es una cuestión recurrente y de suma importancia en el ámbito jurídico.

Por tal motivo, “se procederá a exponer algunos conceptos generales sobre el tema de la Convención, para luego mostrar la aplicación del control de convencionalidad en algunos procesos judiciales vinculados al derecho de familia, tales como la impugnación de la filiación matrimonial y extramatrimonial”, los alimentos, la patria potestad, y la adopción por excepción.

En “el CAPÍTULO I, se presenta el Planteamiento del Problema, que utiliza la metodología científica, desde la descripción de la situación problemática, formulación del problema, justificación, objetivos, hipótesis, variables e y metodología”.

“En el CAPÍTULO II, referido a Estado de Cuestión, comprende los antecedentes del problema, las bases jurídicas, y los enfoques jurídicos aplicados al caso concreto, las mismas que se llevaron a cabo con el apoyo de material procedente de especialistas nacionales e internacionales respecto al tema”.

“En el CAPÍTULO III, se presenta la Toma de Postura, que comprende el análisis de la información, y la propuesta de solución del problema con fundamento teórico, que toma en cuenta la legislación y la doctrina”.

“En el CAPÍTULO IV, referido a las Consecuencias, comprende las consecuencias de la implementación y los beneficios que aporta. Dichos resultados sirvieron para conocer la utilidad del Control de Convencionalidad en los derechos de niños y adolescentes”.

Por último, se mencionan “las Conclusiones y Recomendaciones. Las conclusiones como resultado de la información obtenida que se desprende de la investigación. En cuanto a las Recomendaciones expresadas en este estudio, se puede afirmar que las sugerencias propuestas son practicables, con la finalidad de optimizar los derechos de niños y adolescentes”.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Situación Problemática

“En el tema del Control de Convencionalidad a lo largo de su reconocimiento, se ha incrementado moderadamente su desarrollo jurisdiccional y doctrinal en el ámbito internacional. La aplicación y la vinculatoriedad de dicho instituto se han extendido a todo el sistema de protección internacional de los derechos humanos y convencionales. Es así que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha pronunciado sobre la obligatoriedad del Control de Convencionalidad en reiterada jurisprudencia. Por ello, se ha sentado determinadas precisiones sobre su aplicación y su alcance a nivel interno de los Estados parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”.

“La primera vez que se impuso el concepto de Control de Convencionalidad a nivel de la CIDH se dio con ocasión de la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, por lo que están obligados a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. *Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sujetos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos*. En otros términos, el Poder Judicial debe ejercer una especie de Control de Convencionalidad entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derecho Humanos. En esta labor, el Poder Judicial debe considerar no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención Americana”¹.

¹ CIDH, 2006, fundamento 124

En este contexto, “las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘Control de Convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención, evidentemente en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana”².

“Bajo ese enfoque, existen varias sentencias en las que se desarrolla y precisa el alcance del Control de Convencionalidad a nivel del derecho interno de cada Estado miembro de la CDN. En el caso del Estado peruano, la realidad muestra que, si bien es bastante conocida la obligatoriedad del Control de Convencionalidad, ésta no se aplica de tal forma, ya que dicho control pareciera funcionar únicamente a nivel de nuestro Poder Judicial, contraviniendo directamente lo previsto en la CDN”³.

“En el marco de la protección regional de los Derechos Humanos, la figura del ‘Control de Convencionalidad’ surge como una herramienta para velar por el respeto de los derechos de niños, por parte de los tribunales nacionales. Resulta interesante la incidencia que esta herramienta aporta a la praxis judicial interna, y el aporte que brinda en países en vías de desarrollo legislativo como el nuestro, marcado por el lento avance de las reformas en temas de Derechos Humanos”.

² “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México”, supra nota 1, párr. 225

³ CIDH, 2006, fundamento 124

“Como se recuerda, la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en 1989 significó un gran avance para nuestro país, es así que, teniendo en cuenta las preocupantes estadísticas en distintas materias, que afectan los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes del país, es necesario analizar por medio del Control de Convencionalidad, la forma en que nuestros juzgados reconocen los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a la luz de los instrumentos internacionales.

Por lo anterior, en este estudio no solamente se realiza un análisis doctrinal del Control de Convencionalidad, sino que también se analiza la incidencia práctica de la misma herramienta en materias determinadas de la Familia y la Infancia. Se revisa de manera exhaustiva si la Corte Suprema mediante la herramienta del Control de Convencionalidad realiza una correcta aplicación e interpretación de la legislación nacional e internacional, en atención a la Convención sobre los Derechos del Niño y los demás Tratados Internacionales relacionados”⁴.

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema General

¿De qué manera la “aplicación del Control de Convencionalidad” por los magistrados contribuye en las Resoluciones de Conflictos de Niños y Adolescentes en los “juzgados especializados de la Corte Superior de Justicia de Lima”?

1.2.2. Problemas Específicos

- ¿De qué forma la “aplicación del Control de Convencionalidad” por los magistrados contribuye en la resolución de conflictos en los procesos de impugnación de la filiación matrimonial y extramatrimonial de los juzgados especializados?

⁴ Salgado C. Calderón C. “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EJERCIDO POR LA CORTE SUPREMA: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE FAMILIA E INFANCIA”. Tesis para Licenciatura, Universidad de Chile. 2016.

- ¿De qué forma la “aplicación del Control de Convencionalidad” por los magistrados contribuye en la resolución de conflictos en los procesos de alimentos de los juzgados especializados?

- ¿De qué forma la “aplicación del Control de Convencionalidad” por los magistrados contribuye en la resolución de conflictos en los procesos de adopción por excepción de los juzgados especializados?

- ¿De qué forma la “aplicación del Control de Convencionalidad” por los magistrados contribuye en la resolución de conflictos en los procesos referidos a patria potestad de los juzgados especializados?

1.3. Justificación de la Investigación

a) Aspecto teórico

“Nuestro punto de análisis se centra en la obligatoriedad de la aplicación del Control de Convencionalidad en atención al desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Convención sobre Derechos del Niño. Así, se considera este estudio como una fuente de análisis comparativo para otros escenarios, vale decir, como material bibliográfico que pueda ser utilizado debido a la escasa doctrina desarrollada que existe a nivel nacional sobre el tema. A su vez, puede tomarse algunos aspectos a desarrollar dentro de este estudio como los acápites vinculados a la protección internacional de los derechos de niños y adolescentes.

La información de este estudio contribuye a comprender de una mejor manera los alcances de la obligatoriedad del Control de Convencionalidad en conflictos de niños y adolescentes, a su vez, clarifica de mejor manera la implicancia que tiene dicho instituto en el marco del derecho interno peruano. En tal sentido, se logra satisfacer un conocimiento que necesita ser

aclarado y comprendido desde diversos aspectos, siendo en este caso el factor jurisprudencial el más resaltante”⁵.

b) Aspecto práctico

“La presente investigación tiene la finalidad de analizar los alcances que puede tener el Control de Convencionalidad dentro de los parámetros que impone el derecho interno peruano, así, podremos esclarecer los efectos que se despliegan de dicho instituto jurídico y ayudar al entendimiento de la necesidad y obligatoriedad de su aplicación *para la protección de los derechos de niños y adolescentes*. El alcance social de la presente investigación se extiende a las áreas interesadas en la protección de los derechos del niño, en particular, a nivel judicial”.

“Esta investigación está orientada a responder a una problemática notoria y controversial que surge por el escaso pronunciamiento judicial a nivel nacional sobre el tema. La finalidad del estudio es poner en evidencia la importancia y necesidad de una correcta aplicación del Control de Convencionalidad en toda la magnitud de su alcance para casos de conflictos de niños y adolescentes. Bajo tal consideración, es totalmente conveniente el desarrollo de nuestra investigación, puesto que constituye un aporte teórico al terreno del derecho civil.

De otro lado, el desarrollo metodológico de esta investigación puede ser tomado en consideración como modelo para futuros análisis. Básicamente, el modelo consiste en la descripción y comprensión del alcance del Control de Convencionalidad, su consecuente obligatoriedad y su vinculación con el derecho interno peruano”⁶.

1.4. Objetivos de la Investigación

1.4.1. Objetivo General

⁵ Sedano p. “LOS ALCANCES DE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNO PERUANO”, UAC, 2016.

⁶ Sedano p. “LOS ALCANCES DE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNO PERUANO”, UAC, 2016.

Explicar como la “aplicación del Control de Convencionalidad” por los magistrados contribuye en las Resoluciones de Conflictos de Niños y Adolescentes de los “juzgados especializados de la Corte Superior de Justicia de Lima”.

1.4.2. Objetivos Específicos

- Explicar como la “aplicación del Control de Convencionalidad” por los magistrados contribuye en las resoluciones de conflictos en los procesos de impugnación de la filiación matrimonial y extramatrimonial de los juzgados especializados.

- Explicar como la “aplicación del Control de Convencionalidad” por los magistrados contribuye en las resoluciones de conflictos en los procesos de alimentos de los juzgados especializados.

- Explicar como “la aplicación del Control de Convencionalidad” por los magistrados contribuye en las resoluciones de conflictos en los procesos de adopción por excepción de los juzgados especializados.

- Explicar como “la aplicación del Control de Convencionalidad” por los magistrados contribuye en las resoluciones de conflictos en los procesos referidos a patria potestad de los juzgados especializados.

1.5. Formulación de las Hipótesis

1.5.1. Hipótesis General

En el ámbito del derecho de familia, la “aplicación del Control de Convencionalidad” por los magistrados contribuye a proteger los derechos humanos de carácter esencial en las resoluciones de conflictos de Niños y Adolescentes de los juzgados especializados de la Corte Superior de Justicia de Lima. Es posible señalar, que todos los jueces vinculados a la administración de justicia en todos los niveles tienen la obligación de ejercer de oficio el control de convencionalidad a fin de verificar que las normas internas se ajusten a las normas y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), para proteger los derechos humanos de los niños

y adolescentes, siempre en el marco de sus competencias respectivas y las regulaciones procesales respectivas.

1.5.2. Hipótesis Específicas

Hipótesis 1.- Sobre la “aplicación del control de convencionalidad” por los magistrados en los procesos de impugnación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, de los juzgados especializados, es posible indicar que según el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el ejercicio de los derechos específicos de la infancia debe ser reconocido a todo niño, niña o adolescente, sin distinción alguna, independientemente de cualquier condición referida al estado civil de los padres o al origen de la filiación, por ende resulta evidente que la realización del derecho del niño a conocer a sus padres no puede estar supeditado a si los padres estaban o no casados al tiempo de la concepción. Por ello, “el ejercicio del derecho del hijo a conocer a sus padres no está supeditado al ejercicio previo del derecho del marido a impugnar su paternidad. A su vez, el principio del interés superior del niño exige ponderar preferentemente el derecho del niño a conocer a sus padres”, quedando en un segundo plano el derecho a la intimidad del marido de la madre. En caso se pretenda reclamar la paternidad extramatrimonial para el hijo de una mujer casada, y en caso se impugne la paternidad matrimonial, el resultado de la prueba de ADN resulta concluyente. De esta forma, se promueve efectivamente el derecho del niño a conocer a sus padres.

Hipótesis 2.- Sobre la aplicación del Control de Convencionalidad por los magistrados en los procesos de alimentos de los juzgados especializados, se puede indicar que “el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su pleno desarrollo. En virtud a dicha norma de rango constitucional al enumerar los distintos componentes del pleno desarrollo (físico, mental, espiritual, moral y social), es claro que lograr un nivel de vida adecuado, no solo requiere satisfacer las necesidades básicas de nutrición, vestido, vivienda, educación, capacitación para el trabajo, asistencia médica y

psicológica y recreación, sino las que requiera el contexto social en que se desenvuelve el menor”⁷.

“Desde esta óptica, el derecho alimentario es parte del contenido del derecho a un nivel de vida adecuado, en tanto que la obligación alimentaria paterna se asienta en el vínculo parental que existe con el hijo, por lo que tal prestación se deriva de dicha relación. De esta forma, se reconoce que el deber alimentario paterno y, por extensión de los responsables financieros del niño, constituye uno de los elementos de mayor incidencia en el desarrollo personal del menor, por lo que se requiere que tal conducta legal debe ser constantemente observada por los organismos de tutela y ser requerida al responsable cuando se evidencia una insuficiente o inexistente prestación”.

Hipótesis 3.- “Sobre la aplicación del Control de Convencionalidad por los magistrados en los procesos de adopción por excepción de los juzgados especializados, es posible mencionar que el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere a la adopción como la mejor solución para el niño que carece de familia. En la Convención, la adopción se presenta como una alternativa viable en tanto se confiera primando el interés superior del niño. De esta forma, dicha norma establece la primacía del interés superior del niño en todas las disposiciones relativas a la adopción, señalando las normas mínimas que deben satisfacer estas disposiciones. En concreto, si bien en un proceso de adopción la consideración primordial es el interés superior del niño, se desprende de la Convención que la presunción del interés superior del niño es permanecer con sus padres siempre que ello sea posible (artículos 7 y 9), y que los padres tienen la *responsabilidad primordial* de criar a sus hijos, una responsabilidad que deben ejercer de conformidad con el interés superior del niño, los derechos recogidos en la Convención y la evolución de las facultades del niño (artículos 5 y 18). Solo puede haber adopción si los padres no quieren asumir esta responsabilidad (o si la justicia los declara incapaces de cumplir con su obligación). Es probable que cualquier legislación que permita las adopciones bajo

⁷ Valdivieso, R., Andersson, E. “EL DERECHO A LA IGUALDAD DEL PADRE EN RELACIÓN A LA TENENCIA DE LOS HIJOS MENORES DE TRES AÑOS”, UNP, 2018

condiciones menos estrictas esté infringiendo los derechos garantizados por la Convención tanto a los niños como a los padres. Cuando se exige un consentimiento adecuado para la adopción se trata de evitar que el niño sea injustamente separado de sus padres”.

Hipótesis 4.- Sobre “la aplicación del Control de Convencionalidad” por los magistrados en los procesos referidos a patria potestad de los juzgados especializados, es posible expresar que la extinción de la patria potestad se da por la muerte de ambos padres o del hijo, por llegar el hijo a la mayoría de edad o cesar en su incapacidad relativa (artículo 77, Código de los Niños y Adolescentes), y por la adopción, respecto de los padres originarios. En tanto que la pérdida y la suspensión de la patria potestad deben pronunciarse en sede judicial, tras evaluarse y calificarse los hechos producidos (artículo 79, CNA). Esto es así, por el derecho del niño a no ser “separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de acuerdo a la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (artículo 9.1 de Convención sobre los Derechos del Niño)”. De esta forma, las previsiones de esta norma son directamente aplicables a estos procesos, con ello, la Convención busca contribuir a la consolidación y fortalecimiento de la familia. “De modo que, el artículo 9 de la Convención reconoce dos principios esenciales: primero, el niño debe permanecer con sus padres, salvo cuando sea contrario a su interés superior y, segundo, si es necesario separar al niño de sus padres, los procedimientos aplicados deberán ser equitativos. En particular, el artículo 9 ofrece dos casos en los que podría ser necesario separar al niño de uno de sus progenitores, o de ambos: el primero, cuando los padres han maltratado o descuidado al niño; y, el segundo, cuando los padres viven separados”.

1.5.3. Identificación de Variables

Variable Independiente (VI): El Control de Convencionalidad.

Variable Dependiente (VD): Las Resoluciones de Conflictos de Niños y Adolescentes.

1.5.4. Operacionalización de Variables

Variable Independiente (VI): “La aplicación del Control de Convencionalidad”.

Indicadores:

- El derecho del niño a su identidad biológica.
- El derecho del niño a un nivel adecuado para su desarrollo.
- La adopción como la mejor solución para el niño que carece de familia.
- Los padres tienen la responsabilidad en la crianza y desarrollo del niño.

Variable Dependiente (VD): Las Resoluciones de Conflictos de niños y adolescentes.

Indicadores:

- Procesos de impugnación de la filiación matrimonial y extramatrimonial
- Procesos de alimentos
- Procesos de adopción por excepción
- Procesos referidos a patria potestad

1.6. Metodología Aplicada

1.6.1. Tipo y Diseño de la Investigación

El tipo de investigación es dogmático – jurídico. “Un estudio dogmático-jurídico se elabora de modo directo con el ordenamiento jurídico sin interesar su aplicación o sus sustratos valorativos. Se labora con el derecho objetivo *puro* (no aplicado), por lo que su estudio es meramente teórico y se hace a base de abstracciones. En dichas abstracciones el investigador puede cuestionar las normas jurídicas anticipándose a posibles supuestos, proponiendo la dación, modificación o supresión de tales normas. Por ello,

tales abstracciones permiten que el investigador pueda proponer fórmulas normativas a aplicarse en su medio”⁸.

“El diseño de investigación es no experimental, se entiende que no hay ningún experimento para comprobar la hipótesis, y solo se considera el análisis transversal del estudio, en un solo momento determinado”.

1.6.2. Técnicas de Recolección de Datos

Las técnicas de investigación, que se utilizan son:

- **Análisis documental:** “Esta técnica permite analizar el material documental, acorde con la finalidad de nuestro estudio. Este análisis se efectúa principalmente de fuentes primarias, tales como libros y revistas sobre el tema”⁹.

- **Análisis de la jurisprudencia:** Se analiza la jurisprudencia nacional e internacional sobre la materia de conflictos de niños y adolescentes.

- **El fichaje:** “Esta técnica permite recolectar y organizar información para elaborar el marco teórico y otras partes del trabajo de investigación. Los instrumentos que se utilizan son de diversos tipos, tales como fichas textuales, bibliográficas, de resumen, hemerográficas, de comentario, etc”.

1.6.3. Análisis e Interpretación de la Información

“Tras obtener la jurisprudencia sobre el tema de estudio, se procede a analizar cada una de ellas, atendiendo a los objetivos y variables de investigación. De esta manera, se puede contrastar las hipótesis, y así se puede demostrar la validez o invalidez de estas”.

⁸ Tantaean R. “Tipología de las investigaciones jurídicas”, Tomado de https://www.derechoycambiosocial.com/revista043/TIPOLOGIA_DE_LAS_INVESTIGACIONES_JURIDICAS.pdf. 2016

⁹ Maza J. “El Control Difuso en los Procesos de Filiación De Paternidad Y La Protección del Derecho de Identidad Como Derecho Fundamental”. Tesis UNMSM, 2019

CAPÍTULO II: ESTADO DE LA CUESTIÓN

2.1. Antecedentes del Problema

En la actualidad, existen algunos trabajos de investigación relacionados con el Control de Convencionalidad y las Resoluciones de Conflictos de Niños y Adolescentes, tales como:

Torres Zúñiga (Lima, 2012) en su Tesis titulada "*El Control de Convencionalidad: Deber Complementario del Juez Constitucional Peruano y el Juez Interamericano (Similitudes, Diferencias y Convergencias)*", elaborada para optar por el título de Licenciatura en Derecho, en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Esta investigación tiene el objetivo de conocer los alcances del control de convencionalidad en el derecho peruano y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El estudio llega a las siguientes conclusiones: El control de convencionalidad es un deber que atañe a las jurisdicciones nacionales en específico el caso del juez constitucional peruano y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si bien es cierto, la competencia de la Corte IDH se activa de forma subsidiaria y son los jueces nacionales los primeros llamados a llevar a cabo este tipo de examen normativo en el marco de su jurisdicción, también se puede afirmar que existe una relación de coordinación, cooperación y complementariedad entre la justicia constitucional y la justicia interamericana que se refleja en la constante interacción entre ellas, todo ello es distinto al concepto de concurrencia de jurisdicciones. En ese sentido, a través de este control las jurisdicciones constitucional e interamericana cumplen un rol de garantes frente a las acciones u omisiones del legislador y de los jueces

nacionales. Asimismo, el control de convencionalidad se desarrolla en un contexto de constante diálogo entre la judicatura nacional y la Corte IDH¹⁰.

Calderón Valdivieso (Ecuador, 2014) en su tesis titulada: “El Control de Convencionalidad por parte de la Justicia Ordinaria Ecuatoriana”, elaborada para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Este trabajo de investigación tiene el objetivo de determinar el significado del Control de Convencionalidad como institución y doctrina. Se llega a las siguientes conclusiones: “La teoría considera la aplicación directa de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y de las resoluciones emanadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comprendiendo estas resoluciones las sentencias, opiniones consultivas e interpretaciones en casos que le han llegado a su conocimiento, por sus facultades jurisdiccional de ‘última instancia’ y última interprete de la convención americana. En virtud del principio Pacta Sunt Servanda, como es en este caso la Convención Americana de Derechos Humanos, toda sus estructuras y competencias, sean estos el Poder Ejecutivo, legislativo, Judicial, y los entes de fiscalización y control, deben aplicar sus actos, resoluciones y sentencias conforme a la convención, a fin de evitar que el Estado, como tal, sea sujeto de acciones judiciales en sede internacional o supranacionales, ante la Comisión o Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹¹.

2.2. Bases Jurídicas que Desarrollan el Enfoque

2.2.1. El Control de Convencionalidad

2.2.1.1. Evolución Histórica del Control de Convencionalidad

El Control de Convencionalidad “tuvo su origen en Francia y debe ser ubicada específicamente a partir de la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa francesa que unificó la posición del país galo y,

¹⁰ TORRES ZÚÑIGA, Natalia. “El Control de Convencionalidad: Deber Complementario del Juez Constitucional Peruano y el Juez Interamericano (Similitudes, Diferencias y Convergencias)”. Lima, 2012, p. 13.

¹¹ CALDERÓN VALDIVIESO. “El control de convencionalidad por parte de la justicia ordinaria ecuatoriana”. Guayaquil, 2014, p. 5.

en concreto, del Consejo de Estado Francés, elaborada en la sentencia *Nicolo* de 1989, la cual consolidó y unificó las directrices de esta nueva doctrina que tiene como función originaria la confrontación normativa entre normas convencionales con normas internas”¹².

“El control de convencionalidad surge de las prácticas jurisprudenciales de los tribunales de cierre de Francia. Las tres sentencias que construyeron esta figura son: la emitida por el Consejo Constitucional de 1975; la dictada por la Corte de Casación de 1975 y la proferida por el Consejo de Estado de 1989. Es evidente, que la providencia más importante es la sentencia del caso *Nicolo* del Consejo de Estado, toda vez que esta solucionó la discusión sobre la confrontación normativa de leyes con normas convencionales y facultó a los jueces de inferior jerárquica a realizar el control de convencionalidad, de suerte que pudiesen inaplicar las leyes internas que sean incompatibles con una norma convencional.

El control de convencionalidad ha tomado fuerza e influencia particular en la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta viene a ser una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, en el derecho interno de los Estados parte de aquélla.

En la jurisprudencia de la Corte IDH, el concepto del Control de Convencionalidad ha tenido un proceso de evolución que, progresivamente, ha ido precisando sus alcances, con la idea de asegurar y facilitar su aplicación por los Estados parte”¹³.

La jurisprudencia de la Corte IDH menciona “más de 30 casos contenciosos donde se ha pronunciado sobre diversos aspectos del Control de Convencionalidad en sentencias que involucran la responsabilidad

¹² PINON, S. “El sistema constitucional en Francia. Revista de derecho constitucional europeo”, (14), 2010, pp. 17-74.

¹³ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. “Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia”.

internacional de dieciséis Estados distintos: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela, lo que significa casi la totalidad de los Estados parte de la CADH que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte”.

“La doctrina del Control de Convencionalidad comenzó en los años 2003 y 2004, aun no dentro del razonamiento y parte decisoria de la sentencia, sino de distintos votos particulares que la explicaban. Los criterios que definen al Control de Convencionalidad fueron adoptados con anterioridad al establecimiento del término como tal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Al respecto, la doctrina se remite a los votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez en las sentencias de los casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala¹⁴, Tibi vs. Ecuador¹⁵ y López Álvarez vs. Honduras¹⁶. En dichos votos, el juez García Ramírez realizó una serie de aproximaciones a las implicancias del Control de Convencionalidad, realizado tanto a nivel interno como en sede interamericana”¹⁷.

“En el año 2006, al resolver el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, la Corte Interamericana citó por primera vez en su jurisprudencia, de manera expresa, el término ‘Control de Convencionalidad’. En dicho caso, la Corte IDH declaró que el Poder Judicial chileno aplicó una norma que tuvo como efecto el cese de las investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, dejando en la impunidad a los responsables. La Corte Interamericana consideró el supuesto en el cual el Poder Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, frente a lo cual el Poder Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el

¹⁴ Corte IDH, “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101.

¹⁵ Corte IDH, “Caso Tibi vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114.

¹⁶ Corte IDH, “Caso López Álvarez vs. Honduras, fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141.

¹⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Control judicial de convencionalidad”. Poder Judicial del Estado de Aguascalientes. México, 2012.

artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”¹⁸.

“De esta forma, la Corte IDH declaró que si bien ‘es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico’, recordó que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. Para ello, la Corte IDH indicó que el Poder Judicial debe ejercer una especie de Control de Convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana.

Por último, la Corte IDH estableció que el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención Americana”¹⁹.

2.2.1.2. Concepto de Control de Convencionalidad

En el derecho actual, el Control de Convencionalidad es “un mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos principalmente, en la que funda la competencia contenciosa de la Corte IDH. Por ende, es una herramienta para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos, asimismo es

¹⁸ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” párr. 123.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 124.

de utilidad para la práctica e inmediata elaboración de un *ius commune* en la región”²⁰.

En principio, el control de convencionalidad proviene del “artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que los Estados deben adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidas en la CADH”²¹.

En este sentido, el Control de Convencionalidad es “la revisión que se debe realizar para constatar que la conducta de los órganos que son revisados está de acuerdo con el tratado internacional y demás disposiciones aplicables en el caso en cuestión. Así, el Control de Convencionalidad implica valorar los actos de la autoridad interna a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos, expresados en tratados o convenciones e interpretado, en su caso, por los órganos supranacionales que poseen esta atribución. Esto equivale, en su propio ámbito, al control de constitucionalidad que ejercen los tribunales de esta especialidad (o bien, todos los tribunales en supuestos de control difuso) cuando aprecian un acto desde la perspectiva de su conformidad o incompatibilidad con las normas constitucionales internas”²².

Por su parte, Ibañez Rivas señala “que el Control de Convencionalidad constituye una de las medidas que los Estados deben poner en práctica para garantizar el *effet utile* o efecto útil de la Convención Americana y dar cumplimiento a las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación”²³. Asimismo, es “una herramienta que claramente favorece la protección de los derechos humanos desde los Estados y, paralelamente,

²⁰ SAGÜÉS, Néstor. “La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la Constitución convencionalizada”. Porrúa. México, 2013.

²¹ LANDA ARROYO, Cesar. “Convencionalización del Derecho Peruano”. Editorial Palestra. Lima, 2016, pp. 71- 72.

²² REY CANTOR, Ernesto. “Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos”. Porrúa. México, 2008

²³ IBAÑEZ RIVAS, Juana María. “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos”. N° 8, Universidad de Chile, 2012, p. 112.

afianza el carácter subsidiario y complementario de la jurisdicción internacional”²⁴.

“De igual forma, como lo afirma Carbonell, el Control de Convencionalidad se debe entender como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional. Esto significa que los jueces nacionales deberán desarrollar de oficio una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales”²⁵.

“En este sentido, una parte de la doctrina defiende que el control de convencionalidad es un control normativo, mientras otro sector sostiene que se trata de un ejercicio de interpretación entre normas que contemplan derechos fundamentales. Los efectos de estos distintos enfoques incidirán en los efectos que se le asigna al control de convencionalidad: inaplicación-invalidez o interpretación conforme a la Convención.

Algunos autores, como Francisco Zúñiga, Gonzalo Aguilar, Néstor Sagüés, Allan Brewer y Juan Hitters, consideran al control de convencionalidad interno como un control normativo entre las disposiciones jurídicas internas y la normativa interamericana, y lo asimilan, incluso en su estructura, al control de constitucionalidad. Dicho control normativo, que hacen los jueces nacionales de oficio o a petición de parte –y que involucraría también a las demás autoridades públicas– consistiría en la obligación de verificar si existe conformidad o contradicción entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos, por un lado, y la Convención y los patrones

²⁴ HITTERS, Juan Carlos. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad”. Comparación. La Ley. Buenos Aires, 2009.

²⁵ CARBONELL, Miguel. Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad. México, 2013, p. 140.

interpretativos que el tribunal interamericano ha acuñado a su respecto, por otro, en aras de la tutela de los derechos humanos”²⁶.

“Dentro de este enfoque, Gonzalo AGUILAR, concibe el control de convencionalidad interno como un control normativo que se refiere a la facultad de los magistrados de contrastar la norma dictada por el poder legislativo –y, eventualmente, por el poder constituyente– con la norma contenida en los tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado, para hacer prevalecer estas últimas sobre las normas emanadas del poder legislativo y, *a fortiori*, sobre las normas emanadas del poder ejecutivo²⁷. AGUILAR niega el control de convencionalidad en el ámbito internacional como un control normativo, y solo le reconoce este carácter al control interno. Así, en caso de que el juez nacional constate la incompatibilidad entre ambas normas tendrá que preferir aquella que otorgue una protección mayor al individuo o que menos restrinja sus derechos fundamentales.

Por otro lado, otros autores como Ernesto Rey, Claudio Nash, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Humberto Nogueira, Víctor Bazán, Karlos Castilla, entre otros, señalan que el control de convencionalidad significa un ejercicio interpretativo que, en caso de lagunas o antinomias, las autoridades deben realizar en el ámbito de sus competencias para preferir la normativa de origen internacional que permite una mejor protección de los derechos humanos”²⁸.

²⁶ “Esta vertiente sostiene que el control de convencionalidad interno es un control normativo. Así, Francisco ZÚÑIGA, en un análisis crítico afirma que al conflicto entre tratados internacionales y normativa interna los tribunales de justicia deben darle el tratamiento de conflicto de fuentes; así se confiere a los tratados del rubro una aplicación preferente cuando corresponda, y así no se podría justificar una inaplicación de la ley fundada en un supuesto de control de convencionalidad. ZÚÑIGA, F., Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica, en NOGUEIRA, H. El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos. Librotecnia, Santiago”, 2012, pp. 387-447.

²⁷ AGUILAR, Gonzalo. “El control de convencionalidad y el rol del juez nacional como juez de derechos humanos, en: NOGUEIRA, H. El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos”. Librotecnia, Santiago, 2012, pp. 449-508.

²⁸ En esta postura, “REY CANTOR diferencia entre el problema jurídico de la aplicación de la norma, por un lado; y lo referido a su interpretación, por el otro. Al haber seleccionado la disposición legal para el caso, corresponde al juez acudir a un sistema de interpretación de la norma internacional que reconoce a los derechos humanos. Esa interpretación es *el objeto y fin del tratado*, que según la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación pro homine. Según Rey Cantor este es el control de convencionalidad en sede interna. REY CANTOR, E. Controles de convencionalidad de las leyes y derechos humanos”. Porrúa, México, 2008.

En esta postura, Claudio NASH resalta “que el control de convencionalidad es un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realiza la Corte Interamericana y todos los agentes estatales, de la adecuación de las normas jurídicas internas a la Convención y a los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de dicho tribunal, aplicando en cada caso concreto aquella interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y dé efectividad a los derechos consagrados convencionalmente”²⁹.

En la Corte IDH como en diversos tribunales nacionales, el Control de Convencionalidad, es “una herramienta para dar respuesta a situaciones en donde el respeto y garantía de los derechos ha sido puesto en entredicho y donde diversas y variadas acciones deben ser tomadas por todos los niveles de gobierno de un Estado. De ahí que, su constante adecuación y transformación es necesaria, por lo que limitar los alcances del control de convencionalidad en una lista taxativa de reglas o incluso encasillarlo en una ley sería retar a la imaginación de las autoridades estatales para no cumplir con sus obligaciones de respeto y garantía que impone la Convención Americana”³⁰.

El Control de Convencionalidad se ha concebido por el Tribunal Interamericano como “un examen de contraste que tiene como norma controlante o parámetro controlador a la Convención Americana de Derechos Humanos. Para esto, el objeto controlado del examen de convencionalidad puede ser tanto las leyes, como las omisiones legislativas y las interpretaciones que se hace de las disposiciones de una ley o de una constitución”³¹.

²⁹ NASH, C., “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: NOGUEIRA, H. El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos”. Librotecnia, Santiago, 2012, pp. 359-385.

³⁰ AYALA CORAO, Carlos. “Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012.

³¹ LANDA ARROYO, Cesar. “Convencionalización del Derecho Peruano”. Editorial Palestra. Lima, 2016, p. 75.

En puridad, el Control de Convencionalidad se trata de “una obligación que comparten el juez nacional y la propia Corte IDH, aunque esta actúa conforme al principio de subsidiariedad, y por ende, el control que realiza es más bien incidental. En consecuencia, el Control de Convencionalidad debe ser realizado, en primer lugar, por los jueces nacionales, y eventualmente por la Corte IDH en el ejercicio de su competencia contenciosa”³².

2.2.1.3. Tipos de Control de Convencionalidad

“En materia de Control de Convencionalidad, es necesario tener presente que cuando se hace referencia a este término, se puede hablar de dos cosas que, aunque se conectan en cuanto al contenido y procedimiento del control, son diferentes en cuanto a los órganos que los llevan a cabo. Así, el Control de Convencionalidad se parte en dos tipos distintos, que son llevados a cabo por dos órganos distintos: el primero es el control concentrado de convencionalidad, que realiza únicamente la Corte IDH; el segundo es el control difuso de convencionalidad, que realizan los Estados, en el ámbito de sus competencias a través de todas sus autoridades.

En este sentido, hay dos formas de realizar el Control de Convencionalidad, tanto el concentrado como el difuso: la primera es el control ‘concreto’ de convencionalidad; la segunda es el control ‘abstracto’ de convencionalidad. Estas dos formas de control se dirigen a dos tipos de disposiciones: el control concreto se realiza sobre normas o leyes que ya han sido aplicadas a casos particulares y en los que se considera existe una violación de derechos por la aplicación de la norma; en tanto que el control abstracto se realiza sobre normas o leyes que aún no han sido aplicadas a un caso concreto, pero que se considera violan derechos por su simple existencia. Por ello, es importante subrayar que se puede realizar el Control de

³² ALBANESE, Susana. El control de convencionalidad. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2008.

Convencionalidad de estas dos maneras, tanto el control concentrado (solo la Corte IDH) como el control difuso (el Poder Judicial de los Estados)”³³.

“La Corte IDH realiza el control concentrado de convencionalidad cuando verifica de forma subsidiaria que las disposiciones internas, las conductas y los actos de los Estados parte de la Convención Americana sean acordes y no violenten su contenido. Así, los Estados, en el ámbito de sus competencias y dentro de los procedimientos que las leyes les establecen, deben realizar el control difuso de la convencionalidad, bajo los mismos parámetros que lo hace la Corte Interamericana. En estos casos los jueces nacionales deben hacer la misma revisión que haría la Corte, sobre la legislación que aplican o las conductas que realizan los distintos órganos del Estado para asegurarse que estos no contraríen a la Convención Americana, fungiendo como una especie de jueces interamericanos de protección de derechos”³⁴.

“En el primer caso en que el control de convencionalidad se estableció, se señaló que los Estados eran responsables frente a la Corte IDH por los actos de todos sus órganos (tomándolo como un todo integral), en virtud de las obligaciones de la Convención Americana sustraer a otros de este régimen convencionalidad de responsabilidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional”³⁵.

“El criterio fue sostenido y reafirmado en otro voto razonado un año después, en el que el juez Sergio García Ramírez estableció que: A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público y, eventualmente, de otros agentes sociales al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción

³³ BUSTILLO MARÍN, R. El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial. México, 2013, pp. 7 y 10.

³⁴ Ver el voto razonado del juez Mac-Gregor en el caso de Cabrera García y Montiel Flores del 26 de noviembre de 2010.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang, op. cit., párr.

interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”³⁶.

“Al realizar esta revisión de los actos del Estado, la Corte IDH determina, en caso de que los actos sean contrarios a la Convención Americana, la responsabilidad completa del país en cuestión, no solamente del órgano directamente responsable. En estos casos, la Corte puede declarar que el acto es contrario a la convención y solicitar al Estado que lo modifique o lo repare.

La Corte IDH hace el Control de Convencionalidad cuando en sus veredictos descarta normas locales, incluso constitucionales, opuestas a la Convención.

El control difuso de convencionalidad, por su parte, sale del ámbito de competencia de la Corte Interamericana y se inserta en el ámbito de competencia de cada uno de los Estados parte de la Convención Americana. Ante la lógica de que las disposiciones contenidas en la Convención Americana forman parte del derecho interno, y que éste debe adecuarse a las disposiciones de la Convención misma (artículo 2 de la Convención Americana), la Corte IDH consideró que los Estados debían velar por ella también en el ámbito nacional. Por esta razón determinó que el control de convencionalidad no debía ejercerse solamente por ella y que no debía ser ella quien realizara este control en primera instancia”³⁷.

“En lo referido al control difuso, la Corte IDH ha reconocido esta forma de control desde 1996, primero a través de un voto disidente en un caso en contra de Venezuela, en el que la Corte decidió no conocer debido a que los artículos de la ley que se impugnaba no habían sido aplicados a ningún caso en concreto. En este voto, se estaba en desacuerdo con la mayoría de la Corte porque: la propia existencia de una disposición legal puede per se crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi vs. Ecuador, op. cit., párr. 3.

³⁷ BUSTILLO MARÍN, R. “El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral”, pp. 8 y 9.

Convención Americana. Una ley puede ciertamente violar estos derechos en razón de su propia existencia, y, en la ausencia de una medida de aplicación o ejecución, por la amenaza real a la(s) persona(s), representada por la situación creada por dicha ley”³⁸.

“Asimismo, la Corte IDH resolvió en el cuerpo de una sentencia en el caso Almonacid Arellano contra el Estado de Chile, que: cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘Control de Convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta sentencia el criterio que ya había sido establecido en los votos razonados anteriores se volvió más específico, al determinar que serían los jueces del Estado quienes también estaban obligados a realizar el Control de Convencionalidad.

Dicho criterio se sustentó y se desarrolló en el caso de los Trabajadores cesados del Congreso en contra del Estado de Perú también en el 2006, donde la Corte IDH retomó y sustentó el criterio que ya había establecido en el caso Almonacid. El desarrollo importante en este caso, es que se establecía que los órganos en general, aludiendo a la totalidad, del Poder Judicial debían realizar el Control de Convencionalidad ex officio entre las

³⁸ Voto disidente del juez Cançado Trindade. “Caso El Amparo vs. Venezuela. Excepciones, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 04 de septiembre de 1996, párr. 2.

normas internas y la Convención Americana, claramente en el marco de sus respectivas competencias y de las normas procesales correspondientes”³⁹.

“En dicha sentencia la Corte IDH, además de señalar la obligación de los jueces de realizar el control de convencionalidad (continuando ya una consistente línea doctrinaria sobre esta obligación), agrega que ese control debe ser de oficio; es decir que no debe ser una atribución que debe exigir el actor del caso en concreto para que lo realice el juzgador, sino que los jueces del poder judicial deben llevarlo a cabo por sí mismos”⁴⁰.

“El criterio que emite la Corte IDH en ‘Trabajadores Cesados del Congreso’, indica que el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, debe asimismo practicar el Control de Convencionalidad, es decir, le requiere el doble control”⁴¹.

“La Corte IDH obliga al juez local a practicar directamente el Control de Convencionalidad, y que ese oficio no necesita estar autorizado por la Constitución o autoridades domésticas, sin perjuicio de sus competencias. Y si una norma local, constitucional intenta impedir el Control de Convencionalidad al juez apto para realizarlo, dicha norma sería inconvencional por oponerse, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁴².

“En esta línea, el control ‘abstracto’ debe ser realizado por los jueces estatales a través del control ‘difuso’. La Corte IDH ha considerado que los Estados parte están obligados a adaptar la Convención Americana y

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

⁴⁰ “La jurisprudencia parte del Caso Almonacid y el Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso, que fueron seguidos por el caso de La Cantuta vs. Perú, del 29 de noviembre de 2006, Boyce y otros vs. Barbados, del 20 de noviembre de 2007, Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, del 01 de septiembre de 2010, Rosendo Cantú y otra vs. México, XXX, Chocrón Chocrón vs. Venezuela, del 01 de julio de 2011, López Mendoza vs. Venezuela, del 01 de septiembre de 2011”.

⁴¹ SAGÜÉS, Néstor. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010, p. 121.

⁴² SAGÜÉS, Néstor, ob. cit., p. 123.

adecuarla a su sistema interno, realizando una especie de control de convencionalidad abstracto para cumplir con esta obligación.

En síntesis, existen dos tipos de control de convencionalidad (difuso y concentrado) y dos formas de realizar el control de convencionalidad (concreta y abstracta) que siguen ciertos parámetros con los que se revisan las disposiciones internas para determinar si las conductas de los órganos del Estado son o no convencionales”⁴³.

2.2.1.4. Principios en la aplicación del Control de Convencionalidad

La pluralidad de fuentes, internas e internacionales, del derecho de los derechos humanos, impone “una compatibilización en lo referido al alcance de los derechos protegidos y de las obligaciones asumidas por el Estado. Al llevar a cabo el ejercicio de Control de Convencionalidad el juzgador se debe enfrentar a la compleja tarea de adoptar aquella interpretación que le permita dar efectividad a los derechos humanos, cumpliendo con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado”⁴⁴.

En el análisis de casos particulares, “este ejercicio supone utilizar las normas nacionales e internacionales y la jurisprudencia de los organismos de protección, bloque de normas que no siempre es uniforme y coherente, por lo que puede ocurrir que existan contradicciones entre las normas nacionales e internacionales, entre las normas internacionales entre sí e incluso entre los estándares fijados por los organismos de protección. Además de los conflictos normativos, también pueden existir conflictos interpretativos, respecto al contenido y alcance de los derechos consagrados en instrumentos internacionales. En este sentido, es necesario clarificar las herramientas hermenéuticas que deben guiar la interpretación en materia de

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 12 de agosto de 2008.

⁴⁴ PINTO, Mónica. Temas de derechos humanos. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1997, p. 80.

derechos humanos, de tal forma que el ejercicio de Control de Convencionalidad sea completo”⁴⁵.

La hermenéutica de derechos humanos tiene “criterios particulares, propios del sistema de derechos humanos. Dichas reglas son aplicables al sistema de derechos humanos en general, tanto de fuente nacional como de derecho internacional”⁴⁶.

Los tratados sobre derechos humanos tienen “como objeto y fin propios que tales derechos se hagan efectivos en la jurisdicción interna de los Estados que son parte en dichos tratados, un sistema de derechos en un Estado democrático debe interpretarse de tal forma que logre coherencia y quede cerrado por medio de dos fuentes en retroalimentación: la interna e internacional”⁴⁷.

En el marco internacional, “la particularidad de las reglas de interpretación en materia de derechos humanos se ha justificado a partir de las diferencias que existen entre los tratados sobre derechos humanos y los tratados tradicionales. Así, mientras los tratados tradicionales tienen el fin de regular concesiones recíprocas entre Estados, los tratados sobre derechos humanos tienen como propósito último la protección de la persona humana. Como consecuencia, no cabría entenderlos en un sentido restrictivo para las obligaciones de los Estados, ni juzgarlos a la luz de la soberanía de éstos, ni de acuerdo con las intenciones particulares de los mismos al suscribirlos o ratificarlos, sino que debe privilegiarse una interpretación en favor de los derechos. Dicha circunstancia otorga a la interpretación y aplicación de las

⁴⁵ NÚÑEZ DONALD, Constanza. “Control de convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile”. Tesis de Derecho de Universidad de Chile, Chile, 2014, p. 236.

⁴⁶ SAGÜÉS, Néstor. “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. En: Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro homenaje a Germán BIDART CAMPOS)”. Grijley, Lima, 1998, pp. 33- 52.

⁴⁷ BIDART CAMPOS, G. La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna. 1998.

disposiciones sobre derechos humanos una dinámica de expansión permanente”⁴⁸.

“La especialidad de las normas de derechos humanos se fundamenta en las necesidades de protección de las víctimas, por lo que sus enunciados son un piso y no un techo en cuanto a su contenido y alcance”⁴⁹.

Así, Cançado expresa que “las normas jurídicas del derecho de los derechos humanos deben ser interpretadas y aplicadas teniendo siempre presentes las necesidades apremiantes de protección a las víctimas, y reclamando, de ese modo, la humanización de los postulados del derecho público clásico”⁵⁰.

“La naturaleza especial de los tratados de derechos humanos se encuentra en las normas de interpretación que le son aplicables, que se recogen en los mismos tratados y que han sido desarrolladas en la jurisprudencia internacional y nacional. De esta manera, se puede destacar las herramientas de interpretación que deben guiar el ejercicio de control de convencionalidad, por lo que han sido recepcionadas por la jurisprudencia nacional como guías de interpretación en derechos humanos”⁵¹.

2.2.1.4.1. Principio pro persona

“Un punto fundamental para llevar a cabo el ejercicio de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales, es tener en consideración el criterio interpretativo pro persona para determinar la convencionalidad de la norma o un acto a la luz del bloque de convencionalidad. En efecto, el bloque de convencionalidad, al estar compuesto por la CADH y sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte IDH, y por los tratados de los cuales es parte el Estado, abre una amplitud de posibilidades de ‘cotejo’, donde pueden existir diversas respuestas para un mismo conflicto, ya sea porque existan dudas acerca de cuál norma aplicar, o cuál es la

⁴⁸ SAGUÉS, Néstor. 1998, op. cit., p. 13.

⁴⁹ CASTILLA, K. “El principio pro persona en la administración de justicia”. *Cuestiones Constitucionales*, 2009, (20), p. 68.

⁵⁰ CANÇADO TRINDADE, Antonio. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006, pp. 48 y 49.

⁵¹ Vid. SAGUÉS, Néstor, 1998, op. cit., p. 10.

interpretación más adecuada. En este sentido, el principio pro persona como criterio hermenéutico otorga pautas claras para resolver estos conflictos.

El principio pro persona es una pauta de interpretación que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”⁵².

Como herramienta de preferencia (ya sea interpretativa o de normas), tiene un extenso desarrollo normativo y jurisprudencial en el DIDH. “En el ámbito normativo, se encuentra reconocido en el PIDCP, artículo 24, mientras que la CADH lo reconoce como criterio hermenéutico en el artículo 29. Aunado a esta base normativa, es fundamental que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) señale como criterio de interpretación de los tratados internacionales la necesidad de atender al objeto y fin del instrumento. En el ámbito de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, siendo el objeto y fin la protección de los derechos de la persona, puede concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor de esta protección”⁵³.

“En la jurisprudencia de la Corte IDH, pueden reconocerse diversos usos de este principio. Así, se ha utilizado como herramienta de preferencia de interpretación (por medio de la interpretación extensiva de los derechos e interpretación restringida de los límites) y como mecanismo de preferencia

⁵² PINTO, Mónica. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en: ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comp.). “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1997, p.163.

⁵³ Artículo 31 CVDT. Regla general de interpretación. “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

de normas (preferencia de la norma más protectora o la conservación de la norma más favorable)”⁵⁴.

Carpio identifica en este principio interpretativo, “subprincipios, tales como el *indubio pro operario*, *indubio pro reo*, *favor libertatis*, *favor debilis*, *in dubio pro libertate* e *indubio pro actione*. Todas estas son manifestaciones concretas del principio *pro persona* en diversas áreas. En rigor, el principio *pro persona* no solo goza de reconocimiento en los tratados y jurisprudencia internacional, sino también en nuestro ordenamiento jurídico. Es un principio interpretativo que deben tener en consideración los juzgadores al momento de realizar el ejercicio de control de convencionalidad, con el objeto último de dar una mayor protección a los derechos de las personas”⁵⁵.

2.2.1.4.2. Principio de interpretación evolutiva o dinámica

El principio de ‘interpretación dinámica’ o ‘evolutiva’, se basa en que “los derechos humanos se encuentran en constante evolución desde que surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos, en efecto, desde ese momento los derechos han ido ampliando su contenido a través de los distintos tratados y convenciones que se han referido a ellos”⁵⁶.

Es así que, Cançado señala que “los derechos humanos nacen como una reacción de la conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva; en el marco de este *corpus iuris* no podemos estar indiferentes al aporte de otras áreas del conocimiento y tampoco al tiempo existencial, las soluciones jurídicas no pueden dejar de tomar en cuenta el tiempo de los seres humanos. Por ello, los tratados no pueden ser sino instrumentos vivos, que acompañan la evolución de los tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos”⁵⁷.

⁵⁴ CARPIO, Edgar. “La interpretación de los derechos fundamentales”. Editorial Palestra. Lima, 2004.

⁵⁵ CARPIO, Edgar. 2004, op. cit., pp. 332 a 336

⁵⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Teoría y dogmática de los derechos fundamentales”. UNAM, México, 2003, p. 430.

⁵⁷ CANDADO, Antonio. 2006, op. cit., p. 47.

“La Corte IDH ha sustentado este principio en el artículo 29 de la CADH que indica que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte”⁵⁸.

“La aplicación de este principio en el ejercicio del Control de Convencionalidad trata de analizar derechos que no están consagrados en el ámbito interno y que si han recibido reconocimiento en el DIDH por la evolución de la interpretación o por la adopción de nuevas convenciones. Asimismo, es relevante en aquellos casos donde existen cláusulas cuyo contenido es abierto y permite su interpretación de acuerdo a la evolución del derecho en la materia. En ambos casos, esta interpretación permite también al Estado ajustar sus normas al actual desarrollo del DIDH y cumplir con sus compromisos internacionales”⁵⁹.

2.2.1.4.3. Principio de interpretación sistemática o integral

Este principio interpretativo posee “íntima relación con el anterior, al reconocer que todas las fuentes normativas se influyen recíprocamente, por lo que a la hora de interpretar el juzgador debe tomar en consideración el cuerpo normativo de la Constitución, las normas de ius cogens, los tratados internacionales que ha ratificado el Estado, los principios generales del derecho, las resoluciones de organismos internacionales y la jurisprudencia internacional”⁶⁰.

“La Corte IDH ha subrayado que, en el argumento sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen. En este sentido, el Tribunal ha considerado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste, sino también el sistema dentro del cual se inscribe esto es el derecho internacional de los derechos humanos”⁶¹.

⁵⁸ CADH, Artículo 29.

⁵⁹ NÚÑEZ DONALD, op. cit., p. 251.

⁶⁰ NÚÑEZ DONALD, op. cit., pp. 251 y 152.

⁶¹ Corte IDH. “Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica”, op. cit., párr. 191.

En síntesis, “este principio persigue que la interpretación que se logre sea coherente con el sistema jurídico del que forma parte, de esta forma no se puede adoptar decisiones incompatibles con los principios que inspiran el sistema. Es así que, el producto interpretativo debe ser útil, buscando que las distintas normas se concilien y no que se destruyan”.

2.2.1.4.4. Principio de interpretación teleológica

La interpretación teleológica implica que, “el juzgador deba interpretar la norma jurídica interna y su interrelación con los tratados de derechos humanos, teniendo en cuenta el fin último que busca la norma. Dicho principio está reconocido en la CVDT que indica que los tratados deben interpretarse de acuerdo a su objeto y fin (artículo 31). El objeto y fin de los tratados de derechos humanos, como he indicado, es la protección de la persona humana. Este mandato genérico se actualiza en este principio atendiendo al fin particular de la norma que se interpreta”⁶².

“En el marco interamericano, sobre este principio la Corte IDH indica que: En una interpretación teleológica se analiza el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, analizar los propósitos del sistema regional de protección. En este sentido, tanto la interpretación sistemática como la teleológica están directamente relacionadas.

En síntesis, las consideraciones de los fines particulares de las normas de derechos humanos pueden ser útiles para desentrañar si los actos impugnados cumplen o no con esos fines, lo que busca lograr una mayor protección de la persona y cumplir con las obligaciones del Estado”⁶³.

2.2.1.5. El control primario de convencionalidad

El control primario de convencionalidad se refiere “al Control de Convencionalidad llevado a cabo por toda autoridad pública de un determinado Estado, lo cual comprende a los operadores de justicia de todos los niveles de la jurisdicción interna. Dicho control supone la verificación de

⁶² NOGUEIRA, Humberto. 2003, op. cit., p. 432.

⁶³ Corte IDH. “Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, op. cit., párr. 59 y Caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica”, op. cit., párr. 257.

la compatibilidad entre las normas y actos internos y la Convención Americana y demás tratados del corpus juris interamericano, tratados de derecho internacional de los Derechos Humanos respecto de los cuales el Estado en cuestión ha consentido libre y soberanamente, sea a través de su firma, ratificación o adhesión”⁶⁴.

“Se debe empezar de la premisa de que todos los Estados parte de la CADH están obligados a realizar el Control de Convencionalidad. En la medida que el deber de aplicar el Control de Convencionalidad deriva de las obligaciones estatales contenidas en la propia Convención Americana, no corresponde hacer diferencia entre los Estados parte que han aceptado o no la competencia contenciosa de la Corte IDH. Es suficiente verificar la condición de Estado parte de la Convención para confirmar que dicho Estado se encuentra vinculado a la aplicación de tal control”.

“Es oportuno señalar que, según el principio de Derecho Internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad de éste subsiste para todos sus poderes y órganos con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ésta es declarada. Por tanto, conforme al derecho internacional que ha sido democrática y soberanamente aceptado por el Estado, es inaceptable que una vez que la Corte IDH haya emitido una sentencia con autoridad de cosa juzgada, el derecho interno o sus autoridades pretendan dejarla sin efectos”⁶⁵.

“En tal sentido, al interior de cada Estado es preciso identificar los actores que, como autoridades públicas, están en la obligación de aplicar el control primario de convencionalidad. La evolución de la jurisprudencia

⁶⁴ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. “Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia”. IIDH. Costa Rica, 2015.

⁶⁵ Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, fondo” párr. 184.

interamericana en materia de Control de Convencionalidad da cuenta del amplio alcance de los actores estatales responsables de su aplicación”⁶⁶.

Según lo señalado por la Corte IDH, “las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional”⁶⁷.

En puridad, “si bien en un inicio la Corte IDH se concentró en destacar el rol del Poder Judicial y los operadores de justicia en la aplicación del control de convencionalidad, en el año 2011, en el marco de la sentencia *Gelman vs. Uruguay*, aprovechó los hechos y el contexto del caso para precisar” que dicha aplicación supone una obligación que vincula a toda autoridad pública al interior del Estado, “tomando en cuenta que cada una de ellas debe respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana. Por ende, el Control de Convencionalidad puede comprender, *inter alia*, a una autoridad administrativa, a un legislador, a un ministro, a un juez ordinario, a un juez constitucional, a una autoridad administrativa que ejerce funciones jurisdiccionales, a una autoridad electoral”⁶⁸.

En todo caso, “si bien el Control de Convencionalidad es exigible a toda autoridad pública, lo cierto es que a cada una se le exigirá un comportamiento diferente en aplicación del mismo, siempre en respeto de sus competencias y de las normas procesales vigentes en el país. Por ello,

⁶⁶ IIDH. “Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia”.

⁶⁷ Corte IDH, “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 1999, considerando cuarto”.

⁶⁸ Corte IDH, “Caso *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia”.

las implicancias y alcances del control de convencionalidad variarán en cada caso”⁶⁹.

A. Poder Ejecutivo: autoridades administrativas en cualquier nivel

“Las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación establecidas en la Convención Americana vinculan al Poder Ejecutivo y, en consecuencia, a todas las autoridades y órganos comprendidos en dicho poder del Estado. Entre los Estados parte de la CADH, el Poder Ejecutivo suele comprender al Presidente de la República, los vicepresidentes, los diferentes despachos ministeriales y a las diferentes personas, órganos e instituciones al interior de tal poder.

El Control de Convencionalidad es exigible a todas las autoridades y órganos administrativos, en cualquier nivel, de manera que en el ejercicio de sus funciones aquéllos deberán verificar la conformidad de las normas y actos internos con lo establecido en la Convención y demás tratados del corpus juris interamericano”.

B. Poder Legislativo: autoridades legislativas en cualquier nivel

“Las obligaciones de respeto, garantía y adecuación establecidas en la Convención Americana vinculan al Poder Legislativo y, en consecuencia, a todas las autoridades y órganos comprendidos en dicho poder del Estado. Entre los Estados parte de la CADH, el Poder Legislativo comprende al Congreso o Parlamento, de estructura unicameral o bicameral, y a las diferentes personas sobre todo los congresistas o parlamentarios y despachos al interior de tal poder.

El Control de Convencionalidad es exigible a todas las autoridades y órganos legislativos, en cualquier nivel, de manera que en el ejercicio de sus funciones aquéllos deberán verificar la conformidad de las normas y actos

⁶⁹ IIDH. “Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia”.

internos con lo establecido en la Convención y demás tratados del corpus juris interamericano”.

C. Poder Judicial: los órganos de administración de justicia en todos los niveles

“Las obligaciones de respeto, garantía y adecuación establecidas en la Convención Americana vinculan al Poder Judicial y, en consecuencia, a todas las autoridades y órganos comprendidos en dicho poder del Estado. Sin embargo, conforme quedó establecido en la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de Control de Convencionalidad, no sólo los jueces sino todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio dicho control entre las normas y actos internos y los tratados de derechos humanos de los cuales el Estado es parte, siempre en el marco de sus competencias respectivas y las regulaciones procesales respectivas.

De esta forma, la Corte IDH ha puesto en evidencia que el Control de Convencionalidad vincula también a las cortes o tribunales constitucionales, instituciones democráticas que garantizan el Estado de Derecho”⁷⁰ y que, en la normativa interna de algunos Estados, son considerados órganos autónomos del Poder Judicial. En esa misma línea, la Corte IDH ha precisado que “el Ministerio Público o Fiscalía también debe ser considerado como uno de esos órganos vinculados a la administración de justicia, responsable de la aplicación del control de convencionalidad. A su vez, la actuación de los operadores de justicia deberá ser conforme a la CADH, con independencia de la organización federal o unitaria del Estado en cuestión”⁷¹.

2.2.1.6. Bloque de Constitucionalidad, Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad.

⁷⁰ Corte IDH, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú”, párr. 112.

⁷¹ Corte IDH, “Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala” párr. 330.

“Los conceptos de bloque de constitucionalidad, control de constitucionalidad y control de convencionalidad están muy ligados, pero se aplican en diferentes niveles.

La idea de bloque de constitucionalidad, se refiere a la existencia de normas constitucionales que no figuran directamente en el texto constitucional, es decir, que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita. En esta línea, como las constituciones no son textos cerrados y hacen remisiones a otras reglas o principios que toman valor en la práctica constitucional, se puede afirmar que en muchos ordenamientos jurídicos existen derechos o principios que no están directamente previstos en el texto constitucional, pero que sí forman parte de este”⁷².

De esta forma, el bloque de constitucionalidad está “constituido por: a) los derechos que la carta fundamental explicita sin taxatividad; b) los que asegura el derecho internacional por medio de los principios de *ius cogens*; c) los que asegura el derecho convencional internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario; d) los que asegura el derecho internacional consuetudinario”⁷³.

En algunos países, existe discusión sobre “la jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, lo que genera dos opciones de uso del Bloque de constitucionalidad. En la noción *lato sensu* del Bloque, se acepta la constitucionalización de los derechos contenidos en los tratados de derechos humanos vigentes, por lo que el Bloque de constitucionalidad es útil para complementar dichos derechos con otros elementos, principalmente la jurisprudencia internacional sobre estos. En tanto que, en la concepción *stricto sensu* del Bloque, no se acepta la constitucionalización, por ello el Bloque se aplicaría como una herramienta

⁷² UPRIMNY, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal. Bogotá, Escuela Judicial, 2006, p. 25.

⁷³ NOGUEIRA, Humberto. Lineamientos de interpretación constitucional y bloque constitucional de derechos. Santiago, Librotecnia, 2006.

útil para traer a la Constitución formal aquellos derechos previstos internacionalmente con todo su acervo normativo y jurisprudencial”⁷⁴.

En el ordenamiento jurídico nacional, la incorporación de las normas convencionales directamente estatuidas se produce cuando se cumple el procedimiento de incorporación del tratado o Convención, previsto normalmente en la Constitución. Así, “el derecho constitucional de un Estado perteneciente al sistema interamericano de protección de derechos humanos, está conformado por las normas constitucionales directamente estatuidas (N1); por las normas constitucionales adscriptas de origen nacional recogidas en leyes (o decretos legislativos) de desarrollo constitucional (N2), en sentencias del Tribunal Constitucional (N3), y en sentencias de la Corte Suprema (N4); asimismo, está compuesto por las normas constitucionales adscriptas de origen convencional: las normas convencionales directamente estatuidas (N5) y las adscriptas creadas por la Corte IDH (N6). El conjunto de estas normas constitucionales conforma el bloque de constitucionalidad del sistema jurídico nacional”⁷⁵.

El efecto útil de la idea de un Bloque de Constitucionalidad reside en que el conjunto de normas incorporadas a la legislación interna son efectivas en tanto sirven no solo como parámetro de constitucionalidad de las leyes, sino también como elemento hermenéutico e integrador ante una legislación incompleta.

Por su lado, “el control de convencionalidad en el ámbito interno, se refiere al deber de los/as jueces/zas, órganos de la administración de justicia y otras autoridades públicas, de hacer un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de

⁷⁴ IRARRÁZABAL, Paz y NASH, Claudio. “Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2009-2010), en: NASH, Claudio y BAZÁN, Víctor. (Eds.). Justicia constitucional y derechos fundamentales: Fuerza normativa de la Constitución. Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos”. Montevideo, 2011.

⁷⁵ CASTILLO CORDOVA, Luis. La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad. Estudios Constitucionales, Año 17, N° 2, Talca, 2019, p. 32.

Derechos Humanos (Corte IDH) y demás instrumentos del sistema interamericano”⁷⁶.

“El concepto de control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH, tiene cuatro elementos constitutivos: a) consiste en verificar la compatibilidad de las normas y otras prácticas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los otros tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) es un control que debe ser efectuado *ex officio* por toda autoridad pública y d) su ejecución puede significar la eliminación de normas opuestas a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

Así, el control de convencionalidad posee una relación estrecha con el bloque de constitucionalidad. Este permite hacer operativa la incorporación de normas de derecho internacional en el ámbito interno, mientras que el control de convencionalidad es el empleo de estas normas como parámetro en los casos concretos. De modo que, la el bloque de constitucionalidad consiste en la forma de incorporar los derechos regulados en tratados internacionales, a la interpretación de las normas, y la segunda figura se refiere a la forma de aplicar correctamente los estándares internacionales incorporados en cada caso concreto”⁷⁷.

“Como consecuencia, en aquellos países donde los derechos humanos consagrados en tratados internacionales tienen rango constitucional, la vinculación es clara: los derechos humanos previstos en tratados internacionales pasan a ser parámetro de constitucionalidad y de convencionalidad, por ello el juez nacional al hacer control de constitucionalidad también realiza control de convencionalidad. No obstante, en aquellos países donde los derechos humanos previstos en tratados internacionales no poseen este rango, las normas internacionales se

⁷⁶ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SAIZ, Alejandro. (Coord.). Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa. Editorial Porrúa”, México, 2012, p. 123.

⁷⁷ NASH, Claudio (et. al.) “Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho”, Universidad de Chile, Santiago, 2012, p. 53.

incorporan al bloque de constitucionalidad como instrumento de interpretación de los derechos fundamentales. Al ser utilizado el bloque de constitucionalidad como herramienta hermenéutica, las normas nacionales son dotadas de contenido e interpretadas a la luz de los parámetros internacionales, por ello la decisión que tome el juzgador también tendrá un resultado de acuerdo a las obligaciones internacionales.

El control de constitucionalidad, a diferencia del control de convencionalidad, tiene como parámetro el contenido de la Ley Fundamental, sin perjuicio de que ciertas constituciones consagran como parte de la Constitución, los derechos humanos contemplados en tratados internacionales”⁷⁸.

“En aquellos casos donde los derechos humanos contemplados en tratados internacionales poseen rango constitucional, el control de convencionalidad se convierte en parte del control de constitucionalidad. Así, el ejercicio comparativo permite establecer que en ciertos ordenamientos la figura del control de convencionalidad posee un vínculo directo que lo identifica con la figura de control de constitucionalidad en relación al objeto controlado y los efectos de las sentencias”⁷⁹. Por ende, los/as jueces/zas constitucionales y aquellos/as habilitados/as para realizar el control difuso de constitucionalidad, no solo deben determinar si la norma es constitucional, sino también si es “convencional”, como señaló la Corte IDH en el caso *Boyce vs. Barbados*⁸⁰.

En otra postura, que es sostenida por autores como Sagüés, “se afirma que el control de convencionalidad es siempre distinto al control de constitucionalidad, toda vez que el control de convencionalidad significa efectuar un análisis de supraconstitucionalidad, donde la CADH está siempre por sobre la Constitución”⁸¹.

⁷⁸ NOGUEIRA, Humberto. “El diálogo de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos. Editorial Librotecnia. Santiago de Chile”, 2012, p. 377.

⁷⁹ TORRES, Natalia. “El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano. Saarbrücken”, 2013.

⁸⁰ Corte IDH. Caso Boyce y otros vs. Barbados. “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007”. Serie C No. 169, párr. 78.

⁸¹ SAGÜÉS, Néstor. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Revista de Estudios Constitucionales”, 8 (1), p.124.

Por último, “en aquellos países donde los derechos humanos contemplados en tratados internacionales no cuentan con rango constitucional, puede suceder que la norma interna sea conforme a la Constitución, pero opuesta a la CADH y el ejercicio de control de constitucionalidad sea positivo a la preservación de la norma, mientras que el ejercicio de convencionalidad sea negativo”.

2.2.1.7. Postura crítica al Control de Convencionalidad

La limitación del concepto “Control de Convencionalidad”, se ha logrado constatar por medio de un proceso de diálogo reflexivo entre diferentes actores, tales como; la judicatura, funcionarios públicos, abogados, integrantes de los aparatos estatales, organismos no gubernamentales y, personas académicas. A su vez, este diálogo continuo también produce oposición en su aplicación al derecho interno, lo que se refleja en una visión crítica que ha rechazado la competencia de la Corte IDH para realizar el Control de Convencionalidad por carecer de sustento según la Constitución de algunos estados. En esta línea, el maestro Zúñiga Urbina señala que el *“control de convencionalidad carece de soporte real en un sistema de protección internacional-regional, como el interamericano y carece de soporte constitucional en nuestro país, por lo que dicha doctrina no es de recibo”*⁸².

“El maestro Zúñiga no acepta el Control de Convencionalidad, pues éste carecería de soporte constitucional, al considerar que el artículo 5° inciso 2 de la Constitución Chilena contiene una regla de incorporación del derecho de los tratados, y no una regla de habilitación, por lo que la aplicación preferente de los Tratados Internacionales, en efecto, requiere determinar si tales instrumentos necesitan o no de transformación en el derecho interno y determinar si sus cláusulas son autoejecutivas o no”. Zúñiga precisa que: “la norma iusfundamental del artículo 5° inciso segundo párrafo segundo de la Constitución es una norma de conducta y no una norma de organización. En cuanto norma iusfundamental de conducta, establece deberes negativos de

⁸² ZÚÑIGA, Francisco. Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica, en: NOGUEIRA, Humberto (coord.). El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, Santiago de Chile, Librotecna, 2012, p. 434.

respeto y positivo de promoción de derechos fundamentales y de derechos humanos, contenidos en tratados internacionales, ratificados y vigentes, dirigidas a los órganos del Estado, supremos y no supremos, pero que en sí, no configuran una cláusula atributiva de competencias a los poderes públicos, sino que queda supeditada al sistema de reparto de competencias que la Constitución hace junto con la ley”⁸³.

Existen varios aspectos que no han sido suficientemente argumentadas por la doctrina. “Por el contrario, se ha empezado desde una premisa, que es insostenible como la *supraconstitucionalidad* del sistema internacional de Derechos Humanos, la Convención, y el *corpus iuris* convencional. Así, Zúñiga sostiene que desconoce la precisa fuente positiva de tal supraconstitucionalidad, que no sea el recurso al eterno derecho natural o a las cadenas ideológicas”⁸⁴.

Una parte de la doctrina ha señalado que es cierto que no hay norma constitucional que determine la jerarquía de los Tratados Internacionales en tema de “Derechos Humanos, pero dicha jerarquía es de rango constitucional o supraconstitucional, en atención a una correcta interpretación de la Carta Fundamental, y el influjo de los fallos emitidos por la misma Corte IDH. Para sustentar dicha categoría, se ha sostenido que la enmienda al inciso 2 del artículo 5º de la Constitución Chilena reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos contemplados en los tratados internacionales vigentes en Chile, al otorgar rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile en todo su acervo: catálogo de derechos con su acervo jurisprudencial, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga efectivo el pleno goce y ejercicio de los mismos”⁸⁵.

⁸³ Ibid, p. 435.

⁸⁴ Ibid, p. 439.

⁸⁵ NASH, Claudio. “Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas, en: NASH, Claudio y BAZÁN, Víctor (editores). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad. Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos”. Bogotá, 2012, p. 22.

“En particular, el maestro Zúñiga menciona que la realización de un Control de Convencionalidad de oficio por parte de los tribunales nacionales sería un sinsentido toda vez que no existiría una habilitación constitucional, lo cual quebrantaría el principio de legalidad previsto en el artículo 6° de la Constitución Chilena.

La Corte IDH cumple su deber de respetar los procedimientos constitucionales para efectos de la adopción de las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades tutelados por la Convención. Precisamente, una de dichas medidas es el Control de Convencionalidad, que tiene como parámetro de control la CADH y la jurisprudencia de la Corte. Si bien en situaciones anteriores, la Corte ha señalado que el Control de Convencionalidad es *ex officio* y debe ser realizado directamente por los órganos del Estado, ello ocurre sin perjuicio de los procedimientos constitucionales internos, toda vez que los jueces nacionales están sometidos al imperio de la ley”.

2.2.1.8. El Control de Convencionalidad en el Derecho Peruano

La primera vez que se hace “referencia al Control de Convencionalidad se encuentra de manera expresa en el caso Almonacid Arellano, aun así, tanto la Corte Interamericana como la justicia peruana han aplicado este tipo de control normativo desde la década de los noventa, de manera innominada. El ejercicio de esta técnica de control normativo ha sido muy relevante debido a que controló los efectos de normas nacionales que vulneraban las garantías mínimas del debido proceso y el combate contra la impunidad en el contexto del gobierno de Alberto Fujimori, durante la década de los noventa”⁸⁶.

⁸⁶ LANDA ARROYO, Cesar. “El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia constitucional”,

“En el año 1997, la jueza Antonia Saquicuray no aplicó las leyes de autoamnistía, con el propósito de continuar con la investigación penal de las matanzas de Barrios Altos y la Cantuta, tomando como argumento que la ley mencionada afectaba las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional reconocidas en los artículos 8 y 25 de la CADH. De la misma forma, en 1998, la Corte IDH en el caso Castillo Petruzzi vs. Perú condenó al Estado peruano por la emisión del Decreto Ley N° 25659 que no permitía a los detenidos por terrorismo plantear acciones de garantía a su favor. De ahí que, aunque la norma había sido modificada por el decreto ley 26 248, que sí daba la opción de la interposición de acciones de garantía, la Corte IDH condenó al Estado peruano por vulnerar o dispuesto en los artículos 25 y 7 6 de la CADH. La Corte declara que el Estado negó a las víctimas, por aplicación de su legislación interna, la posibilidad de interponer acciones de garantía en su favor. De esta forma, el Estado violó lo dispuesto en los artículos 25 y 7 6 de la Convención”.⁸⁷

En consecuencia, “la jurisdicción nacional y la internacional cumplieron un rol esencial en la defensa de las garantías del debido proceso y el combate contra la impunidad, aunque en el caso de la primera, esta abdicó frente al poder de turno. No obstante, la llegada del nuevo siglo significó que el control de convencionalidad adquiriera otra dimensión, a partir de la emisión de fallos emblemáticos en el seno del SIDH, y del retorno a la democracia en el Perú. De esta forma, en el sistema normativo peruano, el Control de Convencionalidad, se ha asumido como sinónimo del control de constitucionalidad, aunque este se ha realizado de forma innominada”.⁸⁸

en: Studi in onore di Giuseppe de Vergottini. (pp. 482 - 510). Wolters Kluwer – CEDAM, Roma, 2015.

⁸⁷ Corte IDH. “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de Septiembre de 1998”. Serie C No. 41, párrafos 182, 187-188.

⁸⁸ TORRES, Natalia, “El control de convencionalidad. Deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y divergencias)”. Editorial académica española, Saarbrücken, 2013, pp. 201 y ss.

En cierto modo, “la Constitución de 1993 no ha establecido el rango de los tratados de derechos humanos, pero esta norma contiene un dispositivo de carácter interpretativo que señala que ‘las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú’ (Cuarta Disposición Final y Transitoria), al igual que una cláusula de derechos implícitos que recoge el artículo 3 de la Constitución.

Tomando en cuenta estas normas, se ha reconocido que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, por lo que han adquirido fuerza pasiva y activa respecto de las normas de derecho interno contrarias a los estándares del SIDH”⁸⁹.

Es así que, el Tribunal Constitucional ha expresado que: “El rango constitucional que detentan trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición,” sino a título de derechos de rango constitucional. “Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido.

Como consecuencia, el Tribunal Constitucional ha precisado que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, por lo que poseen fuerza activa y pasiva en el sentido que se pueden aplicar de modo directo en los procesos jurisdiccionales de orden constitucional concentrado (artículo 200,4 de la Constitución) o en los procesos en los que se aplica control difuso

⁸⁹ LANDA ARROYO, Cesar. “El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia constitucional”.

(artículo 138 de la Constitución), esto significa, en los procesos ordinarios o en los procesos constitucionales de la libertad”.⁹⁰

A su vez, el Tribunal Constitucional ha precisado que “las sentencias de la Corte IDH tienen carácter vinculante, a pesar que el Estado no haya participado en el proceso contencioso, esto es importante pues es una muestra de la apertura del ordenamiento nacional a participar del fenómeno de diálogo interjudicial entre magistraturas nacionales e internacionales. Por ello, se debe analizar si la teoría de la vinculatoriedad de los fallos de la Corte IDH admite matices o gradaciones entre el Estado condenado y los que no siendo parte del proceso también se ve vinculados por el fallo”⁹¹.

En esta línea, “la vinculatoriedad podrá ser laxa, estricta e intermedia. En lo referido con el margen laxo o poco intenso, lo integrarían derechos que tienen un contenido que se delimita con la ley nacional principalmente, por ejemplo el derecho a la propiedad (salvo en los casos de los territorios de los pueblos indígenas); en el caso de la vinculatoriedad estricta, se aplica a casos en los que se encuentra en juego el derecho a la vida, la igualdad, la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, derechos políticos”, esto significa, “aquellos que aseguren la democracia, entre otros. En el caso del margen intermedio, se encuentran los derechos que no forman parte de los derechos anteriormente mencionados que forman parte del parámetro interamericano”⁹².

Por último, se debe precisar que el control de constitucionalidad lo realizan tanto el Tribunal Constitucional como la judicatura ordinaria, de modo que “el Control de Convencionalidad que estos realicen automáticamente provoca una especie de identidad entre ambos, todo esto a razón de que el control difuso de constitucionalidad que ejercen los jueces ordinarios se aplica de oficio, y no únicamente a pedido de parte. De este modo, existe una

⁹⁰ STC recaída en expediente N° 0025-2005-PI/TC, Fj. 33.

⁹¹ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. “La Interpretación de los Derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, pp. 220 y ss.

⁹² GARCÍA ROCA, Javier. “El Margen de apreciación nacional”. Civitas-Thomson Arazandi. Navarra, 2010, pp. 205-206.

coincidencia plena entre los sujetos que realizan los dos tipos de control y la forma en que lo realizan o se activa el mecanismo para promover su aplicación. Es decir, el control de convencionalidad lo llevará a cabo el Tribunal Constitucional o el juez ordinario en ejercicio de sus facultades de control difuso”⁹³.

2.2.1.9. Aplicación del Control de Convencionalidad por los órganos jurisdiccionales peruanos

El Control del Convencionalidad ha alcanzado aceptación en el ordenamiento peruano, tomando en cuenta que no solo existe una primigenia experiencia en la etapa del gobierno de Fujimori de los años noventa, sino que tras recuperar la democracia, a partir de múltiples decisiones del Tribunal Constitucional, se ha aceptado la aplicación directa de los tratados de derechos humanos y la eficacia vinculante de los fallos de la Corte IDH, así este mecanismo de control del derecho interno se ha incorporado en el razonamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República. Por todo ello, se ofrece un análisis de su aplicación en sede judicial nacional, por medio de casos resueltos por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en los que, de modo expreso o no, se ha aplicado en control de convencionalidad.

A. El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional peruano desde sus primeras sentencias tras recuperar la democracia en el año 2000, ha integrado el parámetro interamericano (Convención Americana de Derechos Humanos y jurisprudencia de la Corte IDH) en el canon del Control de Constitucionalidad, como parte de su razonamiento para la resolución de causas y la protección de los derechos humanos.

“En particular, el Tribunal Constitucional peruano, en su función especializada de órgano encargado del control de la constitucionalidad de

⁹³ LANDA ARROYO, Cesar. “El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia constitucional”.

las leyes y de conocer en última y definitiva instancia los procesos constitucionales de la libertad, en su uniforme jurisprudencia, desde las disposiciones de la CADH, no ha aplicado normas de rango legal o actos estatales que la conculcan.

En rigor a la verdad, el Tribunal Constitucional está obligado a cumplir las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como una obligación que corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, que establece que los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*)”.

“Asimismo, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 precisa que, por razones de orden interno, no se puede dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida.

Asimismo, se debe tener en cuenta, que de acuerdo al artículo 55 de la Constitución Política del Perú: ‘Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional’ y, según lo preceptuado por la IV Disposición Final y Transitoria del citado complejo fundamental, las normas constitucionales referidas a derechos humanos se interpretan de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales inherentes a ellos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado en la STC N° 5854-2005-AA/TC, que ‘Tal como lo dispone el artículo 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional’. De esta forma, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz y en consecuencia inmediatamente aplicable al interior del Estado.

Es así que, los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de acuerdo a los

tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)”⁹⁴.

“En esta línea, la labor interpretativa que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), en la determinación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas llevada a cabo por los tribunales internacionales sobre derechos humanos por medio de sus decisiones”⁹⁵.

Como consecuencia, “el derecho fundamental de acceso a la justicia frente a toda vulneración de los derechos humanos, como manifestación del derecho al debido proceso establecido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, no solo se orienta al acceso a los tribunales internos, sino también a los internacionales, así está previsto en el artículo 205 de la Constitución Política: Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”⁹⁶.

“De otro lado, tenemos la potestad reconocida a los jueces del Poder Judicial de aplicar el control difuso en salvaguarda de las normas de derechos fundamentales contenidas en la CADH, pese a que el Tribunal Constitucional haya confirmado la constitucionalidad de la ley objeto de control difuso,

⁹⁴ PAREDES MEJÍA, Miguel. “Obligatoriedad del control de convencionalidad difuso como parámetro del control jurídico de la investigación preparatoria en el proceso penal peruano. Tesis de Derecho de la UNASAM. Huaraz”, 2016, pp. 113,118-120.

⁹⁵ TICONA GONZALES, Yarida. “Maltrato Infantil y Ausencia del Principio del Interés Superior del Niño. Tesis de UANCV”. Puno, 2015.

⁹⁶ STC 01458-2007-PA/TC, FJ. 2 y 3.

reconociéndose de forma implícita, la supremacía de la CADH sobre las normas cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional, pero que contravienen derechos regulados en la CADH”⁹⁷.

En general, “el Tribunal Constitucional ha seguido la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, pero existen situaciones donde ha actuado con un margen de discrecionalidad, como el caso de las nuevas reglas en materia de pensiones estatales”⁹⁸. En concreto, el Tribunal Constitucional ha utilizado el Control de Convencionalidad de acuerdo a su finalidad intrínseca de proteger los derechos humanos garantizados por la CADH y, a su vez, adecuar el derecho interno, inclusive la propia Constitución y su interpretación, a los estándares interamericanos, para evitar eventuales condenas ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

B. El Poder Judicial

“En particular, el Poder Judicial viene a ser un órgano descentralizado que tiene en su base a los diversos juzgados distribuidos en todo el territorio nacional, y por encima de ellos a las Cortes Superiores en cada uno de los 34 distritos judiciales a lo largo del país. La culminación del sistema reside en la Corte Suprema de Justicia de la República, con sede en Lima.

De conformidad al Código Procesal Constitucional de 2004, los procesos constitucionales defensores de los derechos fundamentales, comprenden el Amparo y el Habeas Corpus, que se empiezan en sede judicial y en principio ahí terminan. Solo en caso de excepción, si la demanda es declarada improcedente o infundada, pueden los interesados o agraviados recurrir al Tribunal Constitucional, al amparo del artículo 202 de la Constitución Política. De esta forma, la mayoría de demandas en materia de derechos fundamentales se canalizan ante el Poder Judicial, y solo una escasa

⁹⁷ PAREDES MEJÍA. Miguel. “Obligatoriedad del control de convencionalidad difuso como parámetro del control jurídico de la investigación preparatoria en el proceso penal peruano”. Tesis UNASAM. Huaraz, 2016, p. 121.

⁹⁸ STC 0050-2004-AI/TC

cantidad que no excede del diez por ciento, llegan a conocimiento del Tribunal Constitucional por medio del recurso de agravio constitucional”⁹⁹.

En concreto, el Poder Judicial peruano de manera progresiva ha ido adoptando el Control de Convencionalidad como una herramienta para la efectiva protección de los derechos de la persona.

Así, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 01305-2012-0-1001-JR-FC-03, emitida en el Cusco el 15 de junio de 2015, no se aplica las normas del Código Civil referido a la interdicción civil aplicables a las personas con discapacidad. Esta decisión es simbólica por dos razones, en primer lugar, debido a que ha sido emitida por Edwin Romel Béjar Rojas, juez que tiene discapacidad visual y que luchó judicialmente para que el Consejo Nacional de la Magistratura, en el marco de un concurso de acceso a la carrera judicial, le tomara un examen adaptado a su discapacidad; en segundo lugar, debido a que de oficio se aplica el Control de Convencionalidad sobre las normas civiles mencionadas al principio. En el tenor de la sentencia, se indica que “es necesario aplicar el control difuso de convencionalidad al presente caso, a fin de resguardar el cumplimiento de la CDPD y el respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad, debiendo inaplicarse lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 43 y los numerales 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil por ser incompatible con el artículo 12 y demás de la CDPD”. De esta forma, en este caso se ha utilizado el Control de Convencionalidad en dos sentidos: a) como control represivo, mediante la inaplicación de disposiciones que van contra los derechos garantizados por un tratado de derechos humanos; y, b) como un control de adecuación de las prácticas estatales internas al derecho internacional.

“De conformidad al Código Procesal Constitucional, los precedentes establecidos por el Tribunal Constitucional son criterios orientadores que sirven al Poder Judicial para resolver los casos, debido a que estos

⁹⁹ PAREDES MEJÍA. “Obligatoriedad del control de convencionalidad difuso como parámetro del control jurídico de la investigación preparatoria en el proceso penal peruano”, 2016, pp. 124 y 125.

precedentes vinculantes deben ser cumplidos obligatoriamente, con algunos matices. Es así que, si bien no existen datos exactos de la forma de aplicación del control de convencionalidad por el Poder Judicial que se ha dado en varias oportunidades, al ser el Tribunal Constitucional la piedra angular del sistema, y a su vez el orientador de estos casos, cabe precisar que existen pautas ordenadoras al interior del aparato judicial. En caso de no existir esto, la parte afectada en su derecho puede acudir al Tribunal Constitucional, que aplicará las pautas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”¹⁰⁰.

En síntesis, en el Poder Judicial, que comprende la Corte Suprema y sus diversas salas especializadas, existe un uso exiguo del mecanismo, pues no se emplea la expresión, aunque en la práctica se ejerce el control de convencionalidad. No obstante, la expresión ha empezado a penetrar por el lado de los votos singulares y el uso que del mismo realizan los jueces de instancia.

B.1. Control de Convencionalidad en el Derecho a la Familia

En un caso, “la Corte Suprema analizó, a través de la Consulta, la validez de la resolución que admitía a trámite una demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad extramatrimonial presentada fuera del plazo previsto en el artículo 400 del Código Civil, que establece un plazo de 90 días para impugnar el citado reconocimiento de paternidad. En este caso, el juzgado de primera instancia había inaplicado la citada disposición, por lo que en aplicación del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se elevó en consulta su resolución para que sea aprobada por la Corte Suprema. En este sentido, la Corte debía decidir si el plazo establecido en el artículo 400 del Código Civil era o no constitucional. Para esto, la Corte construyó un parámetro de control desde dos derechos: el derecho a la protección de la familia y el derecho a la identidad”¹⁰¹.

¹⁰⁰ CASTAÑEDA OTSU, Susana (dir.). “Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional”. Grijley. Lima, 2010.

¹⁰¹ En el Perú el procedimiento de consulta se aplica sobre aquellas resoluciones del Poder Judicial que aplican el control difuso de constitucionalidad previsto en el 2do párrafo del

En atención a lo anterior, los considerandos 7.2 y 7.3 de la resolución de la Corte Suprema reflejan la invocación de instrumentos internacionales para construir el parámetro de validez (premisa normativa) del presente caso. A partir de ello, la Corte analiza la disposición contenida en el artículo 400 del Código Civil por medio del principio de proporcionalidad, concluyendo que la disposición citada no superaría el análisis de idoneidad y, por ello, sería inconstitucional. Por ende, se sostiene que, si bien la medida buscaría proteger el estado de familia, la misma no resulta constitucional en tanto restringe la posibilidad de acceder al conocimiento de la verdadera familia y el derecho a la identidad, limitando al menor a conocer a su familia biológica, lo cual puede comprobarse con certeza por medio de la prueba de ADN, conforme a lo ofrecido por el demandante en el caso sub litis.

En este caso, si bien no se hace referencia al Control de Convencionalidad, resulta evidente que el mismo en la práctica se ha aplicado, pues se ha utilizado los instrumentos internacionales como parámetro de validez de las normas de derecho interno, con el objeto de adecuarlo a los instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos. En concreto, se ha utilizado los instrumentos internacionales (“Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño”) al construir el parámetro que sirve de guía para evaluar la validez constitucional del artículo 400 del Código Civil. Por lo tanto, es un caso donde se usa el control de convencionalidad a pesar que no se menciona de manera literal.

2.2.2. El “Interés Superior del Niño” como Herramienta de Protección de Derechos de los Niños y Adolescentes

2.2.2.1. El “Interés Superior del Niño” en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos del Niño

“La evolución actual del pensamiento jurídico indica que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los

artículo 138 de la Constitución. Este procedimiento se regula en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Así, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

La Convención sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente, pues tienen particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de ‘interés superior del niño’¹⁰².

“En general, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico.

Por dicha razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en el interés superior se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra. En consecuencia, urge desarrollar una interpretación que supere estas objeciones, favoreciendo una concepción jurídica precisa del interés superior del niño que reduzca razonablemente la indeterminación

¹⁰² “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Así, lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio ‘rector guía’ de ella. Por ende, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, y, a su vez, para fundamentar una decisión o medida en el ‘interés superior del niño’ se deberá regir por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la propia Convención”¹⁰³.

En síntesis, se debe empezar por “considerar que el interés superior del niño es una alocución que ha entrado en la historia jurídica de la humanidad de manera muy reciente, primero bajo la noción de bien del niño después en su forma actual como principio general por la consagración que le ha dado la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3. Por tanto, un concepto jurídico muy moderno, que apenas ha sido objeto de estudios de manera global, ya que el contenido permanece bastante impreciso y las funciones son múltiples. En consecuencia, es más examinado respecto a un punto preciso o aplicado en la jurisprudencia, que verdaderamente explicado de manera sistemática”¹⁰⁴.

2.2.2.2. La evolución histórica del “Interés Superior del Niño”

“La referencia al panorama histórico considera el sentido que se busca alcanzar con el concepto del interés superior del niño, que resulta de utilidad para su interpretación. Así, en principio el desarrollo del interés superior del

¹⁰³ AMEGHINO BAUTISTA, Carmen. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño y Funciones Normativas del Interés Superior del Niño”. Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia, RAE. Tomo 30, Dic. 2010, p. 2.

¹⁰⁴ TICONA GONZALES, “Maltrato Infantil y Ausencia del Principio del Interés Superior del Niño”.

niño como concepto jurídico es el resultado de la evolución social y jurídica en torno a la infancia”¹⁰⁵.

“El término era usado antes en el Derecho de familia con tintes éticos en unos casos, como el favor legitimitatis en el campo de la filiación, o de tipo social o familiar en otros, como el favor filii, frente al interés del o de los padres en el terreno de la patria potestad; evidenciando una perspectiva y aplicación limitada, con planteamientos y alcances diferentes.

La aparición de la Convención sobre los Derechos del Niño, genera que la cuestión sea distinta. De un lado, frente a una concepción tradicionalista, que concedía al niño un estatus de persona meramente protegida, una concepción moderna, actual, le reconoce como sujeto de derechos que, a partir de cierto momento de su vida (la adolescencia), podrá ejercer por sí mismo derechos y libertades indeclinables”.

“Desde esta postura, el interés superior del niño consiste en la adquisición progresiva de mayor autonomía y una identidad de adulto que le habilite para ejercer directamente tales derechos y libertades. De otra parte, el interés superior del niño es uno de los principios y valores emergentes del Estado de Derecho que irradia energía jurídica, no solo al ordenamiento jurídico en general, sino también a la actuación de los órganos estatales e instituciones públicas. Desde este enfoque, el interés superior del niño consiste en su consideración en la formulación de las políticas públicas y en la legislación relativa a la infancia”¹⁰⁶.

Antes de la Convención sobre los Derechos del Niño, se muestra que recién a partir del siglo XIX se fue construyendo el concepto, como “una respuesta del Derecho respecto a la niñez, esto se centró en el intento de plasmar el concepto en el ámbito de los ordenamientos nacionales relativos a la familia,

¹⁰⁵ Cfr. ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel. “La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español”, UPCO. Madrid, 1964, pp. 21 y ss.

¹⁰⁶ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

reconociendo progresivamente al interés superior del niño desde la consideración de los intereses o necesidades de la infancia.

En el siglo XX, el concepto del interés superior del niño llega a tener un posicionamiento fundamental, sin embargo, el enfoque tutelar y paternalista imperante en los inicios de aquella época, restringía la adopción del concepto solo a la esfera del derecho de familia. A partir de la promulgación de los primeros instrumentos internacionales referidos a la protección de los derechos de la infancia, que la historia del desarrollo del concepto tiene en el siglo XX un rápido proceso de maduración en diversos ámbitos. Así, en la Declaración de Ginebra de 1924, llamada Declaración de los Derechos del Niño por la Sociedad de Naciones, se señalaba: la humanidad debe conceder al niño cuanto estime mejor y más beneficioso para él. Más adelante, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se resalta que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”¹⁰⁷.

“En el segundo Principio de la DUDN de 1959, de las Naciones Unidas, aparece por vez primera el concepto para la formulación de leyes relativas a la infancia: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”¹⁰⁸.

“La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, se considera al concepto para reglar la conducta de los padres en la educación y la crianza de los hijos: garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombre y mujeres en

¹⁰⁷ TICONA GONZALES, “Maltrato Infantil y Ausencia del Principio del Interés Superior del Niño”.

¹⁰⁸ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, teniendo en cuenta que el interés de los hijos es la consideración primordial en todos los casos.

No obstante, es con la previsión del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que se comprende un amplio margen de aplicación, que supera la acción del Estado, para incluir a los organismos privados y abarcar todas las medidas concernientes a los niños. Así, se dispone: 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”.

En síntesis, “el proceso de formación del concepto del ‘interés superior del niño’ muestra que, desde su concepción original, se le entiende como el instrumento adecuado para hacer efectiva la especial protección que se otorga a los niños, cuyo ámbito de aplicación se ha ido ampliando paulatinamente a partir de la supresión de abusos en el ámbito de las relaciones familiares hasta su consideración en la formulación de leyes y políticas públicas relativas a la infancia. Desde el matiz de una definición negativa de no hacer daño al niño, se ha llegado a una prescripción positiva de asegurarse del bien del niño”¹⁰⁹.

2.2.2.3. El “Interés Superior del Niño” dentro de la Convención sobre los Derechos del Niño

A. Significado del artículo 3, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño

El Comité de los Derechos del Niño ha subrayado que “los derechos del niño deben ser considerados como un todo y ha insistido en la interdependencia de los artículos, en particular de los que han sido reconocidos como principios generales (artículos 2, 3, 6 y 12) en la Convención sobre los Derechos del Niño. Así pues, los principios de no discriminación, de supervivencia y desarrollo, así como de respeto de la opinión del niño, deben tenerse en cuenta para determinar el interés superior del niño en una situación concreta o el interés superior de niños considerados como grupo.

¹⁰⁹ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

La determinación del interés superior corresponde al espíritu de la Convención en su totalidad y, en concreto, al énfasis que esta pone en el niño como individuo, con sus opiniones y sentimientos propios, y como persona con plenos derechos civiles y políticos, a la vez que como beneficiario de protecciones especiales. Este principio debe aplicarse junto con los otros principios generales cada vez que la Convención no establece una norma precisa”¹¹⁰.

El artículo 3, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño funda el principio del interés superior del niño: “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”.

“Del texto, se observa primeramente la utilización del plural ‘niños’ que se puede oponer al singular interés superior del niño. Desde el punto de vista gramatical, está claro que el legislador ha querido que, en las intervenciones que atañen a todos los niños, se aplique sistemáticamente el criterio general del interés del niño como unidad de apreciación de la decisión que se deba pronunciar. Esto se infiere, desde que el empleo del singular hubiera sido más restrictivo.

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. Toda esta expresión alude a todas las intervenciones que hagan las autoridades judiciales y administrativas con respecto a los niños deben aplicar este principio. Esta parte de la frase funda pues una obligación para los Estados de examinar, en todas las decisiones

¹¹⁰ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. “Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”. Preparado por Rachel Hodgkin y Peter Newell. Ginebra, 1991, p. 40.

que se administren relativas al niño, si el criterio del interés superior del niño está garantizado; aunque no sea un derecho atribuido de manera subjetiva, al menos que sea una garantía ofrecida a los niños.

Respecto a la frase órganos legislativos, cabe afirmar que significa que, cuando se establece una ley, el Estado nacional, regional, municipal, debe verificar que se tenga en cuenta a los niños y que su interés superior esté preservado. Por estas dos palabras (órganos legislativos), toda la dimensión política se introduce en la Convención. El interés superior del niño toma una función nueva: sirve para establecer, en un programa legislativo, lo que es bueno para el niño y lo que no lo es.

Las expresiones ‘las instituciones públicas o privadas de protección social’, significan la voluntad del legislador para someter todo el sector de intervención en favor de la infancia, a la obligación de respetar este principio. Aunque la cuestión no haya sido verdaderamente formulada por los órganos del Estado, sin embargo, la precisión de una aplicación al sector privado no será inútil”.

“Se conoce la importancia histórica de las organizaciones privadas de ayuda a la infancia; se conocen los servicios que rinden las innumerables asociaciones, fundaciones, ONG haciéndose cargo de los niños (nutrición, escolaridad, cuidados, reinserción); pero se sabe también que ciertos movimientos profesan unas ideologías de tipo sectario, utilizan los niños a fines perjudiciales a sus derechos y a sus intereses. Parece pues necesario someter igualmente todo el sector privado a este principio del interés superior del niño.

No obstante, de este texto no se aprecia referencia alguna a la autoridad privada de los padres. A nuestro parecer, el legislador, por respeto al principio establecido al artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no ha querido entrar en la esfera familiar para subrayar la responsabilidad de los padres; y conservar con este gran principio general, la oportunidad de ser admitido por todos. Esto no excluye en ningún caso la

aplicación del principio del interés superior del niño en las situaciones domésticas, esto debiera ser evidente. No se comprendería, en efecto, que solo fueran obligadas las autoridades por el principio y que las familias no lo fueran; el principio general se aplica y cubre las situaciones particulares. La respuesta a esta interrogación se encuentra por otra parte en el artículo 18, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño que impone a los padres, como guía para educar al niño y asegurar su desarrollo armonioso, seguir el principio del interés superior del niño.

En cuanto a la frase ‘una consideración a la que se atenderá será’, cabe decir que denota la imposición del interés superior del niño como regla de criterio de aplicación. Es el objetivo de esta parte de la frase: acordar al interés superior del niño el valor de una consideración primordial. Esto significa que en una situación dada en la que la autoridad (judicial, administrativa o política) debe tomar una decisión, debe acordar una importancia particular al interés superior del niño, aunque este interés no va a generar ventaja sistemática sobre todos los otros intereses (de los padres, de los otros niños, de los adultos, del Estado)”¹¹¹.

Por último, sobre “la expresión ‘el interés superior niño’ cabe decir que es una alocución utilizada, como una expresión general vinculada a la noción del interés del niño lo que significaba que en cualquier circunstancia, el interés del niño debía primar sobre cualquier otro interés, de esta manera, se haría del niño un ser de excepción que, desde el momento en el que se encontrara en interferencia con otras personas no niños u otros cuerpos sociales, tendría forzosamente siempre razón. No se puede apoyar esta postura ya que, si se pone otra vez en relación el artículo 3, primer párrafo, con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ejemplo, se comprende bien que el niño no es una persona individualizada al extremo, sino que permanece como una persona miembro de su familia y miembro de la comunidad, en todos los casos futuro ciudadano, con lo cual parte integrante del Estado.

¹¹¹ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

Las palabras interés y superior usadas conjuntamente, ponen de relieve que lo que debe ser observado es el bienestar del niño, tal como ha sido definido varias veces por la Convención, en particular en el preámbulo y en el segundo párrafo del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se puede, por otra parte, leer los párrafos segundo y tercero del artículo 3 de la Convención como suministrando la explicación del 'best interest': Párrafo segundo: Los Estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Párrafo tercero: Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada"¹¹².

B. El criterio del “Interés Superior del Niño” en la Convención sobre los Derechos del Niño

“Conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en el análisis del texto se debe acudir al principio general principal de interpretación del contexto, por lo que los términos de un tratado no deben ser interpretados aisladamente, sino dentro del contexto, esto es el conjunto del tratado, cada una de sus partes y todas ellas interrelacionadas entre sí.

Del análisis del texto del artículo 3, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño se puede concluir que el interés superior del niño es un criterio general de aplicación sistemáticamente como unidad de apreciación de la decisión que se deba pronunciar en el respeto y promoción de los derechos de la infancia. Sin embargo, esta expresión también ha sido

¹¹² “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

recogida en varios otros artículos de la Convención como referencia para tenerla en cuenta en situaciones concretas”¹¹³.

Así, por ejemplo, “en el artículo 9 de la Convención se fija el principio según el cual el niño tiene el derecho de vivir con sus padres. Esto aparece como un principio muy importante para el niño mismo, así como para la familia. En el primer párrafo de este artículo, se admite que una separación del niño de sus padres es posible mediante una decisión oficial y en la medida en que esta decisión sea tomada en el respeto del interés superior del niño. Se piensa aquí en las situaciones en las que el niño es víctima de su familia (abusos de todo tipo, malos tratos activos) o cuando se le abandona a sí mismo (malos tratos pasivos)”¹¹⁴.

“Igualmente, en el tercer párrafo del mismo artículo se propone el principio según el cual el niño debe mantener relaciones personales y contactos directos con sus dos padres, salvo que esto fuera contrario al interés superior del niño. Se hace referencia aquí a situaciones de conflicto abierto entre el niño y uno de sus padres (a veces los dos) o a situaciones idénticas a las descritas en el párrafo primero (relaciones contraindicadas los padres)”. “De acuerdo con ello, se precisa que los tribunales pueden mostrarse, comprensiblemente, poco dispuestos a obligar a un niño a mantener relaciones y contacto directo con sus padres si ello parece tener repercusiones negativas sobre el niño”¹¹⁵.

“De otra parte, el artículo 18 de la Convención establece el principio según el cual los dos padres deben estar implicados en la educación de los niños; es lo que se llama responsabilidad común en la educación. En el primer párrafo de esta disposición se establece que el interés superior del niño debe guiar esta responsabilidad común. Al respecto, se explica que los padres pueden tener opiniones totalmente opuestas sobre el interés superior de un niño concreto; puede que las personas encargadas del cuidado del niño tampoco

¹¹³ el “Interés superior del niño” en la interpretación del tribunal constitucional. Alex F. Plácido V.

¹¹⁴ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

¹¹⁵ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, “Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, cit., p. 131.

se pongan de acuerdo entre sí acerca de lo que es mejor. Por lo tanto, la definición de los derechos del niño ayuda a que el concepto sea menos subjetivo. Cualquier violación de esos derechos (incluso no tener en cuenta la evolución de sus facultades) será contraria a su interés superior”¹¹⁶.

Asimismo, el artículo 20 de la Convención prevé que “el niño que está privado de su medio entorno tiene derecho a una protección y a una ayuda especiales del Estado, en particular a una solución de reemplazamiento (adopción, ingreso hogares sustitutos o kafala). En el primer párrafo, se expone el hecho de que, al niño, cuyo superior interés exija que no permanezca en ese medio, deba recibir esta ayuda del Estado. Esto sugiere una jerarquía de opciones: en primer lugar, los familiares; en segundo lugar, una familia sustituta; y, solo en tercer lugar, una institución apropiada”¹¹⁷.

“En el artículo 21 de la Convención se prevé las situaciones en las que el niño, privado de su medio familiar, está sometido a la situación de reemplazamiento de la adopción (nacional o internacional)”.

“En ese caso, el Estado debe suministrar una ayuda y una protección especiales y debe vigilar el respeto de los procedimientos instrumentalizados para dar a esta medida todo su alcance, entre otras cosas evitar el abuso. En el primer párrafo, está claramente indicado que en el momento de cualquier procedimiento de adopción (elección de los padres que confían el niño en adopción, elección de los padres adoptantes, recurso a los intermediarios etc....), sea el interés superior del niño el que prime y determine la mejor solución que se deba tomar. Esto significa que debe tener preferencia sobre cualquier otro interés, sea económico, político, o relativo a la seguridad del Estado o de los adoptantes. Este principio esencial debe quedar reflejado en la ley. Cualquier disposición que limite este principio debe considerarse como una violación de la Convención; por ejemplo, reglas inflexibles que imponen límites de edad para las parejas

¹¹⁶ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, “Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, cit., p. 236.

¹¹⁷Ibídem, p. 269.

deseosas de adoptar a un niño o que autorizan la adopción únicamente cuando se declare al niño legalmente abandonado”¹¹⁸.

El artículo 37 de la Convención trata de los principios generales que deberían presidir la administración de la justicia de los menores, “en particular la exclusión de la tortura, las penas o tratamientos inhumanos y la interdicción de la pena capital. Este artículo fija también las reglas procesales mínimas a respetar por las instancias judiciales, en la medida de lo posible especializadas en los menores. En el inciso c), se impone que el niño sea tratado con humanidad y que, si está privado de libertad, debe ser separado de los adultos, excepto si lo contrario se verificara más adecuado en el interés superior del niño. Se piensa aquí en el caso en el que el niño está encarcelado con uno de sus padres o en el que la madre da a luz estando detenida”¹¹⁹.

“El artículo 40 es la continuación del artículo 37 de la Convención en materia de justicia de menores, aunque va más allá en lo que se refiere a los derechos reconocidos de los niños cuando estos entran en conflicto con la ley y que ellos comparecen delante de las instancias judiciales. En su segundo párrafo, letra b), iii, se establece que, cuando un niño comparece ante una autoridad oficial, él pueda ser interrogado según las reglas procesales establecidas y con la presencia de sus padres, a no ser que esto sea contrario a su interés superior. Se piensa aquí en las situaciones en las que el niño es víctima de los padres o que está implicado, con sus padres, por ejemplo, en la comisión de delitos. El Comité de Derechos del Niño ha señalado que el principio del interés superior del niño se reafirma en la Convención en el contexto de la administración de la justicia de menores, en particular cuando se recalca que el niño debe ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el

¹¹⁸ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

¹¹⁹ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y sus necesidades especiales”¹²⁰.

“En síntesis, el interés superior del niño es un principio general presente en toda la Convención, pero que se le requiere de manera específica, cuando se debe justificar la excepción de un derecho que es reconocido al niño, en particular de un derecho que podría ser calificado de derecho natural a mantener relaciones con los padres. Cuando la elección supone cortar con estas relaciones (la adopción, por ejemplo) o suspenderlas (ingresos, privaciones de libertad); la decisión que se tome debe respetar siempre este principio. Esto quiere decir que, en estas situaciones, el interés individual del niño prima sobre el interés de la familia (a tener relaciones con su hijo) o del Estado (a asegurar la estabilidad de las familias)”¹²¹.

C. El “Interés Superior del Niño” como herramienta para lograr el fin de la Convención sobre los Derechos del Niño

“Conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en el análisis del texto se debe acudir al principio general de interpretación de la conformidad con el objeto y el fin del tratado. Este principio señala que se debe adecuar el tratado al propósito que gritó a las Partes a contratar (principio de la ratio legis), En otras palabras, en cualquier proceso de interpretación debe tener siempre en cuenta el objeto para el cual fue creado el tratado, lo que puede ser apreciado, con mayor evidencia, en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño”¹²².

“En el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se registra la evolución actual del pensamiento jurídico al afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es

¹²⁰ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. “Informe sobre el décimo periodo de sesiones, octubre / noviembre de 1995”. CRC/C/46, párrafo 219.

¹²¹ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

¹²² DE LA GUARDIA y DELPECH. “El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969”. Feyde. Buenos Aires, 1980, p. 222.

deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. En virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de los niños, con el propósito de prepararlos para una vida independiente en sociedad”¹²³.

“En este sentido, se expone en el tercer, cuarto y noveno párrafos del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño: Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, 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”.

“De acuerdo con ello, el objeto y fin de la Convención sobre los Derechos del Niño es el reconocimiento de los derechos específicos de la infancia y el establecimiento de los mecanismos de promoción y protección especiales que requieren por ser tales, con la finalidad de velar por el bienestar de los niños e integrarlos en la sociedad como personas plenas e independientes. De esto, se advierte que el bienestar del niño se separa del interés del niño, en el sentido en que aquél constituye un estado ideal para alcanzar el bienestar moral, físico y social de cada niño. En consecuencia, si el bien se habla del bienestar del niño en el Preámbulo de la Convención, es el interés superior del niño el instrumento jurídico concebido por la Convención, que tiende a alcanzar este estado idealizado y que funda la garantía del niño en que se considera su interés de manera sistemática. Lo que resulta de considerar el objeto y fin del mencionado tratado”¹²⁴.

¹²³ Vid. O'DONNELL, Daniel. “La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido”, en Boletín del Instituto Interamericano del Niño, N° 230, 1990, p. 11.

¹²⁴ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

Por lo anterior, se puede afirmar que “la noción del interés del niño, tal como está definida en la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene dos funciones: el de controlar y el de encontrar una solución (criterio de control y criterio de solución). El criterio de control significa que el interés superior del niño sirve aquí para velar a que el ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los niños sea correctamente efectuado. Es todo el dominio de la protección de la infancia que está concernida por este aspecto de control. El criterio de solución implica que la noción misma del interés del niño debe intervenir para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir la buena solución. Esta es la que será elegida puesto que es en el interés del niño”¹²⁵.

2.2.2.4. El “Interés Superior del Niño” en la doctrina jurídica

A. La Idea de “interés” en el plano jurídico

“El interés como categoría jurídica, es uno de los conceptos fundamentales en la consideración instrumental del Derecho, como medio para la satisfacción de los fines esenciales de la persona. El interés designa el sentimiento que se tiene de las condiciones de vida. Si me intereso por una persona, por un objeto, por una situación, es porque yo siento que dependo de ella, desde el punto de vista de mi existencia o mi bienestar, de mi satisfacción o de mi felicidad. Los intereses son, pues, las condiciones de vida en sentido lato”¹²⁶.

¹²⁵ *Ibíd*em, p. 47.

¹²⁶ IHERING, Rudolph von. “Del interés en los contratos”. Trad. esp. De Adolfo Posada. Buenos Aires, 1947, p. 77.

“El interés comprende, así, tanto a los bienes materiales, patrimoniales, como a los espirituales o ideales, todos aquellos a los que la persona considera (subjetivamente) valiosos; y afecta a la persona como una especie de energía en sus aspiraciones humanas, del tipo que fueren, materiales o ideales afecta también a todos los sectores vitales, en todos los ámbitos individuales y sociales de la persona”¹²⁷.

Así, el Tribunal Constitucional ha precisado que “el interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil”¹²⁸.

“Todo lo anterior expresa una idea general del interés de cualquier persona y, como tal, vale también para la persona del niño, con la sola observación de que en el menor, por razón de sus pocos años y estructura de su personalidad en desarrollo, tienen particular importancia los bienes y valores no racionales por cuanto conforman destacadamente su vida y llenan en mayor proporción sus necesidades, al tiempo que constituyen los resortes más fuertes de su comportamiento (activo y pasivo) a esa edad”¹²⁹.

B. El “Interés Superior del Niño” como concepto indeterminado

“En particular, el ‘interés superior del niño’ es un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la Convención de los Derechos del Niño se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea apreciado luego en el momento de su aplicación. Se trata, en este caso como en otros en que el legislador recurre a estos estándares o concepto indeterminados (la buena fe, el interés social, la diligencia de un buen padre de familia), de conceptos de valor o de experiencia referidos a realidades que inicialmente no permiten una mayor precisión o concreción, pero que, trasladadas a situaciones específicas, a supuestos determinados, su aplicación conduce a una solución y no otras: así, el poseedor actúa de buena fe o no, la decisión tomada por un padre es la que más convenía al

¹²⁷ TICONA GONZALES, “Maltrato Infantil y Ausencia del Principio del Interés Superior del Niño”.

¹²⁸ “Caso Juan Carlos Callegari Herazo”. STC 090-2004-AA/TC, del 5 de julio de 2004, fundamento jurídico nº 11.

¹²⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. “El interés del menor”. Dykinson, Madrid, 2000, p. 56.

hijo o no. El hallazgo de esa solución, la única adecuada, solo es posible al trasladar el concepto indeterminado, en la aplicación de la ley, a la realidad y circunstancias concretas del caso”¹³⁰.

“El empleo de conceptos jurídicos indeterminados es frecuente en todos los ámbitos jurídicos. Pero la elección de esa técnica tiene importantes consecuencias, porque ella va a comportar y requerir una forma especial de aplicación de la norma que incorpora tales conceptos, y, sobretodo, va a dar relevancia inusitada a los datos y circunstancias del caso concreto, porque estos son los que van a permitir encontrar la solución dentro del ámbito de apreciación del concepto jurídico indeterminado. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto este implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetos o situaciones adheridas al concepto”¹³¹.

Conforme a ello, “la aplicación del ‘interés superior del niño’ exigirá una doble labor: precisar el significado y contenido del concepto (en qué consiste el interés superior del niño), y luego, comprobar en qué situación y circunstancias concretas de las posibles se da el valor que ha pretendido captar la norma (lo que más conviene a un niño determinado).

Dicha técnica tiene ventajas e inconvenientes. La principal ventaja reside en la generalidad de su enunciado, a modo de principio multicomprendivo, que permite, ante la dificultad general y objetiva de determinación del valor que pretende captar la norma, una inicialmente sencilla definición del concepto, que responde a valores de justicia y razonabilidad referidas a situaciones empíricas, con remisión, para su determinación efectiva, al momento y persona que debe aplicar la norma y el concepto, con la correspondiente adecuación a cada supuesto concreto, a la amplia variedad de personas

¹³⁰ Ibídem, p. 57.

¹³¹ “Caso Juan Carlos Callegari Herazo”. STC O90-2004-AA/TC, de 5 de julio de 2004, fundamento jurídico n° 10.

implicadas y situaciones que pueden presentarse y válido tanto en el momento de su enunciado como en el futuro”.¹³²

No obstante, “los inconvenientes son mayores: sobre todo, la inicial indeterminación del concepto y del efecto jurídico acotado que acompaña a aquella generalidad; la remisión para su precisión efectiva a los criterios de quien haya de aplicar el concepto indeterminado, a sus consideraciones valorativas y opinión personal; y, la necesidad de su concreción a cada caso específico”.

“Esto supone el desplazar la dificultad y la solución a un segundo momento, y la necesidad de una valoración puntual por quien proceda en cada situación según criterios imprecisos, por individuales con cierta dosis de subjetivismo, que incorpora siempre las convicciones y experiencias personales de quien hace esa valoración: todo lo cual comporta, inevitablemente, no poca inseguridad para el ciudadano y para el justiciable”.

“Las consecuencias de todo esto son múltiples y preocupantes: desde cierta injusticia subjetiva y objetiva (tratamiento distinto de los iguales, o idéntico trato par lo no igual) y gran inseguridad jurídica, hasta maniobras procesales en busca de un juez determinado cuyos criterios ideológicos, jurídicos y sociales son conocidos o para eludir otro que correspondería. Huelgan comentarios”¹³³.

C. Teorías acerca del “Interés Superior del Niño”

En primer lugar, se busca “encontrar criterios, medios o procedimientos para averiguar, racionalmente, en qué consiste el *interés superior del niño* y luego, paralelamente, los de determinarlo in concreto en los casos correspondientes. Es la alternativa metodológica más clara y razonable al sistema o técnica jurídica de tipo inevitablemente casuista de nuestros

¹³² EL “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO” EN LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Alex F. Plácido V.

¹³³ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

tribunales, por culpa y a consecuencia de conceptos jurídicos indeterminados y su necesaria determinación en cada caso concreto.

Una muestra de esta última técnica que se propone, que tiene, sin duda, puntos de vista y aportaciones interesantes”¹³⁴.

C.1. Teoría del “dynamic self-determinism” de John Eekelaar

Eekelaar¹³⁵ busca “determinar el contenido del principio en casos concretos. Según su teoría, existen dos formas de operar la determinación: a) Por el método de ‘objetivación’: La percepción del interés superior del niño presupone ciertos planteamientos y estados de cosas cuya experiencia o vivencia se cree beneficiosa o perjudicial para el menor”. Por esto, “quien adopta las decisiones se inspira en criterios y convicciones sobre las circunstancias que se consideran óptimas para el desarrollo del niño”¹³⁶.

“Así, el interés superior del niño implica una referencia a consecuencias que se cree que ocurrirán o no y a la preferencia de esas consecuencias respecto de otras diferentes que podrían o no derivar de tal vivencia; b) Por el método del autodeterminismo dinámico: El niño interviene en las decisiones de modo de contribuir él mismo al resultado. A medida que se desarrolla va asumiendo las influencias a las que está expuesto, de modo que el propio niño contribuye a lo que él resultará ser. Si ese resultado (lo que llegará a ser el menor) ha sido en buena medida determinado por él mismo, será invocado para demostrar que tal resultado coincide con el interés superior del niño. El proceso es dinámico al apreciar que el mejor camino y diseño vital de un menor no siempre puede ser planeado en el momento de adoptar una decisión, y necesita ser revisado a medida que aquél crece”¹³⁷.

¹³⁴ El “interés superior del niño” en la interpretación del tribunal constitucional. Alex F. Plácido V.

¹³⁵ Vid. EEKELAAR, John. “The interest of the child and the Child’s wishes: the role of the dynamic self-determinism” en *International Journal of Law and the Family*. April, 1994(8), p. 47.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 49.

¹³⁷ EEKELAAR, “The interest of the Child and the Child’s wishes: the role of the dynamic self-determinism”, *cit.*, p. 55.

“Para Eekelaar la decisión correcta en la determinación del ‘interés superior del niño’ debe combinar ambos métodos”.

C.2. Teoría tópic de Theodor Viehweg

“De acuerdo a Viehweg, el principio del interés superior del niño debe ser entendido de un modo funcional, como posibilidad de orientación y como hilo conductor del pensamiento”¹³⁸.

“El pensamiento opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares partiendo de directrices y de guías que no son principios lógicos desde los que poder deducir con resolución, sino simples loci communes de valor relativo y circunscrito y revelado por la experiencia. El derecho está para resolver problemas concretos, por lo que no existen categorías preestablecidas. La primacía del problema influye sobre la técnica a adoptar. Una trama de conceptos y de proposiciones que impida la postura aporética no es utilizable”¹³⁹.

Conforme “Viehweg, en el análisis jurídico, debe operar el principio por ajustes concretos para resolver problemas singulares, partiendo de la directriz principal que informa todo lo que afecta a los menores: su superior interés”.

C.3. Teoría sincrética de Abdullahi An-an’im

Esta postura aborda el enfoque de interculturalidad, basado en An-an’im, que sostiene “que el principio del interés superior del niño puede servir para resolver conflictos entre los derechos reconocidos y consideraciones de tipo cultural, permitiendo llegar a algún tipo de síntesis o reconciliación frente a circunstancias determinadas”. Así, “el principio del interés superior del niño operaría como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en

¹³⁸ Vid. VIEHWEG, Theodor. “Tópico y jurisprudencia”. (Trad. español de Luis Diez Picazo), Taurus, Madrid, 1964, p. 56.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 142.

determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural”¹⁴⁰.

C.4. Teoría funcional de Philip Alston y Gilmour Walsh

“Alston y Walsh, proponen deducir el concepto del interés superior del niño desde los roles fundamentales que desempeña, según la Convención sobre los Derechos del Niño. En primer lugar, se destaca que el interés superior del niño puede apoyar, justificar o aclarar, junto con otras normas de la Convención, un enfoque concreto sobre los asuntos que surjan en el seno de la Convención sobre los Derechos del Niño. En segundo término, puede actuar como principio de mediación que ayude a resolver los conflictos entre los diferentes derechos que surjan dentro del marco general de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por último, sirve para evaluar las leyes, las prácticas y las políticas referentes a los niños que no se incluyen de forma expresa en las obligaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Por ello, señalan que “el interés superior del niño es el elemento funcional de los derechos del catálogo de la Convención sobre los Derechos del Niño”¹⁴¹.

C.5. Teoría “garantista” de Miguel Cillero Bruñol

“Para Cillero Bruñol, el Interés Superior del Niño tiene por objeto principal el limitar y el orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, por lo que se constituye un principio jurídico garantista.

El interés superior del niño como principio jurídico garantista, se basa en que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. Así, al proponer la Convención el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra, se identifica el interés superior con la satisfacción de ellos, lo que significa que, el principio

¹⁴⁰ Vid. AN-NA'IM, Abdullahi, “Cultural transformation and normative consensus on the best interests of the child”, en ALSTON, Philip (editor). “The best interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights. Oxford, University Press”, 1994, pp. 62 y ss.

¹⁴¹ Vid. ALSTON, Philip y WALSH, Gilmour. “Children, rights and the law, Clarendon Press”, Oxford, 1992, pp. 34 y ss.

tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no constituye soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no solo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente”¹⁴².

C.6. Teoría “hermenéutica” de Francisco Rivero Hernández

Según Rivero Hernández “se debe optar por una interpretación sociológica y finalista de las normas e instituciones implicadas en el interés del menor, en las que este último, el menor, no es ya un mero elemento subjetivo (de la patria potestad, la tutela, p.ej.) sino el centro de gravedad de la institución correspondiente, el protagonista principal, el destinatario esencial de la norma y de la institución, como persona que proteger y cuyo interés es el más valioso y especialmente protegido”.

“Para ello, se debe abordarlo en un plano inicialmente genérico y un tanto teórico, buscando en qué consiste el interés superior del niño en abstracto y luego, referirlo a situaciones y casos concretos de la realidad, con el objeto de ver cómo se presenta a través de su concreta problemática y cómo cabe calificarlo en tales situaciones vivenciales”¹⁴³.

D. Análisis de las posturas teóricas

“Todas las teorías descritas revelan la significación del interés superior del niño en su consideración como sujeto de derecho y en la promoción de los derechos de la infancia previstos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, el interés superior del niño tiene un valor jurídico eminentemente instrumental en la decisión acerca de un derecho o conflictos de derechos.

Resulta claro que algunos de los métodos expuestos no se resisten a la crítica, al destacar que no hay verdaderas ideas o valoraciones generales (o

¹⁴² CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELLOF, Mary. “Infancia, ley y democracia en América Latina. Temis / Depalma. Bogotá – Buenos Aires”, 1998, pp. 79 y ss.

¹⁴³ RIVERO HERNÁNDEZ, “El interés del menor”, cit., pp. 89 y ss.

muy pocas), con validez presuntamente objetiva y universal del interés superior del niño pues es evidente que en la mayor parte de los casos difieren según la persona llamada a pronunciarse; y además, porque la participación del niño en su proceso de formación es variable según se trate de decisiones con mayor o menor carga de elementos racionales o emotivos y afectivos, según los casos”¹⁴⁴.

“En otros casos, en el sentido de sí la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, en aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo. El principio del interés superior entonces, no puede ser una vía para introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectar la expansión de la protección universal de los derechos humanos”¹⁴⁵.

De esta forma, resulta evidente que “no se limitan al plano del concepto de interés superior del niño ni al del mero enunciado normativo, así superan la abstracción de la idea, buscando la concreción del concepto en su propia realidad humana y jurídica, en cuanto referida al problema o cuestión vivencial, pues el concepto jurídico se refiere a un caso (conflicto de intereses) y a un protagonista en particular (el niño)”.

En esta línea, “cobran importancia los datos personales y circunstanciales concretos de los protagonistas y de cada caso y situación, por absolutamente determinantes, deben quedar bien definidos para poder decidir cuál es, dónde está y cómo encontrar el interés superior del niño que se trate, cualquiera que sea la forma de presentación fáctica del problema vivencial o conflictivo. Así, la apreciación del interés superior del niño supone la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, cuyo alcance ha de fijarse, dentro del llamado margen o ámbito de apreciación de dicho

¹⁴⁴ Vid. ALSTON, Philip (editor), “The best interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights”. Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 50 y 55.

¹⁴⁵ Cfr. MURGA, María. “Acerca de la trascendencia política del respeto de los derechos de los niños y adolescentes, en Minoridad y familia”. N°11, pp. 15 y ss.

concepto, en atención a unos hechos acreditados. A aquellos datos, a estos hechos, irá referido el juicio de valor que comporta la aplicación legal del concepto indeterminado 'interés superior del niño' y sobre los mismos operarán mental y decisoriamente quienes deban hacerlo en cada caso concreto.

Por ello, es importante abordar esta cuestión en relación con situaciones concretas y con instituciones conocidas, para ver cómo actúa y ha sido visto e interpretado en esos ámbitos. Interesa, pues, examinar cómo se ha presentado el interés superior del niño en casos concretos, cómo lo han visto los tribunales y cómo han resuelto los conflictos correspondientes en que entró en juego”¹⁴⁶.

2.2.2.5. El Interés Superior del Niño en la postura del Tribunal Constitucional

“El Tribunal Constitucional supera la abstracción de la idea, buscando la concreción del concepto en su propia realidad humana y jurídica, en cuanto referida al problema o cuestión vivencial, pues el concepto jurídico se refiere a un caso (conflicto de intereses) y a un protagonista en particular (el niño). Con tal propósito, han tenido vital importancia los datos personales y circunstanciales concretos de los protagonistas y de cada caso y situación: solo así se ha podido decidir cuál es, dónde está y cómo encontrar el interés superior del niño que se trate, cualquiera que sea la forma de presentación fáctica del problema vivencial o conflictivo”.

Por eso, en la determinación del concepto del interés superior del niño “resulta importante abordar esta cuestión en relación con situaciones concretas y con instituciones conocidas, para ver cómo actúa y ha sido visto e interpretado en esos ámbitos. Ello es así, por que la idea matriz es que el

¹⁴⁶ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

interés superior a efectos jurídicos, está inicialmente en la protección de sus derechos fundamentales, y al individualizarlo habrá de garantizársele, a través de las opciones y decisiones que se adopten, los bienes y valores que encarnan esos derechos fundamentales.

Se advierte que el Tribunal Constitucional ha sido poco explícito en su argumentación acerca de cómo actúa el interés superior del niño en esta situación. Sin embargo, se puede inferir cual ha sido el criterio a la hora de concretarlo y decidir al respecto, por su proximidad a los hechos y a las pruebas que ha tomado en consideración. A pesar de ello y observando que el interés superior del Niño debe ser interpretado conforme a la Convención sobre los Derechos Humanos como dispone la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, en la STC 052-2004-AA/TC el Tribunal Constitucional resalta el valor instrumental del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, del que se deriva una exigencia en materia de interpretación y aplicación de las reglas procesales: estas habrán de aplicarse de manera que mejor se optimice el derecho de obtener un pronunciamiento sobre el fondo de aquello que aqueja al niño, y no optar por una respuesta jurisdiccional que postergue el pronunciamiento final, a costa de que el niño continúe privado del ejercicio de determinados derechos fundamentales.

En todos los casos, el interés superior del niño ha actuado como un interés autónomo como el único relevante en este contexto social y normativo, de forma que debe sobreponerse a cualquier otro. Se observa que existe un conflicto de intereses y valorando cada uno de ellos en el respectivo contexto, se ha decidido a favor del interés superior del niño: de las alternativas y las opciones posibles en el ejercicio del derecho cuestionado, se ha determinado dónde está el mejor beneficio o interés del menor en la situación de referencia. Hay opciones e intereses contemplados desde el enfoque del niño, como sujeto de derecho que vive su problema en un lugar y un momento determinado”.

“De lo anterior, se comprueba que no se reclama el interés como objeto de una pretensión, sino que se ha discutido sobre cierto derecho en que ese interés está implicado: el derecho a vivir en una familia. Y en ese debate sobre derechos reclamados, se ha decidido de acuerdo con el interés superior del niño. De ahí que, este último es, además de contenido de aquellos, un parámetro o criterio en la valoración de un derecho, relación jurídica o situación concreta, o en la solución de un conflicto de derechos”.

“La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, permite precisar los criterios la forma de abordar la determinación del interés superior del niño, in concreto”:

a) El interés superior del niño exigirá proveer en primer lugar a sus problemas inmediatos y más graves (salud, educación, libertad personal).

b) En la concreción de ese interés y con la pretensión de garantizarle sus derechos fundamentales, habrá de conjugarse, por principio e inicialmente, las necesidades presentes con las futuras que quepa razonablemente prever.

c) Es preciso incentivar la autonomía personal y funcional en la definición de su interés, por ello la alternativa que se elija debe ser aquella que haga efectivo el ejercicio de sus derechos fundamentales”¹⁴⁷.

“En este estado, ha llegado el momento de responder qué es el interés superior del niño: es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles”¹⁴⁸.

¹⁴⁷ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

¹⁴⁸ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

“Dicho concepto tiene la bondad de referir directamente el interés superior del niño como un criterio general de aplicación sistemáticamente, como unidad de apreciación de la decisión que se deba pronunciar en el respeto y promoción de los derechos de la infancia, conforme al artículo 3, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por lo anterior, la aplicación de dicho concepto, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional, exige realizar un juicio de valor de la situación real desde la perspectiva del niño, a fin de encontrar una solución razonable y justa eligiendo, entre varias opciones, aquella que más conviene a un niño concreto. En general, valoración de todas las circunstancias que pueden ser necesarias para integrar el concepto, pero con particular atención de las que puedan resultar esenciales para el caso y en función de este. Para esto, se requiere que quien aplique el ‘interés superior del niño’ en una determinada circunstancia, lo haga conforme al texto, el contexto y el objeto y fin de la Convención sobre los Derechos del Niño conforme a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución y, en particular”¹⁴⁹:

a) “Prescinda de sus principios (ideológicos, personales, convicciones políticas, religiosas o educacionales, etc.) al momento de apreciarlo; y, declinando de tales opiniones subjetivas, decida conforme a los principios y valores preponderantes en el sistema constitucional y en la sociedad y momento en que ha de pronunciarse”;

b) “Considere que la decisión que debe adoptar no está desligada de una fuerte carga humana y meta jurídica, que desborda ciertas perspectivas legalistas, formalistas, de los derechos fundamentales”; y,

c) “Valore los datos de que disponga de manera discrecional, lo que no significa arbitrariamente, para elegir libremente la alternativa que sea razonable y justa; es decir, autonomía decisoria vinculada a la búsqueda del interés superior del niño”¹⁵⁰.

¹⁴⁹ El “interés superior del niño” en la interpretación del tribunal constitucional. Alex F. Plácido V.

¹⁵⁰ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, “El interés del menor”, op. cit., pp. 239 y ss.

La objetividad que se requiere a la hora de apreciar el interés superior del niño es un requisito consustancial para determinar lo más favorable, lo mejor, al resolver el caso. Para ello, “se debe manejar una apreciación discrecional y razonable, no arbitraria, de los aspectos materia de determinación de los derechos del niño. Se trata de realizar un juicio de valor a partir de los datos y circunstancias del caso concreto, la sensata ponderación de los hechos, la equilibrada valoración de lo que convenga al menor, sus beneficios y riesgos, las ventajas e inconvenientes de cada opción posible; todo lo cual debe conducir a una prudente decisión al respecto en procura de la mejor protección de los derechos fundamentales del niño (su dignidad humana, el desarrollo de su personalidad), con una visión de futuro más que de presente, y predominio de los bienes y valores espirituales sobre los materiales”¹⁵¹.

2.2.2.6. La función del “Interés Superior del Niño” en el derecho actual

A. El “Interés Superior del Niño” en su faceta de principio jurídico garantista

“Por el criterio de control, el interés superior del niño es un principio jurídico garantista, entendiéndolo como una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales. Lo que implica que los principios jurídicos garantistas se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigid[o]s precisamente (o contra) ellos. De ahí que, nada más lejano al sentido del principio de interés superior del niño debe meramente inspirar las decisiones de las autoridades”¹⁵². En consecuencia, el principio del interés superior del niño, establecido en el artículo 3 de la

¹⁵¹ TICONA GONZALES, “Maltrato Infantil y Ausencia del Principio del Interés Superior del Niño”.

¹⁵² CILLERO BRUÑOL, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño’ cit., p. 80.

Convención sobre los Derechos del Niño, implica “un deber del Estado frente a los niños en aras de efectivizar sus derechos subjetivos”.

Tras determinar su función, “su contenido resulta ser la satisfacción de todos los derechos del niño. Se agrega que reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño. De esta manera, se positiviza el contenido del principio sobre la base de todos los derechos enumerados en la Convención, objetivación necesaria para preservar el paradigma de la ‘protección integral’. No obstante, este deber estatal de satisfacer los derechos de los niños, niñas y adolescentes ya surge del propio articulado de la Convención al reconocerlos expresamente y disponer un mandato al Estado de efectivizarlos en otro artículo”¹⁵³.

De esta forma, “el principio del interés superior del niño se constituye en un mandato dirigido al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas, en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo”, el “principio tendría contenido normativo específico implicando que determinados derechos de los niños son de un interés superior al contraponerse con otros derechos individuales y ciertos intereses colectivos”¹⁵⁴.

Sin embargo, el privilegio no puede operar como regla general garantizando todos los derechos de los niños en las situaciones conflictivas, pese a que se sostiene que “la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmadrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo (...) Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de

¹⁵³ CILLERO BRUÑOL, “El interés superior del niño...”, op. cit., p. 81.

¹⁵⁴ AMEGHINO BAUTISTA, “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño y Funciones Normativas del Interés Superior del Niño”.

derechos”¹⁵⁵. Cabe agregar que “en el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas (...) los derechos del niño deberán tener primacía no excluyente de los derechos de terceros”.

Por lo anterior, la propia Convención sobre los Derechos del “Niño establece que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente a determinados intereses colectivos y a derechos individuales de terceros. Por ello, no se puede afirmar la verdad de una proposición normativa que diga que todos los derechos de los niños prevalecen sobre el resto de los intereses colectivos y sobre los demás derechos individuales. Más allá de lo que nos parezca deseable, esta proposición no se correspondería con el texto consagrado en la Convención y que limita la interpretación”.

En puridad, “la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce ciertos derechos sin permitir su limitación, lo cual implica la existencia de un conjunto de derechos que deben prevalecer siempre frente a los intereses colectivos y los derechos de terceros. Esto quiere decir que, existe un ‘núcleo duro’ de derechos del niño dentro de la Convención”, lo cual constituiría un claro límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional.

“Este núcleo comprendería el derecho a vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del derecho penal y del procesal penal”¹⁵⁶. Este es, pues, el contenido mínimo del deber del Estado de satisfacer los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

“El principio jurídico con el contenido que le asignamos tiene una consecuencia jurídica sumamente trascendente al obligar al Estado a otorgar prioridad a las políticas públicas destinadas a garantizar el núcleo duro de los derechos de la Convención. De allí que, reconociéndose su carácter de grupo vulnerable, se resalta la necesidad de un redimensionamiento de las políticas públicas del

¹⁵⁵ CILLERO BRUÑOL, “El interés superior del niño”, op. cit., p. 82.

¹⁵⁶ CALDERÓN PALACIOS, Tonny. “El Principio del Interés Superior del Niño como principio garantista en el marco de un Sistema Jurídico basado en el Reconocimiento de Derechos en el Perú”. Tesis de Derecho de UNASAM. Huaraz, 2018, pp. 106, 107.

Estado para articular adecuadamente las relaciones entre niños y adultos”¹⁵⁷.

B. El “Interés Superior del Niño” en su faceta de pauta interpretativa

“La Convención sobre los Derechos del Niño, en sus normas jurídicas señala que el interés superior del niño actúa como pauta interpretativa para solucionar conflictos entre los derechos de los niños. Esto acontece cuando el articulado de la Convención establece que un derecho del niño verá limitada su vigencia en virtud del interés superior del niño. De ahí que, el interés superior del niño consagra el criterio sistemático de interpretación. Al respecto, los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y el desarrollo del niño”¹⁵⁸. Asimismo, el interés superior del niño “permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño”¹⁵⁹.

“En este sentido, todo orden normativo se interpreta sistemáticamente en aras de una consideración y aplicación racional de sus preceptos normativos. En consecuencia, la Convención sobre los Derechos del Niño, también, debe ser interpretada sistemáticamente por ser un orden normativo”.

De ahí que, “si la Convención establece que un derecho del niño cede ante el interés superior del niño está disponiendo que determinados derechos pueden ser restringidos en aras de garantizar la eficacia de derechos de mayor jerarquía. Por ende, se relativizan ciertos derechos en aras de garantizar los derechos que se consideran superiores dentro del sistema

¹⁵⁷ CALDERÓN PALACIOS, “El Principio del Interés Superior del Niño como Principio...”, 2018, p. 107.

¹⁵⁸ CILLERO BRUÑOL, “El interés superior del niño”, op. cit., p. 81.

¹⁵⁹ CILLERO BRUÑOL, “El interés superior del niño”, op. cit., p. 81.

normativo diseñado. Estos derechos de jerarquía superior son los que constituyen el núcleo duro de la Convención”¹⁶⁰.

“En esencia, el interés superior del niño como pauta interpretativa permitiría solucionar conflictos entre los derechos consagrados en la Convención dando privilegio a determinados derechos que la propia Convención entiende como superiores. Se debe destacar que solo así se evitará que se esgrima el interés superior del niño para limitar discrecionalmente derechos de los niños, sin proteger al mismo tiempo los derechos fundamentales consagrados en la Convención. De ahí que, cualquier limitación a un derecho del niño esgrimiendo el interés superior del niño deberá fundamentar la protección efectiva de un derecho perteneciente al núcleo duro de la Convención”.

En síntesis, “la funcionalidad del interés superior del niño se la aprecia en su consideración como principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes al núcleo duro frente a otros derechos e intereses colectivos; y, como criterio interpretativo para resolver los conflictos entre derechos de los niños privilegiando los pertenecientes al núcleo duro de derechos”.

“De este modo, se garantiza la reducción de los márgenes de discrecionalidad de los órganos estatales para restringir los derechos de los niños debiendo esgrimir como fundamento la protección de un derecho perteneciente al núcleo duro de la Convención. Esto es acorde al paradigma de protección integral al objetivar las relaciones Estado niños, limitar la discrecionalidad de las autoridades públicas en estas relaciones y garantizar, en todo momento, la protección de los derechos de los niños consagrados en la Convención”¹⁶¹.

¹⁶⁰ AMEGHINO BAUTISTA, “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y funciones normativas del Interés Superior del Niño”.

¹⁶¹ AMEGHINO BAUTISTA, “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño y Funciones Normativas del Interés Superior del Niño”.

2.2.2.7. El “Interés Superior del Niño” en el Código de los Niños y Adolescentes (CNA)

Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.-

“En toda medida concerniente al niño y el adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus herederos”¹⁶².

A. Desarrollo legislativo

“El ser humano en la primera etapa de su vida es incapaz de valerse por sí mismo, se encuentra en un estado de necesidad natural, requiriendo de asistencia, protección y socorro para su sobrevivencia, pues de no ser así estaría condenado a perecer. La sociedad atendiendo a ello, a través del Derecho, regula una serie de instituciones jurídicas dirigidas directa o indirectamente a amparar al infante, y de allí la patria potestad, el instituto jurídico de los alimentos, la tutela, patrimonio familiar, entre otros”.

En nuestro país, “el 2 de mayo de 1962 se promulga la Ley N° 13968, conocida como el Código de Menores, que se inspiró en la Declaración de los Derechos del Niño de la ONU, en el Código de Declaración de Oportunidades para el Niño del Octavo Congreso Panamericano de 1942, y la Carta de los Derechos de la Familia peruana del Congreso de Protección a la Infancia de 1943”. Este código concibe al menor como un objeto de tratamiento de programas de asistencia, y no como un sujeto de derecho (no hubo normas sobre opinión del menor, derechos de participación, capacidad jurídica relativa, ni nada que se le asemeje).

En concreto, “en el pasado las medidas que se referían a los menores no fueron consideradas como centro de atención en un orden prioritario, sino

¹⁶² “El Código de los Niños y Adolescentes”, Artículo 9.

que por el contrario la infancia fue considerado como uno de los tantos problemas que debería enfrentar la sociedad. Con la Convención de los Derechos del Niño de 1989 surge una nueva doctrina, que se distancia de la anterior referida a la situación irregular del menor, y que sirvió de base para todas las legislaciones latinoamericanas sobre la infancia”¹⁶³.

La doctrina de situación irregular del menor se caracterizaba por “considerar al menor como un problema por resolver, el menor es objeto del derecho, su incapacidad natural lo convierte en un ser digno de compasión, no hay diferencia entre los abandonados morales y materialmente, infractores de la ley e incluso los de deficiencia física o mental, la facultad discrecional de la magistratura especializada para la declaración de abandono moral y material, legislación represiva y la carencia de políticas sociales a favor de los infantes. Por otro lado, la doctrina de atención integral del menor recoge principios como el niño sujeto de derecho y no objeto del mismo, el interés superior del infante, la consideración a situaciones especiales que dificultan o impiden su desarrollo, participación de la sociedad civil en el desarrollo del infante, conversión de las necesidades del infante en derechos y justicia especializada”¹⁶⁴.

El principio del interés superior es regulado por la Convención de los Derechos del Niño, que fue aprobado por el Perú el 3 de agosto de 1990. Este principio fue recogido en el primer Código de los Niños y Adolescentes del 24 de diciembre de 1992, con el Decreto Ley N° 26102. Todo ello es recogido por el vigente Código de los Niños y Adolescentes, con la Ley N° 27337 del año 2000. Este principio se traduce en una exigencia, una obligación y no una simple recomendación, es una orientación que genera un mandato a las autoridades de gobierno y a la propia familia.

B. Ámbitos de aplicación del Interés Superior del Niño

¹⁶³ MEZA TORRES, Yelena. “Código de los Niños y Adolescentes comentado”. Jurista Editores. Lima, 2018, p. 63.

¹⁶⁴ GARCIA MENDEZ, Emilio. “Derechos de la infancia- adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral”. Forum pacis. Bogotá, 1994.

B.1. Interés superior en lo político

“El desarrollo pleno del niño y adolescente debe estar siempre presente y en primer lugar en la agenda de los políticos, de los que tienen decisión en el país. En primer lugar, debe ser puesto en cualquier política de gobierno, no sólo como un acto de socorro para una población a la que se suele llamar vulnerable, sino como una medida inteligente de inversión social, pues el desarrollo integral del niño y adolescente es el desarrollo de una sociedad en el futuro”.

B.2. Interés superior en lo social

“La palabra social se refiere a la sociedad, pero no sólo los políticos y los hombres de gobierno deben atender las necesidades de los infantes, sino que este deber es de la sociedad en pleno, el sector privado, los empresarios, trabajadores y organizaciones sociales de base, quienes deben plantearse como reto prioritario acciones a favor de los infantes. La contribución de ellos, como un deber de solidaridad social, es necesaria y urgente para construir una sociedad fuerte que les permita avizorar el futuro, como algo deseable y no como una pesadilla por venir”¹⁶⁵.

B.3. Interés superior en lo cultural

“Si una sociedad desea superar sus limitaciones y deficiencias debe invertir en su población infantil, y la inversión más segura está dada en la educación, posibilitando con ello generaciones pensantes y en mejores condiciones para afrontar los retos del futuro, tal como ha ocurrido con las sociedades desarrolladas que para llegar hacerlo han invertido en la educación de su pueblo. Por ello, priorizar la educación no sólo es cumplir con las necesidades de los infantes, sino que ello resulta urgente para la misma sobrevivencia de la sociedad; priorizar la educación de los infantes es atender el interés superior de él, la educación es parte esencial y primordial de la atención integral del infante”¹⁶⁶.

C. Interpretación del interés superior en el Código

¹⁶⁵ Aguilar Llanos, B. (1996). “¿Un nuevo derecho para los niños y adolescentes?”. *Derecho PUCP*, (50), 433-453.

¹⁶⁶ AGUILAR LLANOS, Benjamín. Tratado de Derecho de Familia. Editorial Lex & Iuris, Lima, 2016.

“Al formular la legislación peruana referida a los infantes, acorde con la Convención de los Derechos de los Niños, se incorpora el interés superior como principio, y así el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo IX del Título Preliminar, refiere que En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

La exposición de motivos del Código señala “que el principio del interés superior del niño tiene su sustento en el respeto a la dignidad de la persona reconocida en los artículos 1 y 3 de la CPP. El derecho subjetivo lo concibe como aquel que se sustenta en la dignidad misma del ser humano, en tal sentido, los derechos subjetivos no serán *númerus clausus*, limitados por la norma, sino que tutelarán todos los intereses existenciales del ser humano. En tal mérito, toda norma referida al infante debe interpretarse por lo que más convenga al niño o adolescente, más aún, creemos que, si existiera un conflicto entre la norma y los intereses de un infante, que supuestamente la norma debe cautelar, deberíamos preferir el interés directo e inmediato del infante; esto debe ser bien entendido sobre todo por los operadores del derecho, aquellos que tenga poder de decisión sobre situaciones en que se ventilen intereses de los infantes”¹⁶⁷.

“La ley debe pretender una paz social, y la legislación especializada de los niños debe buscar la atención óptima del infante, por ende, el sistema jurídico positivo debe estar orientado a ello. De esta forma, las diversas y variadas situaciones en que se encuentran los infantes rebasan en muchos casos a la normatividad, o quizás nos lleve a un conflicto con la norma positiva, si ello se diera no debemos preferir la norma, o ante ausencia o vacío de la norma (laguna del derecho) debemos estar a lo que objetiva y realísticamente convenga más al infante según su particular situación. Aquí el proverbio latino ‘*dura lex sed lex*’ no debe funcionar pues más que la ley nos debe preocupar el interés del niño”.

¹⁶⁷ Idem..

En síntesis, el principio del interés superior se debe tener como un discernimiento orientado para solucionar conflictos de derecho en que puedan verse inmersos los niños y adolescentes.

2.3. Enfoques Jurídicos Aplicados al Caso Concreto

2.3.1. El Sistema Internacional de Protección de los Derechos de la Infancia y Adolescencia

“Los derechos del niño han carecido de reconocimiento jurídico hasta entrado el siglo XX, cuando surgen Declaraciones, Convenciones, que de una forma más o menos directa tienden a proteger los derechos de los niños. Esto se produce, al entender que la infancia está necesitada de una especial protección, al carecer la comunidad de prácticas y normas de respeto a los derechos de sus propios niños”¹⁶⁸. Así, al tomar en cuenta que los abusos producen graves daños en el menor, recién el niño comienza a ser considerado como un sujeto cuyos derechos fundamentales deben ser especialmente protegidos.

“En un inicio, surge en Inglaterra el movimiento en defensa de los niños, que llegó a través de distintas organizaciones a los organismos internacionales con la adopción, en 1924, de la Carta de los Derechos del Niño, por la Sociedad de Naciones”.

Desde allí, “comienzan a aparecer distintos documentos en los que la esfera de protección al niño que, de forma directa e indirecta, se va ampliando al paso de los años. No obstante, los primeros textos no contenían los derechos que se han reconocido como clásicos, se destaca que no son más que una serie de deberes básicos que asume la Humanidad y solo se intentaba garantizar que todos los niños recibieran una educación en un ambiente de solidaridad con sus hermanos”¹⁶⁹.

Desde “la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que supone el inicio de la actividad de las Naciones Unidas, se elaboraron

¹⁶⁸ Vid. GONZÁLEZ, Sonia. “La protección de la infancia en el marco del Derecho Internacional”. Cruz Roja Española, Madrid, 1991, p. 22.

¹⁶⁹ Vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel, “La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el derecho constitucional español”. UPCO, Madrid, 1994, pp. 24-25.

multitud de textos que protegen de forma específica los derechos enunciados en ella. En la mayoría, se protege en forma indirecta a los niños. Un primer tema de esa protección indirecta se aprecia en los textos internacionales relacionados con la represión de la prostitución y la abolición de la esclavitud; en los que se protege no solo a los menores de edad que puedan verse prostituidos, sino también a los que puedan verse sujetos a cualquier otra situación semejante, en que los padres o tutores utilicen al menor para trabajos o servicios cuyo fin les pueda producir un daño, físico o moral”¹⁷⁰.

“En segundo lugar, la preocupación se extendió a la protección de refugiados y apátridas. Se comprendió que la defensa de los refugiados y apátridas alcanza necesariamente a las personas sujetas a su cargo, lo que supone que llegará a los niños”¹⁷¹. “Dentro de esta línea de protección indirecta al menor, se destaca también los textos de protección de la maternidad, en los que se protege al niño, por entender que durante la primera etapa de su vida su madre es esencial para su educación y desarrollo”¹⁷².

En 1942, la Liga Internacional para la Educación Nueva, elaboró en Londres, una Carta de la Infancia, con la que se pretendía salvaguardar a los niños de las repercusiones de la Segunda Guerra Mundial, pero la trascendencia internacional de la Carta fue mínima.

En 1959, se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño¹⁷³ por las Naciones Unidas, que se caracteriza por su brevedad, esto “se justificó en el deseo finalista que tiene el texto de llevar a la sociedad la conciencia de los derechos de la persona durante la primera etapa de su vida, que tiene por objeto a los niños, pero se dirige a los adultos. Asimismo, esta Declaración añade algo a la Universal de los Derechos Humanos, pues ambas tienen como fin mejorar las condiciones en que se desarrolla la vida del ser

¹⁷⁰ Vid. NACIONES UNIDAS, “Derechos Humanos: Recopilación de instrumentos internacionales”, Naciones Unidas, Nueva York, 1983, pp. 19 y ss.

¹⁷¹ Vid. NACIONES UNIDAS, “Derechos Humanos: Recopilación”, op. cit., pp. 32 y ss.

¹⁷² Vid. NACIONES UNIDAS, “Derechos Humanos: Recopilación”, op. cit., pp. 54 y ss.

¹⁷³ Vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, “La protección de los derechos”, op. cit., pp. 52-53.

humano, pero mientras que la primera se dedica al individuo en su integridad, la segunda se concentra durante una etapa de la vida de todo individuo: la niñez. Por ende, son inseparables y de ahí que la última venga a fortalecer y reafirmar lo establecido en la primera.

Los niños deben gozar de los derechos que son concedidos a todo ser humano, pero, además, la comunidad internacional reconoce al niño como ser débil, necesitado de una especial protección, tanto antes como después de su nacimiento. Esto supone la adopción de medidas legales por parte de los distintos Estados en defensa de la vida en el seno materno y, en su caso, el establecimiento de las oportunas sanciones por incumplimiento de esa protección”.

“Tras revisar las dos Declaraciones relativas al niño la de 1924 y la de 1959, se destaca la gran sencillez de ambas. En cierta forma, el texto de 1959, desarrolla el contenido de algunos derechos que no habían quedado redactados, ni expresados con profundidad en el primer texto”.

“En concreto, la Declaración de Ginebra de 1924 se emite tras la Primera Guerra Mundial, por ello es producto de un momento social, y no busca el reconocimiento de los derechos, ni la protección en el campo jurídico, sino crear una conciencia social adecuada para que esa protección surgiera”.

“En tanto que, la Declaración de 1959 está dirigida a todos aquellos con responsabilidad tanto social como política, para que apliquen de forma directa esos principios, y en definitiva, para que estos se traduzcan en medidas legislativas que tiendan a la protección de los niños. Aun así, carecía este texto de vías efectivas para imponer de forma coactiva a los Estados firmantes de la Declaración, el respeto a los principios reconocidos”¹⁷⁴. Por tanto, “la Declaración de los Derechos del Niño no surge como derecho positivo que pueda invocarse, sino como un conjunto de principios de carácter menor, en comparación con la Declaración

¹⁷⁴ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”

Universal, con los que se pretende que el Estado y la sociedad adecuen su conducta a la protección de los niños”¹⁷⁵.

En 1989, se adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño por la Asamblea General, y quedó abierta a la firma el 26 de enero de 1990. “Los objetivos de la Convención podrían resumirse como un intento de definir los derechos sustantivos de los niños, reconociéndolos como ciudadanos del mundo y con posibilidades de compartir sus recursos, con los correlativos deberes de los diferentes Estados y de las autoridades competentes”¹⁷⁶; teniendo en cuenta que esos objetivos no bastan, si no se consigue además “conferir a los agraviados el derecho a acudir a los foros internacionales y legitimar a organismos internacionales para que ejecuten las sentencias y acuerdos”¹⁷⁷.

“En definitiva, la aplicación de los derechos recogidos en la Convención dependerá del desarrollo legislativo de cada uno de los Estados, que tienen las pautas mínimas en lo incluido en ella y siempre teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 3, que exige el compromiso de los Estados de actuar en interés del niño con medidas dirigidas a su protección especial, y a la de su familia”.

“Como la adopción de documentos internacionales carece de sentido sino se establecen los medios internacionales que garanticen su aplicación, en la última parte de la Convención se determina la creación de un Comité de los Derechos del Niño. La finalidad del Comité es examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes en base a los informes presentados por estos.

La Convención supone el instrumento internacional más importante en defensa de los derechos de los niños, por lo que tiene un carácter

¹⁷⁵ El “interés superior del niño” en la interpretación del tribunal constitucional. Alex F. Plácido V.

¹⁷⁶ Cfr. ÁLVAREZ VÉLEZ, “La protección de los derechos”, op. cit., pp. 84-85.

¹⁷⁷ CARRERAS, María. “Los derechos del niño: de la Declaración de 1959 a la Convención de 1989”, en BALLESTEROS, J. (editor), “Los Derechos Humanos”, Tecnos, Madrid, 1992, p. 187.

obligatorio, ya que no es un simple cuerpo de principios, como lo era la Declaración de 1959. De esta forma, es un texto con fuerza jurídica, que recoge un amplio catálogo de derechos y, por supuesto, de obligaciones que debe acatar el Estado que se adhiera a ella”¹⁷⁸.

2.3.1.1. La protección de la infancia por el derecho

“El respeto de los derechos del niño se constituye como un valor fundamental en una sociedad que pretenda practicar la justicia social y los derechos humanos, lo que no solo implica brindar al niño cuidado y protección como parámetros básicos que orientan la concepción tradicional sobre el contenido de tales derechos, sino que, además, determina reconocer, respetar y garantizar la personalidad individual del niño como titular de derechos y obligaciones. De esta forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que la verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño”¹⁷⁹.

Hay ciertas desigualdades de hecho que pueden convertirse, legítimamente, en diferenciaciones de tratamiento jurídico, sin que esto sea contrario a la justicia. Estas distinciones pueden ser “un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran. No habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que, no existe discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo

¹⁷⁸ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”

¹⁷⁹ “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño”.

proporcionado una fundamental conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, que no pueden apartarse de la justicia o de la razón.

Los niños tienen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, pero, en atención a la particular situación de vulnerabilidad y dependencia en la que se encuentra el ser humano en tales fases de la vida, se justifica objetiva y razonablemente el otorgarles un trato diferente que no es per se discriminatorio, sino, por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos especiales derivados de tales condiciones.

Por lo anterior, la protección especial que les reconoce a los niños la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño tiene como objetivo el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. A estos derechos especiales les corresponden deberes específicos, es decir, la obligación de garantizar la protección necesaria, a cargo de la familia, la sociedad y el Estado. Al Estado, se le exige una mayor participación en caso de desamparo mediante la adopción de medidas para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y coadyuvar o, en su caso, suplir a la familia en la función que esta naturalmente tiene a su cargo para ofrecerles protección. Esta es una auténtica interpretación de la previsión del artículo 4 de la Constitución cuando indica que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”.

En cuanto a la protección especial de los niños y adolescentes, el Tribunal Constitucional, tomando en cuenta el artículo 4 de la Constitución, ha precisado que “el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar”¹⁸⁰.

¹⁸⁰ “Caso Ludesminio Loja Mori. STC 3330-2004-AA/TC, del 11 de julio de 2005, fundamento jurídico 35”.

“Con esta disposición se reconoce que la tutela permanente tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del artículo 4, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y el artículo 3, inciso 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta protección superlativa prevista en la Constitución es permanente, pero la responsabilidad no solo es del Estado, pese a que los reclamos son siempre dirigidos a este, sino de la comunidad toda. Por ello, el artículo 4 de la Constitución, respecto a dicha salvaguardia, si bien le asigna un papel protagónico al Estado, la hace extensiva a la comunidad.

Respecto a los alcances de la protección resulta explicativo el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño que señala: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”¹⁸¹.

2.3.1.2. La Convención sobre los Derechos del Niño y su fuerza vinculante

La razón de “la obligatoriedad de los tratados tiene como base los principios del pacta sunt servanda y de la buena fe. Por ello, el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 señala que: *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*. Entonces, los tratados no solo son obligatorios, sino que hay que cumplirlos de buena fe: esto es, absteniéndose de realizar actos destinados a frustrar el objeto y fin del tratado y haciendo uso de todos los mecanismos para lograr la plena ejecución del acuerdo. De ahí que, tal como lo dispone el artículo 55 de la

¹⁸¹ “COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General 17. Los derechos del niño (artículo 24), 07/04/1989. CCPR/C/35, párrafo 3”.

Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Por ello, el Tribunal Constitucional ha destacado que los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado”¹⁸².

La Convención sobre los Derechos del Niño es “un tratado internacional sobre derechos humanos que está constituido por un catálogo mínimo de derechos específicos de la infancia, con carácter vinculante para los Estados frente a todo menor y a sus representantes legales sometidos a sus jurisdicciones y con mecanismos de supervisión para el cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados. Este conjunto de derechos, que componen el catálogo, está constituido por el mínimo exigible al Estado. Nada autoriza a que el Estado lo restrinja y todo alienta al Estado para que incluya otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional, y así se amplíe el alcance y contenido de un derecho del catálogo o se mejore las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos existentes”¹⁸³.

“La fuerza vinculante surge para el Estado por su ratificación o adhesión voluntaria y de buena fe. Esto obliga al Estado, no con otros Estados partes, sino con el individuo que habita en su jurisdicción, que en los términos del tratado sobre derechos humanos son efectivamente los auténticos destinatarios. De esta forma, el Estado asume dos obligaciones básicas: la primera, la de respetar los derechos del niño, y la segunda, la de garantizar el ejercicio de los mismos”¹⁸⁴.

En concreto, “la obligación de respetar los derechos humanos, implica para el Estado y sus agentes una abstención de realizar cualquier acto, sea de

¹⁸² “Caso Pedro Andrés Lizana Puelles”. STC 5854-2005-PA/TC-Piura, del 9 de noviembre de 2005, fundamento jurídico 22.

¹⁸³ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “Constitución, Derechos Humanos y la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito jurisdiccional”, en Academia de la Magistratura, Revista Institucional, N° 6, Lima, junio 2002. Apuntes sobre la Reforma Constitucional, p. 273.

¹⁸⁴ El “interés superior del niño” en la interpretación del tribunal constitucional. Alex F. Plácido V.

naturaleza administrativa, legislativa o judicial que amenace o viole los derechos humanos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño”. En tanto que, “la obligación de garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos a todo menor y a sus representantes legales sometidos a su jurisdicción, importa el deber del Estado de organizar todo el aparato gubernamental, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos del niño, en consecuencia, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención”.

En síntesis, “el carácter vinculante de la Convención significa que es oponible jurídicamente a todos los Estados en materia de derechos humanos, siempre que exista el marco convencional pertinente que prevea derechos a los individuos y los mecanismos procesales necesarios para llevarlos a cabo”¹⁸⁵.

2.3.1.3. Principios de interpretación de los derechos de la infancia y adolescencia

En general, “la Convención sobre los Derechos del Niño posee las características especiales que el derecho internacional de los derechos humanos reconoce para la eficiencia de los derechos humanos”¹⁸⁶, tales son:

1. La autoaplicabilidad (o autoejecutividad): Este carácter “consiste en la posibilidad de aplicar las normas de los tratados sobre derechos humanos, de modo directo en el derecho interno, sin necesidad de un desarrollo legislativo previo, por lo que los jueces pueden (y deben) aplicar las disposiciones de los tratados en forma directa e inmediata”¹⁸⁷. Por tanto, “se

¹⁸⁵ NOVAK, Fabián y SALMÓN, Elizabeth, “Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos”, “Instituto de Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000”, p. 55.

¹⁸⁶ Vid. AYALA CORAO, Carlos, “El derecho de los derechos humanos: la convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos” en: Lecturas Constitucionales Andinas. N° 3. CAJ. 1994, p. 51.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 56.

permite el reconocimiento de los derechos directamente de los tratados sobre derechos humanos en los casos en que no estén expresamente reconocidos o que, estándolo en la Constitución, no estén desarrollados a través de normas de menor rango”¹⁸⁸.

2. La progresividad: Este carácter “exige a los Estados que cumplan con tomar diferentes medidas para procurar las condiciones necesarias en su jurisdicción, que permitan el ejercicio pleno de los derechos humanos contenidos en los tratados de los cuales son parte, cuyo cumplimiento se hace inmediato, desde su entrada en vigor”.

3. La subsidiaridad: “Un mecanismo de supervisión internacional vienen a ser los tratados sobre derechos humanos, por lo que es un sistema subsidiario, es decir que antes de ponerse en funcionamiento, se presume la actuación de un sistema de protección interna. En un primer momento debe funcionar el sistema jurídico en materia de derechos humanos y de prevención de violación de cada Estado. Por ello, dentro del Estado, debe existir un ordenamiento jurídico que, a la vez, consagre derechos y tenga previsto un mecanismo eficaz para reparar las violaciones de los mismos”.

Los derechos humanos tienen una naturaleza jurídica particular, por lo que poseen sus propios principios de interpretación. En el ámbito del Derecho Internacional, “la interpretación de cualquier tratado, plantea dos cuestiones esenciales: los encargados de la interpretación y la forma de la interpretación”¹⁸⁹.

Sobre los encargados de la interpretación, “esta puede ser realizada por los propios Estados Partes en el tratado o en un acto posterior, lo que se conoce como interpretación auténtica; por órganos jurisdiccionales internacionales, llamados a decidir por las partes en un litigio, en cuyo caso la interpretación limita su fuerza obligatoria a dichas partes del caso sub litis; o, por órganos estatales de derecho interno (ejecutivo, legislativo o judicial), no oponible al

¹⁸⁸ El “interés superior del niño” en la interpretación del tribunal constitucional. Alex F. Plácido V.

¹⁸⁹ DE LA GUARDIA, Ernesto y DELPECH, Marcelo, “El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969”, Feyde, Buenos Aires, 1980, p. 218.

otro u otros Estados contratantes. Cabe agregar la interpretación doctrinal, realizada por los juristas por medio de resoluciones, publicaciones, etc.”¹⁹⁰

Sobre la forma de la interpretación, “la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 —esta Convención fue suscrita por el Perú en la ciudad de Viena el 23 de mayo de 1969 y ratificada por Decreto Supremo N° 029-2000-RE”, publicada el 21 de septiembre de 2000—, “consagra un conjunto de principios generales de interpretación (principales y complementarios), aplicables a cualquier tratado internacional, incluyendo los tratados de derechos humanos. A su vez, existen otros principios especiales de interpretación aplicables solo a estos últimos tratados”.

a) Principios generales principales:

a.1. Del sentido ordinario y natural de los términos. “De acuerdo a este principio, los términos de un tratado deben ser interpretados conforme a su sentido natural y usual, pues los convenios no son siempre redactados por juristas, que podrían emplear una terminología más técnica”.

a.2. Del contexto. Según este principio, “los términos de un tratado no deben ser interpretados aisladamente, sino dentro del contexto, que puede atribuirles un significado diferente o particular. Para tal efecto, se entiende por contexto, el conjunto del tratado, cada una de sus partes y todas ellas interrelacionadas entre sí”¹⁹¹.

a.3. De la conformidad con el objeto y fin del tratado. Este principio señala que se debe adecuar el tratado “al propósito que guió a las Partes a contratar (principio de la ratio legis). En términos simples, en cualquier proceso de interpretación debe tenerse siempre en cuenta el objeto para el cual fue creado el tratado”¹⁹².

¹⁹⁰ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. “La dogmática de los derechos humanos”. Ediciones Jurídicas. Lima, 1994.

¹⁹¹ VARGAS CARREÑO, Edmundo, “Introducción al Derecho Internacional”, Juricentro. San José, 1982, p. 180.

¹⁹² DE LA GUARDIA; DELPECH, El derecho de los tratados”, op. cit., p. 222.

a.4. De la conducta ulterior de las partes. “Este principio de interpretación apunta al análisis del comportamiento de las Partes al momento de ejecutar las cláusulas del acuerdo, lo que implica una interpretación auténtica. La aplicación del tratado supone haberlo comprendido, es decir interpretado. La práctica no puede ser más que subsecuente a la celebración del tratado porque ella concierne a la aplicación del mismo. Tal práctica ulterior constituye una prueba objetiva del acuerdo de las Partes en cuanto al sentido de cada cláusula del tratado”.

b) Principios generales complementarios:

“Los principios generales complementarios no pueden ser aplicados de manera conjunta con los principios generales principales sino tan solo cuando estos últimos no brindan un resultado cierto en la interpretación. Estos principios complementarios son”:

b.1. Del efecto útil. “Este principio significa que las normas de los tratados deben ser interpretadas más bien en el sentido a través del cual pueden tener efecto que en el sentido a través del cual no podrían producir ninguno”¹⁹³.

b.2. De los trabajos preparatorios. “Es el procedimiento encaminado a averiguar la voluntad o intención de las Partes mediante la investigación de la historia de la elaboración del texto. Se denominan trabajos preparatorios al conjunto de instrumentos, actas, declaraciones o debates en las que constan o se hallan registrados los diversos antecedentes y trabajos de una conferencia, congreso, convención o tratado”¹⁹⁴.

c) Principios especiales:

“La interpretación de los tratados de derechos humanos, no solo deben tomar en cuenta los principios generales de interpretación mencionados, sino ciertos principios especiales que responden a la naturaleza jurídica de estos instrumentos. Estos principios especiales son”:

¹⁹³ EL “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO” EN LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Alex F. Plácido V.

¹⁹⁴ DE LA GUARDIA; DELPECH, El derecho de los tratados”, op. cit., pp. 222-223.

c.1. El principio de interpretación pro homine. Este principio puede ser entendido de dos maneras: “como una directriz de preferencia de normas, pero también como una directriz de preferencia de interpretaciones”¹⁹⁵. “En el primer caso, el principio consiste en privilegiar la norma más favorable al ser humano, con independencia de su jerarquía o de si está contenida en una norma interna o internacional. En el segundo caso, el principio consiste en interpretar la norma de la manera más favorable a la persona”¹⁹⁶.

c.2 El principio de interpretación dinámica. “Por este principio, las normas sobre Derechos Humanos deben ser interpretadas conforme a los avances y progresos de la humanidad en el tiempo. Esto nos lleva a determinar el alcance y contenido de los derechos humanos no en función del momento en que fueron consagrados sino más bien en función de su evolución posterior y adaptación a las nuevas realidades”¹⁹⁷.

Por lo anterior, “la Convención sobre los Derechos del Niño debe ser interpretado de acuerdo con los principios de la buena fe, con el sentido corriente de los términos del tratado en el contexto de estos (pacta sunt servanda) y teniendo en cuenta su objeto y fin. Este último principio es fundamental para la interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues sus disposiciones deben ser interpretadas de acuerdo a su objeto y fin, que es la protección de los derechos de la infancia”¹⁹⁸.

La aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño “debe preferir una interpretación a favor del interés superior del menor, por ser este el objeto y fin específico del tratado”¹⁹⁹. “Este principio de interpretación es

¹⁹⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Problemas de interpretación en derechos humanos”, “en Formación de magistrados y Derechos Humanos. Lima, Comisión Andina de Juristas/ Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas”, 1999, p. 36.

¹⁹⁶ *Ibíd*em, p. 37.

¹⁹⁷ *Ibíd*em, p. 43.

¹⁹⁸ El “interés superior del niño” en la interpretación del tribunal constitucional. Alex F. Plácido V.

¹⁹⁹ Vid. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Constitución, Derechos Humanos y la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito jurisdiccional”,

también conocido como el criterio de la primacía de la norma más favorable a las personas protegidas (interpretación pro homine) en los tratados de derechos humanos. Este criterio permite, en primer lugar, reducir las posibilidades de ‘conflictos’ entre instrumentos legales en sus aspectos normativos; en segundo lugar, contribuye a obtener mayor coordinación entre tales instrumentos en dimensión tanto vertical (tratados e instrumentos de derecho interno) como horizontal (dos o más tratados); y, en tercer lugar, contribuye a demostrar que el propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos solo buscan ampliar y fortalecer la protección”²⁰⁰.

En síntesis, “la interpretación más adecuada de una norma de la Convención será la interpretación que se lleve a cabo, teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado, y a su vez, debe sustentarse en la dignidad de la persona humana como fuente de toda protección que permite el reconocimiento y el ejercicio de los derechos humanos”.

2.3.2. La aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el Derecho Interno

Hay “diversas teorías que explican la recepción de un tratado internacional en el ordenamiento interno de un Estado, pero nuestro ordenamiento jurídico no se afilia exclusivamente a una de las corrientes, pues en la Constitución no se han regulado los tratados internacionales en función del sistema de fuentes del derecho, y solo hay algunas disposiciones dispersas”.

a) Tesis de la soberanía: doctrina dualista y doctrina monista interna:

Se basa en el principio de la soberanía jurídica de los Estados, por ello “la tesis dualista considera dos ámbitos propios del derecho y la jurisdicción: uno internacional y otro nacional. Para el dualismo, el derecho internacional es la norma que regula a las relaciones entre los Estados soberanos; mientras que la ley nacional se aplica al interior del Estado y regula las

en: Academia de la Magistratura, Revista Institucional, N° 6. Apuntes de Reforma Constitucional. Lima, Junio, 2002, p. 274.

²⁰⁰ CANÇADO TRINDADE, Antonio, “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en GONZÁLES, Lorena (ed.), “El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos”, San José, 1993, p. 19.

relaciones jurídicas de sus ciudadanos con los otros y con el gobierno. Esta tesis indica que, los tratados no primarían sobre las leyes, tan solo serían una fuente de interpretación para los jueces, sin capacidad jurídica vinculante. En cambio, la doctrina monista destaca la uniformización del derecho y la jurisdicción en el ámbito internacional y nacional. Por tanto, se ha postulado la integración de los tratados al derecho nacional soberano, a través de un acto legislativo expreso de la voluntad del Estado; pudiendo otorgarle la primacía al derecho interno sobre el derecho internacional²⁰¹. De esta forma, se ha pasado del monismo nacional hacia una doctrina del monismo internacional, que expresa la uniformización del derecho y la jurisdicción nacional en función de la internacional²⁰². En función a ello, se postula la armonización sobre la base de la integración razonada del tratado internacional al derecho interno.

b) Tesis internacional: Se refiere a “la doctrina monista internacional y doctrina de la integración. La primera de estas tesis asume la supremacía del derecho internacional aún en el ámbito nacional, así como la posición preferente de la persona como sujeto del derecho internacional. Esta doctrina es la antítesis de los postulados jurídicos nacionalistas de la existencia de la soberanía de los Estados y reduce la vigencia de la ley nacional en función del tratado internacional”²⁰³.

c) Tesis humanista: Es la doctrina de la persona humana. “Se establece nuevos principios jurídicos que se fundan en la defensa de la persona humana y de su dignidad; subordinando la soberanía jurídica del Estado en caso de contradicción, aunque solo sea de manera limitada. Con esta tesis se afirma la primacía de la persona humana, pues, en unos casos el tratado prevalecerá sobre la ley, cuando sea más beneficiosa a la persona humana;

²⁰¹ En la tradición jurídica, la ley del Parlamento anglosajón incorpora el tratado internacional al derecho interno, y puede darle primacía al derecho interno sobre el derecho internacional.

²⁰² “La tendencia monista se expresa en la Convención Americana de Derechos Humanos y la prolífica actividad de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

²⁰³ El “interés superior del niño” en la interpretación del tribunal constitucional. Alex F. Plácido V.

lo que, en otros casos, podría derivar en la prevalencia de la ley, cuando esta sea más tutelar de los derechos humanos que el tratado”²⁰⁴.

En rigor, “la doctrina ha clasificado a los tratados sobre derechos humanos en dos grupos: el primer grupo otorga efectos directos a normas de dichos tratados considerándolos como ‘self-executing’ o de aplicabilidad directa”²⁰⁵ y el segundo grupo señala que “el derecho constitucional determina que, aun ratificados, tales tratados no se tornan ipso facto derecho interno, sino que se requiere una legislación especial que los incorpore”²⁰⁶.

En “la Constitución Política, se señala la jerarquía de los tratados en el sistema normativo atendiendo a su especialidad, se establece la interpretación que se debe realizar de los mismos en relación con los derechos contenidos en la Constitución. Incluso, algunos países establecen los procedimientos especiales que se requieren para su aprobación”²⁰⁷.

De esta forma, en las Constituciones se contemplan diversas cláusulas relacionadas con esta materia:

a) Cláusulas constitucionales interpretativas. “Se refiere a las Constituciones que han optado por otorgarles a los apoderados jurídicos pautas concretas sobre la forma de interpretar los tratados de derechos humanos y en ellas han incluido referencias al derecho internacional”²⁰⁸.

b) Cláusulas constitucionales de derechos implícitos. “Estas cláusulas suelen establecer que los derechos expresamente declarados en la Constitución no implican la negación de otros que surgen de la naturaleza humana, que son inherentes al hombre, o a la sociedad popular, etc.”²⁰⁹ “En

²⁰⁴ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

²⁰⁵ Vid. CANÇADO TRINDADE, “La interacción entre el derecho...”, op. cit., p. 16.

²⁰⁶ “En esta forma especial de incorporación de los tratados de derechos humanos al derecho interno, no basta la aprobación del Congreso y la posterior ratificación del Presidente de la República, sino que es necesaria la dación de una ley posterior o un acto administrativo, dependiendo del Estado, para incorporar el tratado al derecho interno”.

²⁰⁷ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

²⁰⁸ BIDART CAMPOS, Germán. “La interpretación del sistema de Derechos Humanos”, en “Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 19, enero/junio 1994”, p. 28.

²⁰⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Los derechos no enumerados en la Constitución Nacional”, en “Anuales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, T. XIV-1985, Buenos Aires”, 1986, p. 103.

materia de derechos implícitos hay dos vertientes: Por un lado, las constituciones donde los derechos reconocidos en la constitución no excluyen otros incluidos en normas internacionales; de otro lado, las constituciones que señalan que el catálogo de derechos que figura en ellas y en otros tratados no niega otros que son inherentes a la persona”²¹⁰. En la Constitución peruana, el constituyente optó por la segunda corriente.

c) Cláusulas constitucionales reguladoras de procedimientos especiales. La previsión de mecanismos especiales para la aprobación o denuncia de tratados de derechos humanos es una técnica que utilizan algunas Constituciones. “Los constituyentes deciden dejar de lado el procedimiento regular y exigen mayorías calificadas para habilitar a un órgano la realización de un determinado acto sea para denunciar o aprobar tratados de derechos humanos distinto a otros de similar naturaleza”²¹¹.

d) Cláusulas constitucionales declarativas. “Estas recurren a normas o principios cuyos contenidos no se encuentran determinados con precisión, sino que tienen un alcance amplio que debe ser interpretado”²¹².

En síntesis, el Tribunal Constitucional expresa “que los tratados son incorporados a través de la integración normativa, pues son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone, por ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano. De esta forma, el artículo 55 de la Constitución dispone: Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Por ende, la propia constitución expresa que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento

²¹⁰ DULITZKY, Ariel, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en “ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), La aplicación de los tratados sobre los derechos humanos por los tribunales locales. Centro de Estudios Legales y Sociales. Buenos Aires”, 1997, pp. 42-43.

²¹¹ DULITZKY, “La aplicación de los tratados”, op. cit., p. 44.

²¹² DULITZKY, “La aplicación de los tratados”, op. cit., p. 45.

jurídico peruano, así por mandato de la disposición constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado”²¹³.

2.3.3. Posturas sobre la Jerarquía de la Convención sobre los Derechos del Niño en el Derecho Interno

En nuestro ordenamiento jurídico, “la jerarquía de los tratados de derechos humanos es de vital importancia, pues dicha jerarquía determina el valor normativo que ellos tienen, lo que deberá ser tomado en cuenta por los jueces, quienes deberán aplicar dichos tratados en sus resoluciones y sentencias. No obstante, la Constitución de 1993, muestra que no tenemos determinada clara y expresamente la jerarquía de los tratados, por el contrario, se ha optado por establecer distintos niveles en los que se ubicarían los tratados en los que el Estado peruano es parte, dependiendo de la materia que regulen”. Así, en la doctrina de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, se aprecian las siguientes tesis:

a) Rango supraconstitucional. “En esta tesis, se uniformiza el Derecho y la jurisprudencia nacional e internacional, bajo la primacía del derecho internacional. En tal sentido, siguiendo la tesis monista se asume la supremacía del tratado internacional sobre la Constitución así en caso de conflicto entre la Constitución y el tratado, prima el tratado, postulado que adquiere plena vigencia para la defensa de los derechos humanos, en la medida que la persona humana constituye un sujeto del derecho internacional. Esta doctrina condiciona la validez de la ley nacional a su concordancia con el tratado internacional”²¹⁴.

“Desde la doctrina de la integración, el artículo 57 de la Constitución al establecer que ‘cuando un tratado internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo’,

²¹³ “Caso Gobierno Regional de San Martín”. STC 047-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006, fundamento jurídico 21.

²¹⁴ El “interés superior del niño” en la interpretación del tribunal constitucional. Alex F. Plácido V.

deja abierta la posibilidad de la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos respecto de la Constitución del Estado, cuando la adopción de un tratado de esta materia implique una modificación constitucional”²¹⁵.

b) Rango constitucional. En esta tesis, “los tratados sobre derechos humanos ya no gozan de la misma jerarquía que la Constitución, pero, otro sector de la doctrina señala que por la cláusula de los derechos implícitos ‘*numerus apertus*’, prevista en el artículo 3 de la Constitución, los tratados que versan sobre derechos humanos, al regular materia de nivel constitucional, tienen por su contenido material una jerarquía de carácter constitucional; motivo por el cual, gozan del rango constitucional por la materia constitucional que abordan”.

c) Rango supralegal. “Esta tesis busca armonizar el derecho interno con el derecho internacional; subordinando la interpretación de la ley nacional a los tratados. Es decir, que el ámbito o espacio propio del derecho y la jurisprudencia basados en la ley se subordinan a los tratados y sentencias internacionales. En función de lo cual, se establece una integración esencial entre el derecho internacional y el derecho nacional ‘*infraconstitucional*’, en la medida que, al regular una misma materia por el principio de jerarquía, el tratado prevalece sobre la ley”²¹⁶.

d) Rango legal. “Esta tesis se basa en una interpretación positivista del artículo 200, inciso 4, de la Constitución; en la medida que, la acción de inconstitucionalidad *procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados...*, se les otorgaría a los tratados igual jerarquía normativa que a la ley. De esta forma, como los tratados internacionales aprobados y ratificados forman parte del derecho

²¹⁵ ALVAREZ VITA, Juan, “Tratados internacionales y ley interna, Universidad de Lima/ Fondo de Cultura Económica”, Lima, 2001, p. 83.

²¹⁶ El “interés superior del niño” en la interpretación del tribunal constitucional. Alex F. Plácido V.

nacional, según el artículo 55 de la Constitución, las colisiones entre los tratados y las leyes nacionales se resolverían, no por el principio de jerarquía, dado que el tratado y la ley comportan el mismo rango legal; sino, por los principios de competencia o de prevalencia de la norma especial sobre la general y de la norma posterior sobre la anterior”.

e) Tratados ejecutivos. “Los tratados simplificados vienen a ser los acuerdos internacionales sobre materia de dominio propio del Poder Ejecutivo, como los convenios arancelarios o de libre circulación de personas y mercaderías entre países, estos asuntos son de competencia administrativa del Poder Ejecutivo”.

Por lo anterior, a diferencia de la Constitución de 1979, en la Constitución actual, “no se ha señalado expresamente el valor normativo que se le debe asignar a los tratados, menos aún el tratamiento relativo a derechos humanos; lo que constituye un error. “Por este motivo, para conocer el valor normativo de los tratados es necesario recurrir a una labor interpretativa”.

“Así, la postura que sostiene el rango legal de los tratados de Derechos Humanos se fundamenta en dos cuestiones: primero, el tratado es aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa, según lo dispuesto en el artículo 56 de la Constitución”²¹⁷. “El segundo fundamento se encuentra en el valor normativo que atribuye a los tratados el artículo 200, inciso 4, de la Constitución. Por esta disposición, como la acción de inconstitucionalidad procede contra la ley o normas de rango legal, al ser posible interponer dicho recurso contra los tratados, estos tendrían rango legal”.

En consecuencia, la doctrina “se esforzó por vía interpretativa, para darle un rango constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos”²¹⁸. En virtud de los artículos 2 y 3 de la Constitución peruana, se puede lograr establecer sin mayor dificultad que “las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados, siguen teniendo rango constitucional”²¹⁹. De ahí que, mientras el

²¹⁷ VARGAS CARREÑO, Edmundo, “Introducción al Derecho Internacional. 2ª edición”. Juricentro. San José, 1992, pp. 260-261.

²¹⁸ O'DONELL, Daniel. “Protección Internacional de los Derechos Humanos”. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1989.

²¹⁹ SANTISTEVAN DE NORIEGA, “Constitución, Derechos Humanos”, op. cit., p. 295.

artículo 2 consagra un listado de derechos fundamentales de la persona, el artículo 3 establece que “la enumeración de los derechos establecidos [...] no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre [...]. Esto significa que los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos no solo abarcan el listado del artículo 2 de la Constitución, sino todos aquellos derechos de la persona consagrados en instrumentos internacionales, hayan o no sido ratificados por el Perú; todos los cuales pueden ser considerados derechos con rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico”.

“Asimismo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, se suma a esta interpretación, cuando dispone que las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”²²⁰.

El Tribunal Constitucional, en una sentencia del 13 de julio de 2000 afirmó el rango legal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y con ello, el rango legal de todos los tratados de derechos humanos²²¹. No obstante, por medio de una nueva sentencia del 26 de abril de 2006, ha corregido su anterior fallo, “permitiendo a los magistrados sostener, vía interpretación, el rango constitucional de las normas contenidas en tratados de derechos humanos, sin que ello implique infringir la supremacía del Tribunal Constitucional en materia de interpretación constitucional”.²²²

2.3.4. La Postura del Código de los Niños y Adolescentes (CNA) sobre la Aplicación de la Convención

2.3.4.1. La Convención como fuente de Derecho en el Código

²²⁰ RUBIO CORREA, Marcial. “La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993”, en: Pensamiento Constitucional. Año y N° 5. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1998, p. 110.

²²¹ “Caso Ana Elena, Townsend Díez Canseco y otros”. STC 1277- 1999-AC/TC del 13 de julio de 2000. Párrafos 7 y 8.

²²² “Caso Gobierno Regional de San Martín”. STC 047-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006, fundamento jurídico n° 61.

Artículo VII.- Fuentes.-

En la interpretación y aplicación del Código se tendrá en cuenta “los principios y las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño y de los demás convenios internacionales ratificados por el Perú. En todo lo relacionado con los niños y adolescentes, las instituciones familiares se rigen por lo dispuesto en el presente Código y el Código Civil en lo que les fuere aplicable.

Las normas del Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal se aplicarán cuando corresponda en forma supletoria al presente Código. Cuando se trate de niños o adolescentes pertenecientes a grupos étnicos o comunidades nativas o indígenas, se observará, además de este Código y la legislación vigente, sus costumbres, siempre y cuando no sean contrarias a las normas de orden público”.

El sistema normativo nacional se desarrolla en tres niveles, respecto de las condiciones en las cuales la ‘ley’ desarrolla derechos o determina obligaciones a favor de los niños o adolescentes para los adultos que pudieran ser vinculados a ellos (progenitores, miembros de la familia, terceros y el propio Estado). En este contexto, los tres niveles son:

a. El primer nivel: Los tratados internacionales y el contenido referencial de la Constitución

En este marco se desarrolla la estructura constitucional que vincula al Estado en cuanto a la tutela de un grupo vulnerable en forma determinada por el contexto de las relaciones internacionales de nuestro país. Así, surge el respeto a la Convención sobre los Derechos del Niño que constituye el principal elemento normativo de carácter internacional sobre nuestro país, por medio del cual tanto en la Constitución como en el Código del Niño y del Adolescente promueven la protección de los derechos de los niños y adolescentes. En este nivel se ubica el desarrollo filosófico y constitucional del respeto de la condición de sujeto de derechos y las cualidades legales que de dicho patrón se desarrollan.

b. El segundo nivel: El desarrollo de la legislación civil y de familia

Estas resultan aplicables en todo lo vinculado al desarrollo de derechos del niño y del adolescente y determinación de obligaciones de terceras personas a favor de niños y adolescentes. La precisión de derechos y obligaciones se desarrollan en el ámbito normativo en lo civil o en el ámbito del Derecho de Familia. En este ámbito se ubican las normas tanto sustantivas como procesales que determinan condiciones en las cuales se desarrollan los conflictos judiciales más recurrentes en el ámbito de la determinación de derechos y obligaciones a favor de niños y adolescentes.

c. El tercer nivel: El desarrollo de la legislación que se puede aplicar en forma referencial, indirecta o circunstancial

En este contexto se ubican las normas de carácter complementario a lo civil o familiar que pudieren ser aplicables en determinadas situaciones, principalmente en el ámbito jurisdiccional. Estas normas como las del segundo nivel pueden ser aplicables en forma supletoria, pero ello no implica que su determinación normativa esté supeditada a una condición sustantiva o procesal inferior cuando resultan las normas aplicables en función a la especialidad.

2.3.4.2. La obligatoriedad de la aplicación de la Convención según el Código

Artículo VIII.- Obligatoriedad de la ejecución.-

“Es deber del Estado, la familia, las instituciones públicas y privadas y las organizaciones de base, promover la correcta aplicación de los principios, derechos y normas establecidos en el presente Código y en la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Según el artículo VIII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (CNA), existe una obligación del Estado como de cualquier institución pública y privada, de la familia y organizaciones de base, de

promover la correcta aplicación de los principios, derechos y normas del Código y la Convención.

“El deber de imponer de manera obligatoria, la aplicación de principios y derechos no se limita a lo que establecen el código y la convención. El deber de promoción se extiende a las autoridades encargadas de emitir jurisprudencia como el Tribunal Constitucional, Poder Judicial y organismos supranacionales. Se trata de promover, también, la correcta aplicación de principios, reglas y derechos, a través de la costumbre jurídica. Para estos últimos fines, se debe tomar en cuenta el artículo 149 de la Constitución Política vigente por el que el ejercicio de funciones jurisdiccionales, en el ámbito territorial y de conformidad con el Derecho consuetudinario de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, no debe violar los derechos fundamentales de las personas”²²³. En este caso, no puede violar los derechos ni afectar las obligaciones respecto de los niños, niñas y adolescentes.

“La Convención sobre los Derechos del Niño constituye un instrumento adoptado el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. *Fue suscrita por el Perú el 26 de enero de 1990 y aprobada por Resolución Legislativa N° 25278 de 3 de agosto de 1990* (Instrumento de Ratificación de 14 de agosto de 1990). Conforme al artículo 3 de la Convención, 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, se asuma una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Por tanto, se debe considerar que “la promoción de la correcta aplicación de principios y reglas contenidos en las normas jurídicas, como en general, de los derechos de niños, niñas y adolescentes involucra acciones concretas y efectivas, y no meros discursos. Están involucrados cada uno de los órganos

²²³ “Constitución Política del Perú”, Artículo 149.

del Estado, de la familia a la que pertenecen estas personas, todas las instituciones públicas y privadas (sean nacionales o internacionales) y las organizaciones de base como grupos organizados cercanos a la comunidad. También compete este deber a los órganos de administración de justicia como son el Tribunal Constitucional, Poder Judicial e incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en Costa Rica”²²⁴.

El desarrollo óptimo en la niñez y adolescencia avizora la presencia de un adulto feliz, realizado, capaz de contribuir consigo mismo, con su familia, su sociedad y su Estado. La cuestión es la realidad que se vive en países como el nuestro en donde hay aún debilidad institucional y extrema pobreza. En este aspecto, es fundamental considerar que esta promoción de reglas, principios y derechos de dichas personas pasa por advertir y actuar positivamente ante el abandono o el maltrato que sufren, su presencia en las calles, su explotación, a la falta de protección integral.

La Ley N° 30466 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17 de junio de 2016 tiene como objetivo fundamental “establecer parámetros y garantías procesales sobre el derecho del niño a fin de que su interés superior sea una consideración primordial en todo contexto. Esta ley ratifica la vigencia del párrafo 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se establece que 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 la que se atenderá será el interés superior del niño. Se incorporan, además, al Derecho positivo nacional, un resumen de las pautas de la Observación General N° 14 (2013) que; sin embargo, no destaca la promoción de su dignidad humana, lo que figura en este instrumento internacional y en el artículo 1 de la Constitución Política vigente. Los artículos 3 y 4 de la Ley N° 30466 exponen respectivamente los parámetros y garantías procesales para satisfacer esta consideración primordial de interés superior.

²²⁴ MEZA TORRES, Yelena. op. cit.

Son parámetros el carácter universal, indivisible, independiente e interrelacionado de los derechos del niño; su reconocimiento como titulares de derechos; la naturaleza y alcance globales de la convención, el respeto, protección y realización de todos los derechos reconocidos en la convención a favor del niño; los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionados con el desarrollo del niño”.

La mayor parte de estos parámetros ya están reconocidos por la doctrina, la normativa y la jurisprudencia nacional, supranacional y por el Derecho comparado. La normativa peruana añade que los posibles conflictos entre el interés superior, desde el punto de vista individual y los de un grupo de niños o niños en general, se resuelven caso por caso analizando cuidadosamente los intereses de todas las partes y “encontrando una solución adecuada” según precisa la parte final del artículo 4 de la ley.

CAPÍTULO III: TOMA DE POSTURA

3.1. Análisis de la Información

3.1.1. El texto de la Convención sobre los Derechos del Niño

La adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño constituye una de las manifestaciones de que los pactos internacionales se convierten en instrumentos decisivos para el bienestar de los niños. La Convención sobre los Derechos del Niño consta de un Preámbulo y tres partes.

“En el Preámbulo se declara que, para lograr la libertad, la justicia y la paz en el mundo, es necesario reconocer la dignidad intrínseca y la igualdad de derechos de todos los miembros de la familia humana. En virtud de este reconocimiento, se decide promover el progreso social y elevar su nivel de

vida”²²⁵. “En particular, se recuerda el compromiso asumido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos de Derechos Humanos, de respetar la igualdad de derechos de todas las personas, sin distinción alguna, y especialmente el derecho de la infancia a cuidados y asistencias adecuados”²²⁶. “Ese respeto se concreta cuando se brinda protección a toda la familia, a fin de que se encuentre en condiciones de asumir sus responsabilidades, ya que es considerada como el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el desarrollo de todos sus miembros. Actuando a través de la cooperación internacional, se pueden mejorar las condiciones de vida especialmente de los niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles, en todos los países del mundo”²²⁷.

“La primera parte de la Convención sobre los Derechos del Niño consta de 41 artículos con sus respectivos incisos, en los que comienza por establecer el tope de edad en que se considera que aún se es niño (menor de 18 años, excepto que antes haya alcanzado la mayoría de edad y en ese caso no podría invocar la protección de la presente Convención). A su vez, se describen todos los derechos que corresponden a los niños, las obligaciones que tendrán para con ellos las instituciones, servicios y establecimientos, y especialmente el compromiso que asumen los Estados para asegurar la aplicación de la Convención y velar por el efectivo cumplimiento de la protección integral del menor. Para esto, se asume el compromiso de tener siempre en cuenta el interés superior del niño, como principio general del derecho y estándar jurídico básico que rige las relaciones de los niños con el mundo adulto. Para hacer efectiva la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados adoptarán medidas de acuerdo a los recursos que dispongan o en base a la cooperación

²²⁵ ARANIVA PALACIOS, Victoria; AYALA ALAS, Claudia; y MEDINA GUEVARA, Blanca. "Marco Legal para la Protección de la Niñez y Adolescencia en el Derecho de Familia en Relación a la Convención Sobre los Derechos del Niño". Tesis de Derecho de Universidad Francisco Gavidia. San Salvador, 2009.

²²⁶ O' DONNELL, Daniel. "La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido", en Boletín del Instituto Interamericano del niño, N° 230, 1990, p. 11.

²²⁷ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Derecho Constitucional". Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 60-61.

internacional”²²⁸. “En cuestiones penales, el encarcelamiento debe ser considerado el último recurso, y allí el trato debe ser humanitario, respetando la dignidad y ofreciendo asistencia jurídica. Por último, de modo expreso se aclarado que todo lo dispuesto en la Convención no afectará otras disposiciones más adecuadas, que surjan del Derecho nacional o internacional, dirigidas a respetar los derechos del niño.

La segunda parte de la Convención sobre los Derechos del Niño está referida entre los artículos 42 a 45. En esta parte, se contempla la obligación de los Estados de dar a conocer la Convención tanto a adultos como a niños, y se organiza el sistema de control de las obligaciones contraídas a través del Comité de los Derechos del Niño. Dicho Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en el área, ejerciendo sus funciones a título personal, durante cuatro años, con posibilidad de ser reelegidos”.

“Cada Estado deberá presentar, cada dos años la primera vez, y luego cada cinco años, informes al Comité sobre las medidas que adoptó o las dificultades que tuvo para obedecer con los acuerdos aceptados. Esos informes permitirán al Comité conocer la actuación de cada Estado y formular recomendaciones generales”.

La tercera parte de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el procedimiento que deberán efectuar los Estados para la ratificación o adhesión.

3.1.2. Aspectos Generales en la Convención sobre los Derechos del Niño

3.1.2.1. La definición de niño

“Artículo 1.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niña todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

²²⁸ ARANIVA PALACIOS, AYALA ALAS Y MEDINA GUEVARA, "Marco Legal para la Protección de la Niñez y Adolescencia en el Derecho de Familia en Relación a la Convención Sobre los Derechos del Niño".

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño define al *niño* para los efectos del tratado internacional, como todo ser humano menor de 18 años de edad, dejando abierta la especificación del momento en que comienza la infancia. La falta de referencia al punto de partida de inicio de la infancia fue intencional con el propósito de evitar adoptar, sobre el aborto y otros temas relacionados con el período anterior al nacimiento, una posición que hubiera amenazado la aceptación universal de la Convención”²²⁹. “De esta manera, la Convención permite a cada Estado parte buscar una solución equilibrada a los conflictos de derechos e intereses que originan cuestiones como el aborto y la planificación de la familia. Cabe mencionar que la Convención no afecta las disposiciones de la legislación nacional que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño”²³⁰.

“Para los efectos de la Convención sobre los Derechos del Niño, la infancia termina y la mayoría de edad se alcanza al cumplir el niño los 18 años de edad *salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*. Así pues, la Convención se muestra más normativa, aunque no inflexible, a la hora de definir el fin de la infancia.

Los 18 años se constituye en una edad de referencia máxima general. Los Estados partes deberán utilizar esa edad límite como una norma y una referencia para el establecimiento de cualquier otra edad particular para propósitos o actividades específicas queda claro que el niño puede alcanzar la mayoría de edad antes en virtud de la ley que le sea aplicable. Esta expresión no debe ser interpretada de ninguna manera como una cláusula de excepción general ni se permite, con arreglo a ese artículo, fijar edades que puedan ser contrarias a los principios y las disposiciones de la Convención”²³¹.

²²⁹ SANTOS PAIS, Marta, “La Convención sobre los Derechos del Niño”, en ACNUDH, “Manual de Preparación de Informes sobre los Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos”, Ginebra, 1997, p. 447.

²³⁰ BENAVENTE, María Isabel, “La Convención sobre los Derechos del Niño y el comienzo de la vida humana”, en WEINBERG, Inés M. [directora], “Convención sobre los Derechos del Niño”, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 72.

²³¹ *Ibidem*, pp. 447 y 449.

“Cabe precisar que el artículo 1 de la Convención no impide fijar edades mínimas de protección para diferentes finalidades (contra los trabajos peligrosos, contra la privación de libertad o contra la participación en conflictos armados, por ejemplo), las que, en todo caso, deben fijarse tan altas como sea posible. Otras edades mínimas están relacionadas con la adquisición de autonomía por parte del niño y con la obligación del Estado de respetar los derechos civiles y la evolución de las facultades del niño.

Ahora bien, hoy en día existe una suerte de revolución teórica y conceptual que ha conducido a visualizar al niño y adolescente como sujeto de derechos con capacidad progresiva de ejercicio. La Convención sobre los Derechos del Niño, ha constituido el instrumento jurídico más completo de la nueva concepción de la infancia y adolescencia”.²³²

“Así, se dejar de utilizar el término menor, lo que no sólo significa un cambio de términos, sino que conlleva toda una connotación jurídica, pues la niñez y la adolescencia son etapas de la evolución del ser humano y que no deben significar disminución, resta de derechos, o peor aún, minusvalía, pues se trata del sujeto de derechos que atraviesa un desarrollo natural y que por ello no lo hace menos que nadie”.²³³

El menor es, ante todo, persona, en su acepción más esencial y trascendente; y no sólo en su dimensión jurídica (titular de derechos), sino también en su dimensión humana (ser que siente y piensa). Además, es una realidad humana en devenir, porque para él es tanto o más importante este devenir (su futuro) que su mera realidad actual²³⁴.

Según el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, debe ser entendido en un doble plano:

²³² PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. “Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 47.

²³³ D’ANTONIO, Daniel Hugo. “Derecho de Menores. Tercera edición”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 37.

²³⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. “El interés del menor”. Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 171.

a. Niño: Se define como niño a aquel sujeto de derecho que se origina con la concepción hasta los 12 años de edad. En tanto ello es así, dicho sujeto de derecho se manifiesta a través de un concebido y de una persona natural, en su temprana edad; esto es, hasta los 12 años.

b. Adolescente: La adolescencia se presenta como un estado de transición entre la niñez y el mundo adulto, del ejercicio pleno de sus derechos, deberes y obligaciones. Para el Derecho, la adolescencia es aquella situación jurídica subjetiva de una persona natural que va desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad. Asimismo, el artículo 1 establece que, en caso de duda, prevalece la condición de adolescente por sobre el adulto, y la de niño frente a la de adolescente.²³⁵

“La Convención ya no se refiere al infante como menor, sino que lo denomina niño, el cual se es desde la concepción hasta los 18 años. En consecuencia, el artículo 1 hace una mayor precisión y diferencia al niño del adolescente; el primero lo es desde su concepción hasta los 12 años, y el adolescente desde los 12 cumplidos hasta llegar a los 18 años”.

En la Convención, “se propone una nueva concepción del niño como sujeto de derechos en la relación paterno filial, de modo de garantizar que la función formativa de los padres se lleve a cabo en el marco de una interacción entre el adulto y el niño, y no como efecto de una acción unilateral en la cual el niño asume un lugar de sumisión como objeto de representación y control ilimitados por parte de sus padres”²³⁶.

La ley peruana adecuó su normatividad en lo referente a los menores, y adoptó la doctrina de la protección integral que elimina al niño como objeto por el nuevo paradigma de niño como sujeto de derecho²³⁷. Así, de conformidad con el artículo II del Título Preliminar del CNA, el niño y

²³⁵ CHUNGA LAMONJA, Fermín; CHUNGA CHÁVEZ, Lucía y CHUNGA CHÁVEZ, Carmen. “Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes, la infracción penal y los Derechos Humanos”. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2016, p. 225.

²³⁶ GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa. “Derecho Constitucional de Familia”. Tomo 1, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 540.

²³⁷ CHUNGA LAMONJA, Fermín y otros, ob. cit., 2016, p. 225.

adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. El niño y adolescente son, pues, los destinatarios de las normas especiales tendientes a tutelarlos.

En efecto, el rasgo más trascendente de la doctrina de la protección integral se centra en reconocer al niño y adolescente (concebido y persona natural, en su temprana edad) como un sujeto de derechos, entendido como un “centro unitario de imputación de situaciones jurídicas subjetivas”²³⁸.

El niño y el adolescente, entonces, en su condición de sujeto de derechos, es reconocido como aquel a quien se le adjudican facultades y deberes, derechos y obligaciones que le permiten su desarrollo y que pueda llevar a cabo sus relaciones sociales. Se presenta como un ser jurídico pues vale, importa y trasciende en el Derecho²³⁹.

El niño y el adolescente deben ser considerados como sujeto de derecho, esto se constituye como uno de los principales postulados de la nueva doctrina de la protección integral. Esto significa que los niños y adolescentes no deben ser considerados nunca como un objeto, sino siempre como un sujeto de derechos y deberes, “con capacidad para realizar algunos actos jurídicos, que tienen opinión y autonomía”²⁴⁰. No obstante, se ha sostenido que, “la propia condición de menor de edad importa un estado de natural desvalimiento, que exige la individualización y personalización de esa actividad”²⁴¹.

En síntesis, la doctrina de la protección integral del niño y adolescente constituye un principio ordenador y regulador de una serie de acciones

²³⁸ BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. “Derecho Civil”. Tomo I, Volumen I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, pp. 96 y 105.

²³⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Tratado de Derecho de las Personas”. Gaceta Jurídica & Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2014, p. 94.

²⁴⁰ GAMARRA RUBIO, Leonardo y ESCRIBENS COELLO, Milagros. “Niño: Razón y libertad”. Jurista Editores, Lima, 2009, p. 28.

²⁴¹ RAFFO, Héctor Ángel; RODRÍGUEZ, Marta Verónica y VÁSQUEZ BERROSTEGUIETA, Jorge. “La protección y formación integral del menor Una propuesta de trabajo”. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1986, p. 18.

(actividad proteccional) que en ella encuentra su sentido final con aptitud integradora. La actividad proteccional se dirige al niño y adolescente por su condición de tal y no se limita a que se encuentre en situación de carencia o conflicto, en estado de abandono o de peligro material o moral.

3.1.2.2. El principio de no discriminación

“Artículo 2.- 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

“2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigó por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”²⁴².

“El párrafo 1 del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, junto con el párrafo 2 del artículo 3 y 4, expone las obligaciones fundamentales de los Estados en relación con los derechos expresados en la Convención, esto es: respetar los derechos del niño y asegurar su aplicación a todos los niños sujetos a su jurisdicción sin distinción alguna. Para el Comité de los Derechos del Niño, la *no discriminación* es un principio general de importancia fundamental para la aplicación de la Convención, y ha destacado la necesidad de reunir datos desglosados con el objeto de conocer en todo el momento el alcance de la discriminación”²⁴³.

²⁴² VOYAME, Joseph y Peter, BURNS. “Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o degradantes”, en: Preparación de informes sobre los derechos humanos. Naciones Unidas. Ginebra, 1998, pp. 397-543.

²⁴³ “La Convención sobre los Derechos del Niño”, párrafo 2 del artículo 3 y 4.

Una importante observación general, del Comité de Derechos Humanos considera que el término ‘discriminación’ se refiere a “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”²⁴⁴.

A su vez, el Comité de Derechos Humanos señala que “el goce de condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia. En ocasiones, el principio de igualdad exige adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por último, declara que no toda diferenciación de trato constituirá discriminación si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos, y si el fin es alcanzar un objetivo que es legítimo con arreglo al Pacto”²⁴⁵. Con este fin, el Comité de los Derechos del Niño ha insistido constantemente en la necesidad de prestar especial atención a los niños pertenecientes a grupos desfavorecidos y vulnerables.

El texto del artículo 2 destaca que la obligación del “Estado de evitar la discriminación implica una actitud activa, que exige, al igual que otros elementos de la Convención, una serie de medidas entre las que se incluyen el examen, la planificación estratégica, la legislación, la supervisión, la sensibilización, la educación y las campañas de información, así como la evaluación de las medidas adoptadas para reducir las disparidades”.²⁴⁶

En rigor, el párrafo 1 del artículo 2 enumera como motivos de discriminación “la raza, el color, el sexo (...) del niño, de sus padres o de sus representantes

²⁴⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 18. HRI/GEN/1/Rev.2, párrafos 7 a 13.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Indonesia OFII. Add. 25 párrafo 11.

legales”; mientras que, el párrafo 2 añade la protección contra “toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”. De ello se tiene que el párrafo 1 se centra exclusivamente en la discriminación con relación al disfrute de los derechos de la Convención; el párrafo 2 exige que se actúe contra toda forma de discriminación, y no se limita a los puntos señalados en la Convención.

3.1.2.3. El principio del interés superior del niño

“**Artículo 3.-1.** En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas a los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”²⁴⁷.

“El Comité de los Derechos del Niño ha insistido en que el párrafo 1 del artículo 3, según el cual el interés superior del niño debe ser una consideración primordial, es uno de los principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño, junto con los artículos 2, 6 y 12.

²⁴⁷ “Derechos Niños y Adolescentes”, Ministerio de Justicia Gobierno de Chile, Artículo 3.

En particular, el párrafo 1 del artículo 3 subraya que las autoridades públicas, así como las instituciones públicas y privadas deben cerciorarse de las repercusiones que tendrán sobre el niño las medidas que adopten, con el objeto de que el interés superior del niño sea siempre una consideración primordial. Del texto, se observa que en las intervenciones que atañen a todos los niños, se aplique sistemáticamente el criterio general del interés del niño como unidad de apreciación de la decisión que se deba pronunciar”.

Con la expresión “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”, se alude a un concepto muy general que define todas las intervenciones que se hagan con respecto a los niños.

“Así, las autoridades judiciales y administrativas deben, en todas sus decisiones, aplicar este principio como criterio al que deben someter los casos que recurren a sus decisiones. Esta parte de la frase funda pues una obligación para los Estados de examinar, en todas las decisiones que se administren relativas al niño, si el interés superior del niño está garantizado; aunque no sea un derecho atribuido de manera subjetiva, al menos que sea una garantía ofrecida a los niños.

De otra parte, la frase ‘una consideración primordial a que se atenderá será’ denota la imposición del interés superior del niño como regla de criterio de aplicación. Esto significa que en una situación dada en la que la autoridad (judicial, administrativa o política) debe tomar una decisión, debe acordar una importancia particular al interés superior del niño, aunque este interés no va a aventajarle sistemáticamente sobre todos los otros intereses (de los padres, de los otros niños, de los adultos, del Estado).

En tanto que, en la expresión el interés superior niño, las palabras interés y superior son usadas conjuntamente para expresar que debe ser observado el bienestar del niño, tal como ha sido definido varias veces por la

Convención, en particular en el preámbulo y en el segundo párrafo del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño”²⁴⁸.

“El párrafo 2 del artículo 3 de la Convención establece que los Estados deben garantizar la protección y el cuidado que sean necesarios a todos los niños sujetos a su jurisdicción. Deben tener en cuenta los derechos y deberes de los padres y otras personas responsables del niño ante la ley. Pero hay muchos aspectos del cuidado y la protección que los padres por sí mismos no pueden brindar, por ejemplo, la protección contra la polución medioambiental o los accidentes de tráfico. Cuando las familias no pueden o no quieren proteger al niño, el Estado debe proporcionar una red de seguridad para garantizar el bienestar del niño en cualquier circunstancia”²⁴⁹.

“A su vez, el párrafo 3 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño exige fijar normas para el funcionamiento de las instituciones, los servicios y los establecimientos para niños, y el Estado deberá garantizar su cumplimiento mediante una supervisión y control adecuados. La disposición no se refiere solamente a las instituciones, los servicios, los establecimientos estatales, sino también a todos aquéllos que son responsables del cuidado y la protección del niño, lo que comprende a las organizaciones privadas o de carácter voluntario.

La aplicación de esta norma requiere un examen exhaustivo del marco legislativo de todos estos servicios e instituciones, tanto si son públicos como si son privados. El examen tiene que abarcar todos los servicios, de cualquier naturaleza. Se deben aplicar a todos estos servicios normas coherentes junto con sistemas adecuados e independientes de inspección y vigilancia”²⁵⁰.

3.1.2.4. La adopción de medidas para la efectividad de la Convención

²⁴⁸ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

²⁴⁹ Corrales Y. “La técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada como causa de vulneración de los derechos de filiación e identidad y del interés superior del niño respecto del recién nacido, a partir de fallos judiciales emitidos a nivel nacional y local en los años 2012, 2016 y 2017”. Tesis UNSAA. 2019.

²⁵⁰ Idem.

“Artículo 4.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”²⁵¹.

El artículo 4 establece la obligación de los Estados de dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Para ello, deben adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas. Solo en relación con los derechos económicos, sociales y culturales se establece que los Estados adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional. Otras obligaciones generales de los Estados están recogidas en el artículo 2 (respetar los derechos enunciados en la Convención y asegurar su aplicación a todo niño sin discriminación) y en el artículo 3.2 (“asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”).

Si bien el Comité de los Derechos del Niño indica que no existe un modelo legislativo o administrativo preferido para la aplicación de los derechos, ha propuesto un amplio abanico de estrategias mediante las cuales los gobiernos pueden dar al niño prioridad y atención apropiadas. En sus Orientaciones generales para los informes iniciales²⁵², el Comité ha subrayado la importancia de armonizar la legislación con las disposiciones de la Convención²⁵³ y de coordinar políticas relativas al niño y entre todos los niveles administrativos²⁵⁴. En las Orientaciones generales para los informes

²⁵¹ VOYAME, Joseph y Peter, BURNS. “Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”.

²⁵² CRC/C/5, párrafos 9 a 11.

²⁵³ “Esto implica que la incorporación de la Convención en el ordenamiento jurídico, que la legislación refleje los principios generales de la Convención, que se adopte una ley general de derechos del niño”.

²⁵⁴ “Se trata de un enfoque global mediante la adopción de una política o un programa nacional de acción que refleje la aplicación de la Convención”.

periódicos²⁵⁵, el Comité solicita información detallada sobre una amplia gama de medidas, incluidas las legislativas y las administrativas.

Las obligaciones que se derivan del artículo 4 de la Convención guarda relación con las del artículo 42, relativa a dar a conocer ampliamente las disposiciones y principios de la Convención, tanto a los adultos como a los niños, y con la prescripción del artículo 44.6, sobre dar una amplia difusión a los informes realizados en cumplimiento de la Convención.

Cabe precisar que la Convención no distingue entre las categorías de derechos civiles/políticos y de derechos económicos/sociales/culturales; pero, en la Orientaciones generales tanto para los informes iniciales como para los periódicos el Comité de los Derechos del Niño agrupa los artículos 7,8, 13 a 17 y 37 a) bajo el título “derechos y libertades civiles”. Aunque la falta de recursos pueda limitar la plena aplicación de algunos de los derechos enunciados en la Convención, y ninguna ley por sí misma pueda hacer desaparecer la pobreza o desigualdades inaceptables, esto no significa que los derechos económicos, sociales y culturales no puedan ser definidos en la legislación o invocados ante los tribunales. Por ejemplo, la Convención exige a los Estados que fijen un periodo de escolaridad obligatorio y gratuito, edades para la admisión al empleo, etc.

Es oportuno indicar que las sentencias judiciales también son consideradas dentro de las medidas necesarias en el ordenamiento jurídico interno para cumplir con la Convención. En caso de haber colusión de contenidos corresponderá al juez aplicar directamente la Convención sobre los Derechos del Niño en consideración a su rango constitucional y al principio de interpretación conforme con los tratados de derechos humanos.

Un corolario de la efectiva vigencia de los derechos consagrados en la Convención lo constituye el control de constitucionalidad que corresponde efectuar a los fines de considerar si una norma, o su interpretación,

²⁵⁵ CRC/C/58, párrafos 11 a 21.

concuerdan con las disposiciones de rango constitucional. El sistema de control judicial difuso, permite que esta tarea pueda ser realizada con la eficacia y las garantías apropiadas de su naturaleza.

3.1.2.5. Las responsabilidades parentales y el crecimiento autónomo del niño

“**Artículo 5.-** Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”²⁵⁶.

“La Convención sobre los Derechos del Niño incorpora el concepto de las *responsabilidades* de los padres, y de otros, respecto de los hijos, relacionándolas con los derechos y deberes parentales que son necesarios para asumir dichas responsabilidades. El artículo 18 amplía el concepto de responsabilidad de los padres, al exigir que los Estados pongan *el máximo empeño* en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo referido a la crianza y desarrollo del niño: Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

A su vez, en la ley peruana, el artículo VI del Título Preliminar del CNA, al reconocer que la obligación de atención al niño y al adolescente se extiende a la madre y a la familia del mismo, lo hace por requerimiento de una sociedad en constante evolución y en salvaguarda del principio de pluralidad familiar, libertad de elección y dignidad humana²⁵⁷.

²⁵⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 5.

²⁵⁷ MEZA TORRES, Yelena, op. cit., p. 50.

De otro lado, con la introducción del concepto de la *evolución de las facultades*, “la Convención ha evitado establecer límites de edad o dar definiciones de madurez arbitrarios. Este concepto clave reconoce que el desarrollo del niño hacia la independencia adulta debe ser respetado y promovido a lo largo de toda la infancia y adolescencia. Está relacionado con el requisito del artículo 12 de tener *debidamente en cuenta* las opiniones de los niños en función de su edad y madurez. El concepto también aparece en el artículo 14: los padres y los representantes legales guiarán al niño en el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

En concreto, el artículo 5 expresa claramente que la dirección y orientación de los padres deben ser “apropiadas” en consonancia con la “evolución de las facultades del niño” y con los demás derechos recogidos en la Convención. De ello, se concluye que el camino hacia la madurez debe pasar por un mayor ejercicio de la autonomía. Así, en la actuación de la responsabilidad parental se debe tener en cuenta la evolución de las facultades del niño.

“Para esto, deberá prevalecer un sistema de diálogo responsable, positivo y compartido. De hecho, los padres están en una posición muy favorable para ayudar al desarrollo de la capacidad del niño de intervenir de manera progresiva en las diferentes etapas de toma de decisiones, para prepararlo a una vida responsable en una sociedad libre, dándoles la información necesaria, así como la debida orientación y dirección, garantizando al niño, al mismo tiempo, el derecho de expresar libremente sus opiniones y de que esas opiniones sean tenidas en cuenta”²⁵⁸.

“Como se observa, el artículo 5 es el corolario de la autonomía de los niños, niñas y adolescentes. Se trata de una autonomía en el sentido de darle a conocer los derechos de los que son titulares, en un ámbito de libertad y autodeterminación para ejercerlos, con el respeto que se merecen como

²⁵⁸ VOYAME, Joseph y Peter, BURNS. “Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”.

seres humanos, sin obligación de imitar el modelo adulto. De allí se extrae el valor prioritario de impulsar un crecimiento autónomo del niño y que este goce de alternativas válidas elegidas sin coerción”²⁵⁹.

De lo anterior, surge un nuevo instituto como “la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes. Esta capacidad progresiva se ve atenuada, en la primera infancia, por el principio del interés superior del niño: mientras el niño no está en condiciones de formarse un juicio propio, el interés superior del niño es la pauta predominante para promover los derechos de la infancia; pero si se trata de una adolescente o de un niño con madurez suficiente, aquella pauta se ve desplazada por el efectivo derecho de estos a ser oído y, en especial, a que sus opiniones sean tenidas en cuenta”.²⁶⁰

En síntesis, en la medida que los niños adquieren mayor autonomía, menor es la intensidad de la participación de un tercero. Por ende, las responsabilidades parentales van desde una total subrogación en las decisiones hasta una mera facultad de supervisión. Este es el único camino para lograr el objetivo primordial de capacitar a los hijos para lograr su autodeterminación.

3.1.3. Los Derechos Específicos del Niño en la Convención sobre los Derechos del Niño

3.1.3.1. Los derechos a la vida, a la supervivencia y al desarrollo

Artículo 6.-

1. “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.
2. “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

²⁵⁹ OZON, Paola Ximena. “Relación armónica entre las prerrogativas y derechos de los menores y de los adultos”, en WEINBERG, Inés M. (directora), Convención sobre los Derechos del Niño, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 140.

²⁶⁰ MINYERSKI, Nelly y HERRERA, Marisa. “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (compilador), Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 48.

El artículo 6 de la “Convención sobre los Derechos del Niño es uno de los artículos considerados por el Comité de los Derechos del Niño como *principio general*. Garantiza el derecho fundamental del niño a la vida” — reconocido como un principio universal del derecho humanitario en otros instrumentos jurídicos— y el derecho a la supervivencia y al desarrollo en la máxima medida posible²⁶¹.

Se debe diferenciar entre “la vida como hecho existencial, y su protección jurídica por parte del Estado a través del reconocimiento constitucional y garantía del derecho a la vida. La vida como un hecho tangible que se constata a través de los sentidos se constituye en presupuesto fundamental del ejercicio de los demás derechos fundamentales. Por ello, no existe controversia en torno a que el derecho a la vida protege al ser humano desde su nacimiento y hasta el momento en que deja de existir, siempre que el fin de la vida se deba a causas, si cabe, regulares como la muerte o una enfermedad que no puede ser curada por la ciencia médica”²⁶².

El derecho a la vida considera dos derechos fundamentales que se complementan:

a. El derecho inherente la vida y a no ser privada de ella. El concebido y todo ser humano deben gozar de este derecho por el simple hecho de existir. “El derecho a no ser privado de la vida de manera arbitraria supone la obligación del Estado de promover condiciones y establecer instituciones de solidaridad que acojan, por ejemplo, a los niños o ancianos en situación de abandono, debido a que resultan incompatibles con la dignidad de las personas —valor superior del ordenamiento— las situaciones de indigencia o abandono que ponen en sus vidas”²⁶³.

²⁶¹ Vid. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Paraguay Obs. Prelim. Add. 7. Párrafo 7.

²⁶² LANDA, César. “Los Derechos Fundamentales”. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2017, p. 23.

²⁶³ LANDA, César. “Los Derechos Fundamentales”, 2017, op. cit., p. 25.

b. El derecho a la supervivencia y al desarrollo. Este aspecto del derecho a la vida está vinculado con otros derechos como el derecho a la integridad, el derecho del niño a crecer y desarrollarse en buena salud, derecho a tener una vivienda adecuada, derecho a la educación, derecho a gozar de un ambiente saludable, asegurar que los niños tengan la posibilidad de desarrollarse de una forma sana y natural en cualquier tipo de situación (paz, guerra, catástrofe natural, etc.) y no solo garantizar su existencia, sino garantizarles una calidad de vida adecuada acorde a su edad, sus intereses y necesidades.

En el segundo párrafo, el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño va más allá del derecho fundamental a la vida, promoviendo la supervivencia y el desarrollo “en la máxima medida posible”. Así, asegurar el “desarrollo” del niño no consiste únicamente en prepararlo para la vida adulta, sino también en proporcionarle las condiciones óptimas para su infancia, para su vida actual.

“En concreto, el concepto de *supervivencia y desarrollo* en la máxima medida posible es esencial para la aplicación de la Convención en su totalidad. Para el Comité de los Derechos del Niño, el desarrollo es un concepto global, que abarca la totalidad de la Convención. Por dicha razón, varias disposiciones de la Convención, relacionadas con la salud, un nivel de vida adecuado, la educación, el ocio y el juego (artículos 24, 27, 28, 29 y 31), son importantes para garantizar el máximo desarrollo del niño”.

Por último, otros artículos destacan el papel clave de los padres y de la familia para el desarrollo del niño, y la obligación del Estado de apoyarlos. La protección contra la violencia y la explotación también es esencial para la supervivencia y el desarrollo en la máxima medida posible.

3.1.3.2. El derecho a la identidad

“Artículo 7.-

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

De acuerdo a la “Convención sobre los Derechos del Niño, el niño tiene derecho a ser inscrito *inmediatamente después de su nacimiento*. La inscripción del nacimiento es importante: en primer lugar, el registro del nacimiento es el primer reconocimiento oficial por parte del Estado de la existencia del niño; en segundo lugar, el registro de los nacimientos es un elemento esencial para planificar la política nacional sobre la infancia”, ya que “proporciona los datos demográficos necesarios para desarrollar estrategias eficaces; en tercer lugar, el registro es un medio para garantizar el disfrute de otros derechos; por ejemplo, se identificado tras un abandono o secuestro; conocer a los padres (en caso de niños nacidos fuera del matrimonio); acceder a la protección del Estado dentro de los límites de la edad legal (por ejemplo para el empleo); correr menos peligro de ser víctima de la trata de niños”.²⁶⁴

En términos de la “Convención, el niño debe ser inscrito *inmediatamente después de su nacimiento*, lo que implica un plazo de días más que de meses. No obstante, si por alguna razón el niño no ha sido inscrito o se han perdido los registros, el Estado debe subsanar esta carencia. Esto implica, que el registro de los nacimientos requiere que la inscripción del niño sea obligatoria tanto para los padres como para las autoridades administrativas pertinentes. El deber de declarar los nacimientos también puede recaer en otras personas, por ejemplo, en los profesionales que atienden el parto o en

²⁶⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General 17. HRI/GEN/1/Rev, 2, Párrafo 7.

los propietarios de la casa (o capitán del barco) donde ha tenido lugar el nacimiento.

Según el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se reconoce el derecho del niño a un nombre, lo que debe ser garantizado *desde que nace*. Por ende, se deben tomar medidas para que los niños abandonados dispongan todos de un nombre y evitar la utilización de números, como por ejemplo en situaciones de movimientos en masa de refugiados, en los que suele haber muchos menores no acompañados”.

En concreto, el artículo 7.1 de la Convención también reconoce el derecho del niño a adquirir una nacionalidad. Cabe mencionar que este derecho implica el derecho a disfrutar de todos los beneficios derivados de la misma. En particular, la nacionalidad puede adquirirse por los padres (*ius sanguinis*) o por el lugar de nacimiento (*ius soli*).

En adición, “el artículo 7.1 de la Convención reconoce el derecho del niño, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres. El fundamento moral del derecho a conocer a los padres se puede encontrar en la idea de dignidad, esto supone ante todo la protección del individuo frente a acciones contrarias a su dignidad²⁶⁵. Por tanto, el interés directamente protegido en este derecho se concreta en un interés o derecho de todo niño a su identidad biológica, como expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares.

El derecho a conocer a los padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad. A partir del mismo, cada niño, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial. Cada niño podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien biológicamente lo sea,

²⁶⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Los derechos fundamentales”. Tecnos. Madrid, 2004, p. 175.

puesto que dispondrá de unos medios que el Derecho pondrá a su alcance – y que son fundamentalmente las acciones de filiación— para rectificar la situación que vive si no está conforme con ella, es decir, para dejar de estar unido con quien no tiene lazo carnal alguno, o para comenzar a estarlo si legalmente tal unión no consta.

En esta línea, el derecho a la identidad de origen tiene dos facetas. Una referida a la determinación de la filiación: el derecho a conocer a los padres, y, otra vinculada con el mero conocimiento del origen biológico sin determinar el vínculo paterno-filial. Ello se aprecia en los casos del adoptado y del nacido mediante técnicas de fertilización humana asistida”²⁶⁶.

Por último, “el artículo 7.1 de la Convención se refiere al derecho del niño, en la medida de lo posible, a ser cuidado por sus padres”. Ello alude directamente a la identidad filiatoria afectiva y presenta íntegramente el concepto de filiación por naturaleza, ampliando los alcances del término “padre” además a los padres afectivos, psicológicos o sociales.

3.1.3.3. El derecho a preservar la identidad

Artículo 8.-

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño y preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias lícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente a su identidad”²⁶⁷.

²⁶⁶ Sobre la adopción, véase, GARRIGA GORINA, Margarita. “La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial”. Aranzadi. Navarra, 2000, pp. 256-257.

²⁶⁷ “La exploración de niños/as y adolescentes en Ciudad del Este, difundida a través de blog”- “Derechos del niño y de la niña, Artículo 8”

“El artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño está referido al derecho del niño a preservar su identidad y a beneficiarse de la asistencia del Estado para que la misma se protegida o, cuando sea necesario, restablecida.

Los elementos de la identidad mencionados en el artículo son tres, tales son la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. En primer lugar, la identidad nacional del niño puede derivarse de la nacionalidad de sus padres, lo cual sugiere que pueden no ser compatibles con la Convención las legislaciones que impiden la adquisición de la nacionalidad de los padres, por ejemplo, los Estados que prohíben la doble nacionalidad o que no reconocen el derecho del niño a adquirir la nacionalidad de sus padres si estos últimos no están casados entre sí. Por otro lado, el concepto de identidad nacional puede incluir tanto la identidad adquirida mediante la residencia como la adquirida por nacimiento o filiación. Esto también pone en tela de juicio las legislaciones nacionales que no permiten al niño adquirir la plena nacionalidad tras largos periodos de residencia, y las que, al expulsar a los padres, impiden al niño disfrutar de la identidad nacional que han adquirido por el lugar de nacimiento o de residencia”.

“En segundo lugar, la identidad nominal está referida a la posibilidad de cambiar el nombre del niño tras una adopción, el divorcio o el nuevo matrimonio de sus padres.

En tercer lugar, la identidad en las relaciones familiares reconoce un principio importante: la identidad del niño no consiste únicamente en saber quiénes son sus padres. Conocer a sus hermanos, abuelos y otros parientes puede ser tan importante, o incluso más, para el sentido de identidad; todo lo cual surge de la crianza, del afecto.

De otro lado, el segundo párrafo del artículo 8 reconoce el derecho del niño, que ha sido privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, a que el Estado le preste la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. Este derecho significa que el Estado debe reconocer el grave perjuicio que supone para el

niño verse privado de su identidad, y por lo tanto, destinar los recursos necesarios para remediar dicha situación.

La asistencia apropiada debe incluir: dar acceso a pruebas genéticas para establecer el parentesco, buscar activamente a parientes o miembros de la comunidad a la que pertenecen los niño, utilizar los medios de comunicación para buscar a los familiares y lograr la reunificación de la familia, garantizar que cualquier cambio en la identidad del niño como el nombre, la nacionalidad, la custodia, y otros, es registrada oficialmente, permitir al niño tener acceso a los expedientes que le conciernen.

La protección apropiada incluye el proporcionar al niño un lugar de acogida temporal y adecuado mientras se restablece su identidad. También debe implicar una explicación al niño de lo que está ocurriendo y por qué, puesto que la ignorancia y la incertidumbre pueden sumarse innecesariamente a la inseguridad y malestar del niño"²⁶⁸.

3.1.3.4. El derecho a vivir con la familia

“Artículo 9.-

1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

²⁶⁸ “La técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada como causa de vulneración de los derechos de filiación e identidad y del interés superior del niño respecto del recién nacido, a partir de fallos judiciales emitidos a nivel nacional y local en los años 2012, 2016 y 2017”.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona está bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para las personas interesadas”²⁶⁹.

“El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagrados principios esenciales: primero, el niño debe permanecer con sus padres, salvo cuando sea contrario a su interés superior y, segundo, si es necesario separar al niño de sus padres, los procedimientos aplicados deberán ser equitativos”.

De esta forma, se tiene el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir con sus padres y tener una familia, en el contexto del deber del Estado de proteger especialmente al niño, al adolescente tal como lo recoge la Constitución en su artículo cuarto, y esta protección pasa necesariamente por procurar que ellos tengan una familia, y de preferencia, como es obvio, la familia natural, donde vivirán, crecerán y se desarrollarán siempre bajo el cuidado de sus padres, empero esto no siempre va a ocurrir. Por ello, la norma se pronuncia por la carencia de familia natural, y en ese supuesto,

²⁶⁹ “La exploración de niños/as y adolescentes en Ciudad del Este, difundida a través de blog”- “Derechos del niño y de la niña, Artículo 9”.

señala el derecho del niño, niña y adolescente a crecer en un ambiente familiar adecuado²⁷⁰.

“Con la expresión *contra la voluntad de estos* se refiere tanto a la voluntad de los padres como a la voluntad conjunta de padres e hijos; desde el punto de vista gramatical, queda claro que no se trata únicamente de la voluntad del niño. Y, en cierto sentido, el derecho del niño a los cuidados de sus padres está ineludiblemente sujeto a la *voluntad* de estos. El niño no tiene ni el poder ni la capacidad de determinar quién debe cuidar de él. Esta decisión la toman su familia, su comunidad, el Estado. Es más aun cuando el niño estuviese en situación de poder *elegir* a sus padres, no podría forzarlos a actuar como tales”²⁷¹.

“El Estado puede imponer a los padres la obligación de mantener económicamente a sus hijos, pero no la de cuidarlos de forma adecuada. El artículo proporciona ejemplos de casos en los que podría ser necesario separar al niño de uno de sus progenitores, o de ambos: el primero, cuando los padres han maltratado o descuidado al niño; y, el segundo, cuando los padres viven separados”²⁷².

“Por medio de *autoridades competentes* se refiere a la competencia jurídica, no técnica, para determinar, basándose en los elementos disponibles, qué es lo mejor para el interés superior del niño. Esta competencia puede ser adquirida mediante una formación teórica o un nivel equivalente de experiencia”.²⁷³

²⁷⁰ AGUILAR LLANOS, Benjamín. “Tratado de Derecho de Familia”. Editorial Lex & Iuris, Lima, 2016.

²⁷¹ Corrales Y. “La técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada como causa de vulneración de los derechos de filiación e identidad y del interés superior del niño respecto del recién nacido, a partir de fallos judiciales emitidos a nivel nacional y local en los años 2012, 2016 y 2017”. UNAS. 2019

²⁷² FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, “Manual de aplicación de la convención sobre los Derechos del Niño”, op. cit., p. 125.

²⁷³ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, “Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, op. cit., p. 128.

“La expresión *a reserva de revisión judicial* genera una serie de expectativas sobre la justicia natural y la equidad de los tribunales. El juez no debe tener interés personal en el juicio, debe estar bien informado como sea posible acerca de todas las circunstancias del caso; y debe poder demostrar que ha escuchado a todas las partes antes del fallo final, y que las partes han comprendido bien el contenido de las declaraciones.

La frase *De conformidad con la ley y los procedimientos aplicables* resalta que la legislación debe regular cualquier procedimiento que tenga el fin de separar al niño de sus padres contra la voluntad de este, tanto si es el Estado el que interviene para retirar al niño como si es uno de los progenitores en busca de la custodia del niño.

En puridad, la Convención exige que se ofrezca a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en el procedimiento y dar a conocer sus opiniones. Esto implica no solo a los padres sino también a los miembros de la familia ampliada, puesto que para tomar una decisión acertada sobre el interés superior del niño debe disponerse de la máxima información”. Es fundamental no olvidar al niño, pues es la parte más interesada. Se debe vincularlo con el artículo 12 de la Convención: “se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante”.

“El párrafo 3 del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño está referido al derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. Por tanto, la Convención obliga al Estado, cuando la separación del niño de uno o de ambos padres es resultado de una decisión del Estado, a proporcionar a unos y otra información básica acerca del paradero de los demás miembros de la familia”²⁷⁴.

3.1.3.5. El derecho a expresar libremente la opinión

²⁷⁴ “Convención sobre los Derechos del Niño”, Artículo 9, párr. 3

“Artículo 12.-

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”²⁷⁵.

En particular, el Comité de los Derechos del Niño resalta que en el artículo 12 reside un principio general de importancia fundamental, tanto para la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en su conjunto, como para la interpretación de cada uno de sus artículos.

“El Comité ha señalado siempre que el niño debe ser considerado como un sujeto activo de derechos. El artículo 12, junto con el artículo 13 sobre libertad de expresión, el artículo 14 sobre libertad de pensamiento, conciencia y religión y el artículo 15 sobre libertad de asociación, muestra claramente que el niño es una persona con derechos fundamentales, opiniones y sentimientos propios”.

El Manual de preparación de informes sobre los derechos humanos de 1998, del Comité ha señalado que en este artículo se estipula uno de los valores fundamentales de la Convención, al afirmar que “el niño es una persona completamente desarrollada que tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, así como a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones. Así pues, el niño tiene el derecho de participar en los procesos de toma de decisiones que afecten a su vida, así

²⁷⁵ “Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 12”.

como de ejercer su influencia en las decisiones que se tomen a su respecto”²⁷⁶.

Una Observación General²⁷⁷ revisa los aspectos sustanciales del derecho del niño a emitir opinión desde un actividad hermenéutica e integradora de la propia Convención; así, se parte por señalar que este derecho tiene un doble matiz, pues, de un lado, implica el reconocimiento del derecho del niño a expresarse libre y voluntariamente en “todos” los asuntos en los que se encuentre inmerso; y, de otro, determina la obligación de los estados de realizar en la práctica los derechos humanos de los niños, entre otros, teniendo en cuenta dicha opinión en función de la edad y madurez del niño.

En lo referido al ejercicio mismo del derecho a emitir opinión se enfatiza que el niño puede decidir no ejercitar este derecho, pues para aquel expresar sus opiniones es una opción más no una obligación, por ello, es necesario que los estados adopten las disposiciones pertinentes para que el niño reciba en forma previa información y asesoría suficiente que le permitan decidir libremente el ejercicio de su derecho, lo cual no es otra cosa que el reconocimiento del niño como “sujeto de derechos”²⁷⁸.

En concreto, “el artículo 12 no fija una edad mínima para el ejercicio del derecho a expresar las opiniones libremente. Es evidente que el niño puede formarse un juicio desde muy pequeño. La Convención sobre los Derechos del Niño no se pronuncia a favor de la imposición de una edad mínima para conocer o tener en cuenta las opiniones del niño. No obstante, se exige que el niño esté *en condiciones de formarse un juicio propio*. Ello alude al proceso de evolución de las facultades del niño, que está en función de su edad y madurez, conforme al artículo 5”.²⁷⁹

²⁷⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, op. cit., p. 460.

²⁷⁷ Observación General N° 12, del 20 de julio de 2009

²⁷⁸ TORRES MEZA, Yelena, op.cit., p. 134.

²⁷⁹ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, op. cit., p. 155.

“Cabe destacar que el artículo 12 no obliga al niño a expresar sus opiniones. El niño tiene derecho a expresar su opinión libremente. Por lo tanto, no deberá ser objeto de ningún tipo de presión, coacción o influencia que pueda impedirle expresar su opinión u obligarlo a hacerlo. Evidentemente, una opinión provocada descarta su consideración por no ser espontánea. La Convención no alude directamente a la alienación parental, pero no cabe duda que implícitamente queda comprendida”.²⁸⁰ En esencia, cuando el artículo 12 exige dar al niño “la oportunidad de ser escuchado” sugiere la obligación activa por parte del Estado de brindarle esta posibilidad, aunque no se le pueda exigir que exprese su opinión.

“La expresión *en todo procedimiento judicial* abarca una amplia variedad de situaciones: los procedimientos civiles (divorcio, custodia, colocación, adopción y cambio de nombre); las solicitudes dirigidas a los tribunales relacionadas con el lugar de residencia, la religión, la educación, la disposición del dinero, etc.; la toma de decisiones sobre la nacionalidad, la inmigración y la concesión del estatuto de refugiado; los asuntos penales”.

“La referencia a *todo procedimiento (...) administrativo* amplía todavía más el alcance del texto, incluyendo, por ejemplo, las decisiones oficiales en materia de educación, salud, planificación, medio ambiente, seguridad social, protección de la infancia y administración de justicia de menores”.

Por último, con la frase “ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional” se deja a discreción del Estado determinar la forma de ser escuchadas las opiniones del niño.

3.1.3.6. La responsabilidad común de los padres y la asistencia del Estado en la crianza y desarrollo del niño

“Artículo 18.-

²⁸⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, op. cit., p. 461.

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas²⁸¹.

En particular, “el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño ha definido las responsabilidades de los padres y las del Estado, al especificar la asistencia que el Estado deberá prestar a los padres en el desempeño de sus responsabilidades/obligaciones. El artículo debe concordarse con el artículo 5 referido a los derechos y deberes de los padres y de la familia, y evolución de las facultades del niño, y los artículos 3.2 y 27 sobre el deber del Estado de proporcionar asistencia a los padres para asegurar al niño protección, cuidados y un nivel de vida adecuado. Estos cuatro artículos de la Convención dejan claro que los padres tienen una responsabilidad primordial para con el niño, pero que esta responsabilidad está circunscrita por los derechos que la Convención otorga al niño (incluyendo su interés superior) y puede ser compartida con otros, por ejemplo, los familiares. El Estado debe proporcionar asistencia apropiada y,

²⁸¹ “Convención Sobre los Derechos del Niño, Artículo 12”.

cuando los padres no puedan asumir sus responsabilidades, ha de intervenir para proteger los derechos del niño y satisfacer sus necesidades”.²⁸²

En puridad, el artículo 18 de la Convención indica que el objetivo debe ser que ambos progenitores desempeñen un papel activo en la crianza de su hijo, incluso el padre del niño nacido fuera del matrimonio. “Este artículo reviste importancia desde un doble aspecto. El primero de ellos alude al derecho esencial del niño a recibir todo lo necesario para criarse y desarrollarse integralmente, en atención a su interés superior. El segundo aspecto se refiere al plano de igualdad en que se encuentran ambos padres para el cumplimiento de este deber, resaltándose así que ninguno de ellos podrá ser excluido y que, para su eficaz ejercicio, se requiere la adopción de las respectivas conductas”.²⁸³

“En virtud del artículo 18, la ley debe reconocer que ambos padres tienen responsabilidades comunes. Ello implica que la ley debe presumir, a menos que se pruebe lo contrario, que la participación continúa de ambos padres en la vida del niño favorece el interés superior del niño. Precisamente y cuando ello no convenga al interés superior del niño, el artículo 9 autoriza la separación del niño del entorno de los padres”²⁸⁴.

Por ello, el párrafo 2 del artículo 18 subraya que el Estado debe proporcionar asistencia apropiada a los padres. La asistencia del Estado es apropiada cuando los padres no pueden asumir la responsabilidad de criar a su hijo, tanto si es culpa de ellos como si no lo es. Esto implica que el Estado debe ayudar a las familias donde se ha comprobado que existe un riesgo de ruptura, con medidas tanto prácticas (ventajas fiscales, alojamiento

²⁸² Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación general 17. HRI/GEN/1/Rev. 2. Párrafo 8.

²⁸³ D'ANTONIO, Daniel. “Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada y anotada exegéticamente con jurisprudencia nacional y extranjera”. Astrea. Buenos Aires, 2001, pp. 126-127.

²⁸⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación general 19. HRI/GEN/1/Rev. 2. Párrafo 6.

guarderías, ayudas al hogar, equipamiento, etc.) como psicológicas (asesoramiento, redes de apoyo, etc.).

3.1.3.7. La protección del niño contra la violencia

“Artículo 19.-

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”²⁸⁵.

“En particular, el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño protege al niño contra *toda forma de perjuicio o abuso físico o mental* mientras se encuentre bajo la custodia de sus padres u otras personas encargadas de su custodia. Por lo tanto, el derecho fundamental del niño a la integridad personal como principio, está relacionado con el derecho a la vida, y a la supervivencia y desarrollo en la máxima medida posible (artículo 6).

El *perjuicio mental* incluye la humillación, el acoso, el abuso verbal, los efectos del aislamiento u otras prácticas que causan, o pueden causar, daños psicológicos.

²⁸⁵ “Convención de los derechos del niño, Artículo 19”

El *descuido* puede ser deliberado o consecuencia de la incapacidad del padre o la madre, la familia, la comunidad o el Estado para hacerse cargo adecuadamente del niño. Existen varias formas y varios grados de descuido del niño en la sociedad como, por ejemplo, el que sufren niños muy pequeños por parte de sus padres trabajadores y la *soledad* de la que se quejan los propios niños.

El *trato negligente* evoca al problema de los accidentes infantiles. El nivel de desarrollo y la vulnerabilidad física de los niños les hace especialmente propensos a los accidentes. Aunque la responsabilidad principal de proteger al niño corresponde a los padres, también es necesaria la acción del Estado para evitar muchos tipos de accidentes.

Los malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual hacen mención a cualquier trato perjudicial para el niño aun cuando no conlleve necesariamente violencia física o mental. Se considera que hay abuso sexual no solo en caso de agresión, sino también en caso de actividad sexual, consentida o no, con niños considerados inmaduros o que no han alcanzado la edad mínima establecida para el consentimiento sexual²⁸⁶.

En concreto, el ámbito de aplicación del artículo 19 abarca lo que ocurre dentro de la familia y en otros contextos “de cuidado”: hogares de guarda, guarderías, escuelas, todos los centros de internamiento, etc. El requerimiento del artículo 3.3 de “que las instituciones, servicios y establecimientos cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, y ejerzan una adecuada vigilancia, es importante para prevenir la violencia contra los niños”.

“Por ello, el Comité de los Derechos del Niño ha precisado que la Convención sobre los Derechos del Niño exige la revisión del derecho interno para asegurar que no se aprueba ningún grado de violencia contra el niño. En especial, el Comité ha subrayado que el castigo corporal en la

²⁸⁶ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, “Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, óp. cit., p. 251.

familia, en las escuelas u otras instituciones, o en el sistema penal es incompatible con la Convención”²⁸⁷.

De acuerdo al artículo 19 en relación con las responsabilidades de los padres y los derechos y la evolución de las facultades del niño a que se refiere el artículo 5, no hay lugar para el castigo corporal dentro del margen de discreción concedido a los padres. Con mayor razón, tampoco lo hay en el ámbito de las escuelas e instituciones encargadas del cuidado de los niños.²⁸⁸

“Por tanto, el artículo 19 exige a los Estados que adopten medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de violencia. El párrafo 2 del artículo propone una serie de medidas de protección, reconociendo que las medidas sociales y educativas, y en especial la asistencia al niño y a sus cuidadores, contribuyen a proteger al niño contra la violencia, el abuso y la explotación. Tales medidas están referidas a la implementación de programas sociales en los que se incluyan campañas educativas e informativas sobre formas positivas y no violentas de disciplina, sobre la prevención del abuso y la explotación sexuales, y sobre la protección del niño contra los malos tratos en los lugares de guarda alternativos y en las instituciones”.

“En complemento, el artículo 37 declara que, se velará porque ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años; ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente”²⁸⁹. “La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades

²⁸⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “Informe sobre el séptimo período de sesiones”. Septiembre/octubre 1994- CRC/C/34. Anexo IV.

²⁸⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. España OFII. Add. 28. Párrafo 10.

²⁸⁹ DE PUIG, Irene. Los derechos de las niñas y los niños: 10-11 años. Editorial Octaedro. España, 2008.

de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales”²⁹⁰.

3.1.3.8. El derecho del niño a un nivel de vida adecuado

“Artículo 27.-

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos

²⁹⁰ MONTOYA CHAVEZ, Víctor Hugo. Derechos fundamentales de los niños y adolescentes: el interés superior del niño y adolescente y la situación de abandono en el artículo 4 de la Constitución. Grijley. Lima, 2007.

convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados”²⁹¹.

“En particular, el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su pleno desarrollo. Al enumerar los distintos componentes del pleno desarrollo (físico, mental, espiritual, moral y social), es claro que, para alcanzar un nivel de vida adecuado, no basta con satisfacer las necesidades básicas (nutrición, vestuario y vivienda), por muy importante que esto sea.

Por tanto, la efectividad de este derecho de la infancia, es reconocida a la familia y al Estado sobre la base de los principios de solidaridad y de subsidiariedad. Así, se postula que su aplicación corresponde en primer lugar a los padres y a las personas encargadas de satisfacer las necesidades del niño, dentro de sus posibilidades y medios económicos; precisándose que el Estado debe ayudar a los padres y a las personas encargadas de satisfacer las necesidades del niño y, en caso ellos no puedan hacerlo, debe intervenir proporcionando asistencia material, sobre todo para la nutrición, el vestuario y la vivienda, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios”²⁹².

El derecho del niño a un nivel de vida adecuado se trata de un derecho fundamental de envergadura mundial, pero en nuestro caso, el Estado peruano debe implementar las políticas ambientales para hacer digna la vida de los niños y adolescentes. En nuestro país, sin embargo, muchos niños viven en condiciones infrahumanas. Todavía hay unas asignaturas pendientes como la de que cada peruano tenga acceso a una vivienda digna, en lugares habitables, en condiciones saludables, en ambientes con aire limpio, no contaminados y la de tener acceso a los servicios de agua y desagüe que consideramos son una prioridad para poder ejercer este derecho, sobre la base de la dignidad de la persona humana que merece ese cuidado para poder posteriormente, vivir en familia, tener un adecuado a

²⁹¹ Derechos Niños y Adolescentes, Ministerio de Justicia Gobierno de Chile, Artículo 27.

²⁹² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Perú OFII. Add. 8. Párrafo 12.

sus condiciones, etc. En definitiva, se requiere un mínimo de bienestar que en muchas ocasiones no se logra, y está en juego la dignidad del ser humano.²⁹³

En puridad, el artículo 27 insiste en que la ayuda del Estado se destina a los padres, y no directamente al niño. “Esta insistencia tiene un fin de autoprotección, al mismo tiempo que de afirmación de principios: de autoprotección, porque las naciones que redactaron el texto no querían verse obligadas a ayudar a los niños de padres acaudalados, y tampoco querían que los padres endosasen, de manera general, sus responsabilidades al Estado; de afirmación de principios, porque, como subraya la Convención, el niño tiene derecho, siempre que sea posible, a ser cuidado por sus padres y a permanecer en el entorno familiar”²⁹⁴. “El artículo 27 confirma el principio, enunciado en el artículo 18, de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza del niño, y de que el Estado tiene la obligación de ayudar a los padres en su papel de protección y de promoción del bienestar del niño”.

“Con esta postura, se contempla al derecho alimentario como parte del contenido del derecho a un nivel de vida adecuado; evidenciando que la obligación alimentaria paterna se asienta en el vínculo parental que existe con el hijo, en tanto tal prestación está comprendida entre las derivadas de dicha relación. Entonces, se reconoce que el deber alimentario paterno y, por extensión de los responsables financieros del niño, constituye uno de los elementos de mayor incidencia en el desarrollo personal del menor, se exige que tal conducta legal debe ser constantemente observada por los organismos de tutela y ser requerida al responsable cuando se evidencia una insuficiente o inexistente prestación.

Ante esa realidad, la Convención sobre los Derechos del Niño exige a los Estados la instrumentación de los medios para obligar al renuente u omisivo a cumplir con dicho deber. El inciso 4 del citado artículo 27 postula la

²⁹³ TORRES MEZA, Yelena, op. cit., p. 94.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 373.

adopción de normas que traten con mayor energía la deserción alimentaria. De acuerdo con ello, deben preverse mecanismos para desalentar el incumplimiento del deber alimentario paterno, se debe poner especial cuidado en subrayar que la consideración primordial es el interés superior del niño”²⁹⁵.

A su vez, la segunda parte del inciso 4 del artículo 27 extiende la responsabilidad a los casos en que el obligado resida en país diferente al de residencia del niño, y promueve la adhesión a los convenios internacionales o la celebración de estos.

3.1.3.9. El derecho del niño a la educación

“Artículo 28.-

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos”;

“b) Fomentar el desarrollo en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

²⁹⁵ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”²⁹⁶.

“En particular, el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño declara el derecho fundamental de todo niño a la educación. La educación es costosa, y como no todos los Estados disponen de los recursos suficientes para satisfacer las necesidades educativas de los menores, con frecuencia el derecho a la educación se hace realidad *progresivamente* hasta el máximo de los recursos de que dispongan, conforme al artículo 4”. De esta forma, el artículo 28 “define las condiciones mínimas: enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; diferentes formas de enseñanza secundaria y orientación profesional disponible y accesible a todos; enseñanza superior accesible a todos sobre la base de la capacidad”.

Con el primer párrafo del artículo 28 se consagra el derecho fundamental del niño a la educación, y los subpárrafos a), b), c), d) y e) detallan los deberes del Estado Parte para el ejercicio de este derecho “progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades”.

La palabra “educación” no se limita a la “enseñanza” escolar, aunque el subpárrafo e) sobre deserción escolar, y el artículo 29.2 sobre instituciones

²⁹⁶ “Convención Sobre los Derechos del Niño, Artículo 28”

de enseñanza, implican que ese será normalmente el caso. El artículo 28 expresa la enseñanza profesional, la eliminación del analfabetismo y el acceso a los conocimientos técnicos, y el artículo 29 cubre los amplios objetivos de la educación, pero la Convención no trata de definir los contenidos de los programas escolares.

El término “progresivamente” se aplica tanto al gasto financiero, como a la administración de la educación. En varias ocasiones, el Comité de los Derechos del Niño ha sugerido a los Estados Partes que revisen la totalidad de sus sistemas educativos en lugar de limitarse a retocar detalles específicos. “La falta de instalaciones escolares adecuadas, la reducción del presupuesto educacional, la precaria condición de los maestros, que hace que escaseen los educadores capacitados, y la insuficiencia de las medidas destinadas a garantizar la formación profesional son motivos de gran preocupación”²⁹⁷.

Por ello, el subpárrafo b) se refiere a las “distintas formas de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza en general y profesional”. La enseñanza está encaminada a lograr el desarrollo del niño hasta el máximo de sus posibilidades y la Convención reconoce que no existe ningún modelo para conseguirlo. Por el contrario, una vez adquiridas las nociones elementales de lectura, escritura y cálculos parece haber un amplio abanico de posibilidades.

En general, la enseñanza superior prosigue después de los 18 años, la Convención incluye correctamente el acceso a la enseñanza superior dentro del derecho del niño a la educación, aunque precisa que se ejercerá “sobre la base de la capacidad”. Así se indica en el subpárrafo c) del artículo 27.

Por último, el artículo 28 se “refiere al suministro de los servicios educativos, en el sentido de que el Estado debe adoptar medidas para reducir las tasas de deserción escolar y para asegurarse de que la disciplina escolar respete

²⁹⁷ COMITÉ DE LOS DECHOS DEL NIÑO. Jamaica OFFI. Add. 32. Párrafo 15.

la dignidad del niño. Asimismo, destaca la cooperación internacional en materia de educación, mostrando que esta puede ser el motor del crecimiento económico”²⁹⁸.

3.1.3.10. El derecho del niño al esparcimiento y a la recreación

“Artículo 31.-

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento”²⁹⁹.

“En particular, el artículo 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho del niño al descanso, al esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas, así como su derecho a participar en la vida cultural y artística; debiéndose indicar que no se precisa cual es el objetivo o finalidad de tales acciones o actividades, las que son consideradas tan importantes para el desarrollo del niño como la nutrición, la vivienda, la atención en salud y la educación. El derecho del niño a la recreación constituye un elemento básico en la formación de su personalidad, que permite que el niño sea tal, es decir, que asuma y represente lo que es en esencia, como ser en desarrollo”³⁰⁰.

Los vocablos “descanso”, “esparcimiento”, “juego” y “actividades recreativas” parecen sinónimos, al hacer referencia al hecho de no trabajar, pero las cuatro expresiones contienen diferencias importantes. El “descanso” incluye las necesidades básicas de relajación física y mental y de sueño; el “esparcimiento” es una palabra muy amplia que implica disponer de tiempo y

²⁹⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Chile AR. 148. Párrafo 24.

²⁹⁹ Derechos Niños y Adolescentes, Ministerio de Justicia Gobierno de Chile, Artículo 31.

³⁰⁰ D'ANTONIO. Convención sobre los Derechos del Niño..., op. cit., p. 170.

libertad para hacer lo que uno quiera; las “actividades recreativas” abarcan una amplia gama de actividades realizadas por decisión propia, por placer, (incluyendo una serie de actividades que pueden al mismo tiempo ser calificadas de trabajo, como por ejemplo los deportes, las artes creativas y teatrales, la artesanía y las actividades científicas, culturales o técnicas); por último el “juego” es el más interesante desde la óptica de la infancia, ya que incluye actividades que no son controladas por los adultos y que no deben forzosamente cumplir con reglas.

Algunas veces se dice que “el derecho del niño al juego es un derecho *olvidado* quizás porque a los adultos les parece un lujo más que una necesidad vital, y porque el niño siempre encuentra maneras y medios para jugar, incluso en las circunstancias más tristes. Pero el jugar también es una parte esencial del desarrollo, y el niño que, por la razón que sea, es incapaz de jugar, corre el riesgo de carecer, más tarde, de habilidades sociales y personales importantes.

Los derechos culturales del niño incluyen tanto el derecho de acceder a acontecimientos culturales y artísticos apropiados y que favorezcan su desarrollo, como el derecho a realizar esas actividades por sí mismos, bien sea participando en actividades culturales y artísticas iniciadas por adultos, bien sea disfrutando de actividades autónomas”.

Si bien en el resto de la Convención la palabra “cultura” se refiere a las tradiciones y costumbres de las comunidades, el artículo 31 utiliza la palabra “cultura” en su sentido artístico.

3.1.4. El Principio Pro Infante para la Promoción de los Derechos del Niño

“Artículo 41.-

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y de la niña y que puedan estar recogidas en:

a) El derecho de un Estado Parte; o

b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”³⁰¹.

En principio, el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño tiene el propósito de garantizar que las normas enunciadas en la Convención no afecten negativamente a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño que estén recogidas en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en dicho Estado. Esto se justifica desde que la Convención sobre los Derechos del Niño establece el catálogo mínimo de derechos de los niños, niñas y adolescentes; pudiendo existir normas de Derecho interno e Internacional que protejan más aún los derechos del niño, no recogidos en la Convención, o que tienden a la protección de toda persona por el hecho de reunir la condición de ser humano, dentro de la cual se encuentran la categoría de niño.

Esta norma hace referencia a la aplicación del principio pro infante, al disponer que, en todos los casos, la aplicación de la norma más favorable a la promoción de los derechos del niño, aun cuando para ello haya de inobservarse lo establecido en la Convención. Por cierto, esto no será infrecuente, y la propia Convención, por medio del principio establecido en su artículo 3.1, prevé que siempre se tomará en cuenta el interés superior del niño.

En concreto, la Convención sobre los Derechos del Niño “establece pautas mínimas, habilitando a los diferentes Estados a complementar la protección ejercida por esta con las normas de Derecho interno de cada Estado parte y con las normas de Derecho Internacional vigente con respecto a dicho Estado. Esta normativa puede estar dirigida específicamente a los niños o cualquier ser humano por el hecho de ser persona, dentro de la cual se encuentra subsumida la categoría de niños”³⁰².

³⁰¹ “Convención sobre los derechos del niño, Artículo 41”.

³⁰² WEINBERG, Inés. “Relaciones con otras normas”, en: WEINBERG, Inés M. (directora), Convención sobre los Derechos del Niño, Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2002, p. 500.

De esta forma, existen en el Derecho Internacional determinados tratados, como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio o la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Persona, para cuyos efectos los sujetos afectados pueden ser niños. Si bien estos asuntos no están contemplados específicamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, tales tratados forman parte del nivel de protección establecido por la misma en orden a constituir Derecho Internacional vigente con respecto a los Estados partes de estos tratados internacionales.

3.1.5. El Comité de los Derechos del Niño

“El Comité de los Derechos del Niño es un mecanismo internacional que se encarga de vigilar los progresos realizados en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; esto es, según la propia Convención. Las tareas principales del Comité son examinar los informes, iniciales y periódicos, presentados por los Estados Partes en cumplimiento del artículo 44 de la Convención, y trabajar con órganos de vigilancia de otros tratados, instituciones especializadas de las Naciones Unidas y otros organismos con el propósito de promover la Convención y la realización de los derechos del niño. El Comité es considerado como la más alta autoridad internacional para la interpretación de la Convención”.

“De este modo, el Comité de los Derechos del Niño supervisa la forma en que los Estados cumplen sus obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño. Un país que ratifica la Convención, asume la obligación jurídica de implementar los derechos reconocidos por el tratado. Por ello, la firma es un primer paso, pues el reconocimiento de los derechos sobre papel no resulta suficiente para garantizar su efectivo goce en la práctica. Como consecuencia, el país asume la obligación complementaria de presentar informes periódicos al Comité sobre la manera en que se facilita el ejercicio de los derechos. Este sistema de vigilancia de los derechos humanos es común a todos los tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos.

En concreto, para dar cumplimiento a su obligación de presentación de informes, los Estados partes deben informar por primera vez dos años después de su ratificación, y posteriormente cada cinco años. Además del informe gubernamental, el Comité recibe información sobre la situación de los derechos humanos en los países a través de otras fuentes, entre ellas las organizaciones no gubernamentales, organismos de las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales, instituciones académicas y la prensa. Teniendo presente toda la información disponible, el Comité examina el informe junto con los representantes oficiales del Estado Parte. Tomando como guía este diálogo, el Comité expresa sus preocupaciones y recomendaciones, conocidas como ‘observaciones finales’ las cuales son públicas”³⁰³.

“Asimismo, el Comité lleva a cabo la publicación de su interpretación del contenido de las disposiciones de los derechos recogidos en la Convención, que se conocen como ‘Observaciones Generales’. A su vez, expresa recomendaciones generales sobre cuestiones temáticas o sobre sus métodos de trabajo. Además, el Comité celebra discusiones públicas, o días de debate general sobre determinados temas de discusión”.

Como muestra de lo anterior, el Comité de los Derechos del Niño ha pronunciado algunas Observaciones Generales, tales son:

1. “Observación General N° 1 (2001). Párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la Educación. CRC/GC/2001/1 del 17 de abril de 2001”.
2. “Observación General N° 2 (2002). El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño. CRC/GC/2002/2 del 15 de noviembre de 2002”.

³⁰³ “Comité de los derechos del niño, observación general n°5”

3. Observación General N° 3 (2003). El VIH/SIDA y los derechos del niño. CRC/GC/2003/3 del 17 de marzo de 2003.
4. “Observación General N° 4 (2003). La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. CRC/GC/2003/4 del 21 de julio de 2003”.
5. “Observación General N° 5 (2003). *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). CRC/GC/2003/5 del 27 de noviembre de 2003”.
6. “Observación General N° 6 (2005). Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. CRC/GC/2005/6 del 1° de septiembre de 2005”.
7. “Observación General N° 7 (2005). *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. CRC/C/GC/7/Rev.1 del 20 de septiembre de 2006”.
8. Observación General N° 8 (2006). “El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes”. (Artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros). CRC/C/GC/8 del 21 de agosto de 2006.
9. “Observación General N° 9 (2006). Los derechos de los niños con discapacidad. CRC/C/GC/9 del 27 de febrero de 2007”.
10. “Observación General N° 10 (2007). Los derechos del niño en la justicia de menores. CRC/C/GC/10 del 25 de abril de 2007”.
11. “Observación General N° 11 (2009). Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. CRC/C/GC/11 del 12 de febrero de 2009”.
12. “Observación General N° 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12 del 20 de julio de 2009”.

13. "Observación General N° 13 (2011). Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. CRC/C/GC/13 del 18 de abril de 2011".
14. "Observación General N° 14 (2013). Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/GC/14 del 29 de mayo de 2013".
15. "Observación General N° 15 (2013). Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24). CRC/C/GC/15 del 17 de abril de 2013".
16. "Observación General N° 16 (2013). Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño. CRC/C/GC/16 del 17 de abril de 2013".
17. "Observación General N° 17 (2013). Sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural, y las artes (artículo 31). CRC/C/GC/17 del 13 de abril de 2013".
18. "Recomendación General N° 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Observación General N° 18 (2014) del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18 del 14 de noviembre de 2014".
19. "Observación General N° 19 (2016). Sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4). CRC/C/GC/19 del 21 de julio de 2016".
20. "Observación General N° 20 (2016). Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. CRC/C/GC/20 del 6 de diciembre de 2016".
21. "Observación General N° 21 (2017). Sobre los niños de la calle. CRC/C/GC/21 del 21 de junio de 2017".

22. “Observación General Conjunta N° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional. CMW/C/GC/3 CRC/C/GC/22 del 16 de noviembre de 2017”.

23. “Observación General Conjunta N° 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. CMW/C/GC/4 CRC/C/GC/23 del 16 de noviembre de 2017”.

3.2. Propuesta de Solución del Problema con Fundamento Teórico

3.2.1. La Competencia en Materia de Niños y Adolescentes de la Justicia Especializada en Familia

En forma general, la necesidad de atender la problemática referida a la familia, exige el establecimiento de un organizado y eficaz sistema de administración de justicia especializada, el mismo que debe atender al principio de la legalidad de la competencia, a la naturaleza de las relaciones jurídicas emergentes del estado de familia y a las particularidades del conflicto familiar, a fin de garantizar “los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva”.

El origen del sistema de administración de justicia especializada en familia se encuentra en el Decreto Ley N° 26102, que aprobó por vez primera el Código de los Niños y Adolescentes. Dicha norma legal instituyó la justicia especializada en niños y adolescentes, conforme a su artículo 156: “La potestad jurisdiccional del Estado en asuntos del niño y adolescente se ejerce por las Salas de Familia y los Juzgados del Niño y del Adolescente”; disponiendo, en la Quinta Disposición Final, la conversión de los Juzgados de Menores en Juzgados del Niños y del Adolescente.

Años más tarde, el Decreto Ley N° 26102 reconoció la competencia en materias de contenido civil, tutelar y de “contenido penal” de los Juzgados de los Niños y Adolescentes. Esta ley agrupa los asuntos civiles en contenciosos y no contenciosos. Entre los primeros, se comprendió a las pretensiones de suspensión, extinción o restitución de la patria potestad; de tenencia; de régimen de visitas; de tutela; de alimentos; y, de protección de intereses difusos o individuales. Entre los segundos, se trataron la guarda; el consejo de familia; la licencia para enajenar u obligar sus bienes; las autorizaciones; y, la adopción. En tanto que, las materias tutelares estuvieron referidas a la investigación tutelar y a las pretensiones referidas a la protección de los derechos de los niños y adolescentes. Por último, las materias de “contenido penal” correspondían a las infracciones a la ley penal cometidas por niños y adolescentes como autores o como partícipes de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal.

Con el Decreto Ley N° 26102, se instituyó la justicia especializada en niños y adolescentes, que no comprendió en su estructura y organización a los Juzgados de Paz Letrados. Así, se produjo que las pretensiones de alimentos de menores de edad que eran de competencia de los Juzgados de Paz Letrados pasaran, en virtud de la referida disposición, a ser de conocimiento de los Juzgados de los Niños y Adolescentes. Esta modificación de la competencia en materia de alimentos provocó el encarecimiento de la administración de justicia, agravando más todavía el problema alimentario, pues el número de Juzgados de los Niños y Adolescentes a nivel nacional no bastaban para atender la incidencia de la pretensión alimentaria. “La realidad exige un número mayor de jueces que puedan resolver el problema alimentario y que permitan acceder fácilmente la tutela jurisdiccional efectiva. En la medida que los jueces del niño y del adolescente no son suficientes con relación a la carga procesal, se justifica plenamente atribuir competencia a los Juzgados de Paz Letrados para que puedan conocer transitoriamente de los procesos de alimentos. Esto se

fundamenta en el carácter apremiante y urgente de la pretensión alimentaria, que requiere de una pronta atención”³⁰⁴.

Por medio de la dación de la Ley N° 26324 en junio de 1994, se reformó el Código de los Niños y Adolescentes para precisar que los Juzgados de Paz Letrados conocerán de los procesos de alimentos de niños y adolescentes cuando el vínculo familiar se encuentra fehacientemente acreditado; siendo de competencia de los Juzgados de los Niños y Adolescentes las pretensiones alimentarias en caso que no exista prueba indubitable del vínculo familiar. Esta reforma se justificó, además de la falta de implementación de Juzgados de los Niños y Adolescentes a nivel nacional, en la necesidad de armonizar el principio de la jurisdicción especializada en niños y adolescentes y en la realidad jurídico-social del problema alimentario. No obstante, no importó una formal consideración de los Juzgados de Paz Letrados como parte de la justicia especializada en niños y adolescentes. Por ello, en enero de 1996 se da la Resolución Administrativa N° 025-CME-PJ que dispuso la conversión de los Juzgados de los Niños y Adolescentes en Juzgados de Familia³⁰⁵, y a su vez, señaló en su artículo 2 que el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima estaba facultado para efectuar la redistribución de los expedientes sobre Derecho de Familia que se encuentren en trámite ante los Juzgados Civiles de Lima.

Asimismo, en marzo de 1996, se da la Resolución Administrativa N° 28-96-P-CSJL, a razón de que la redistribución de expedientes en trámite importaba una ampliación de la competencia por razón de la materia, para establecer que: “los Juzgados de Familia son competentes para conocer los asuntos relativos al Código de los Niños y Adolescentes, al Libro Tercero del Código Civil y demás normas concordantes, complementarias o conexas, siempre y cuando no exista mandato imperativo en contrario, observando la regulación procesal predeterminada por la Ley en cada caso concreto”³⁰⁶. Vale indicar, que la salvedad contenida en la Resolución Administrativa N°

³⁰⁴ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Los alimentos de menores en la experiencia del Distrito Judicial de Lima”, en: Ensayos de Derecho de Familia. Lima, Rhodas, 1997, pp. 425-426.

³⁰⁵ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Juzgados de Familia”, en: Ensayos de Derecho de Familia. Lima, Rhodas, 1997, pp. 283-284.

³⁰⁶ Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, “Juzgados de Familia”, ob. cit., p. 286.

28-96-P-CSJL sobre la existencia de mandato imperativo en contrario, determinaron que los Juzgados de Paz Letrados continuaran conociendo de las pretensiones alimentarias de niños y adolescentes, cuando el vínculo familiar está acreditado, en virtud de la Ley N° 26324. No obstante, esta “ampliación” de la competencia por razón de la materia para los Juzgados de Familia, establecida por una Resolución Administrativa, vulnera el principio de legalidad de la competencia, debido a que el Código Procesal Civil señalaba que sean de conocimiento de los Juzgados Civiles los asuntos relativos al derecho de familia, normas que —en ese momento— seguían vigentes y que, por lo tanto, solo podían ser modificadas por otra disposición de rango legal³⁰⁷.

En consecuencia, las mesas de partes, tanto de los Juzgados Civiles como de los Juzgados de Familia, vinieron recibiendo demandas sobre cuestiones referidas al derecho de familia. Esto generó contiendas de competencia y, también, la expedición de sentencias por órganos jurisdiccionales incompetentes, perjudicando gravemente “los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva”, creando una situación de inseguridad jurídica, no solo en el Distrito Judicial de Lima, sino, además, a nivel nacional. Por ello, aparece la Ley N° 26819 en junio de 1997, que concretiza a nivel de Ley el acierto de modificar la denominación de los Juzgados de Niños y Adolescentes por el de Juzgados de Familia; regularizándose esta situación, haciéndose coherente la materia a juzgar con el órgano competente para su conocimiento³⁰⁸.

Con la Ley N° 26819, se modifica el artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precisando que los Juzgados de Familia conocen: “1. De los asuntos en materia tutelar que comprende la investigación, protección y asistencia de niños y adolescentes en estado de abandono, peligro moral y otras situaciones que señala la Ley; la investigación y aplicación a favor de

³⁰⁷ El respeto al principio de legalidad de la competencia determinó que “los Juzgados de Familia únicamente son competentes para conocer los casos señalados en los artículos 184 y 186 del Código de los Niños y Adolescentes. Siendo así, las normas de competencia de los juzgados Civiles contenidas en el Código Procesal Civil continúan inalterables y, por tanto, vigentes”, en: PLÁCIDO VILCACHAGUA, “Juzgados de Familia”, ob. cit., p. 289.

³⁰⁸ El Proyecto de Ley N°1619/96-GR fue presentado el 9 de agosto de 1996, por la Congresista Ivonne Susana Díaz Díaz bajo el título “Ley que modifica el nombre de los Juzgados de Niños y Adolescentes por el de Juzgados de Familia”.

niños y adolescentes, por actos reprobados por la Ley; y, de los demás asuntos preventivos y tutelares que determina la Ley; 2. De los asuntos en materia civil que comprende las relaciones jurídicas reguladas por el Código del Niño y del Adolescente, como por el Libro Tercero del Código Civil; y de los asuntos previstos en las normas especiales vinculadas a las dos anteriores”. En esta disposición, hay una gran omisión como la referencia a las materias relativas a las infracciones a la ley penal cometidas por niños y adolescentes. La crítica a esta norma señalaba que tal definición de la competencia por razón de la materia no respondía a la naturaleza de las relaciones jurídicas emergentes del estado de familia. Pues en el Derecho de Familia se trata la relación paterno-filial y las instituciones protectoras de incapaces, estas cuestiones también deben quedar comprendidas; como también deben incluirse los asuntos relativos a niños y adolescentes contenidas en el Código de los Niños y Adolescentes.

En atención a lo anterior, en julio de 1999 se da la Ley N° 27155 denominada “Ley que regula la competencia de los Juzgados y Fiscalías de Familia y modifica diversos artículos de la Ley Orgánica del Poder judicial, Ley Orgánica del Ministerio Público, Código Procesal Civil y Código de los Niños y Adolescentes”. Esta ley modificó el artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precisando la competencia de los Juzgados de Familia en materia civil, tutelar y de infracciones. En asuntos de niños y adolescentes, estableció lo siguiente:

a) En materia civil, las pretensiones de impugnación y reclamación de la filiación matrimonial y extramatrimonial; de suspensión, pérdida o restitución de la patria potestad; tenencia; régimen de visitas; alimentos de mayores de edad y de niños y adolescentes, cuando no exista prueba indubitable del vínculo familiar; licencia para enajenar u obligar bienes; intereses difusos; autorizaciones para viaje.

b) En materia tutelar, las pretensiones sobre investigación tutelar, adopción en casos de excepción, contravenciones, tutela, colocación familiar, consejo de familia.

c) En materia de infracciones, las cometidas por niños y adolescentes como autores o como partícipes de un hecho punible como delito o falta.

Este cuerpo legal también modificó el artículo 145 del Código de los Niños y Adolescentes, para incorporar expresa y formalmente a los juzgados de Paz Letrados en la justicia especializada en niños y adolescentes. Por ello, dispuso: “La potestad jurisdiccional del Estado en materia familia se ejerce por las Salas de Familia, los juzgados de Familia y los Juzgados de Paz Letrados en los asuntos que la Ley determina. En casación resolverá la Corte Suprema”. De otro lado, se reformó el artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder judicial con el fin de definir la competencia por razón de la materia de los juzgados de Paz Letrado: “a) Las acciones relativas al derecho alimentario y el ofrecimiento de pago y consignación de alimentos, siempre que exista prueba indubitable del vínculo familiar y no estén acumuladas a otras pretensiones en la demanda; y, b) La oposición al matrimonio, de la confirmación del matrimonio anulable del impúber y de la conformación y funcionamiento del consejo de familia para un incapaz mayor de edad.” No obstante, la confirmación del matrimonio anulable del impúber se puede realizar cuando este cumple la mayoría de edad, de acuerdo con el inciso 1 del artículo 277 del Código Civil, por lo que el único asunto en materia de niños y adolescentes que conocían los Juzgados de Paz Letrados es lo referido a los alimentos, cuando el vínculo familiar está acreditado.

Este panorama se mantuvo con la Ley N° 27337 que aprobó el nuevo Código de los Niños y Adolescentes, derogando el Decreto Ley N° 26102; salvo en lo que se refiere a la adopción en casos de excepción, que expresamente calificó este asunto como una materia de contenido civil, de acuerdo con el inciso d) de su artículo 160. Más adelante, la Ley N° 28439, denominada “Ley que simplifica las reglas del proceso de alimentos” modificó el “artículo 96 del Código de los Niños y Adolescentes” para precisar la nueva competencia de los Juzgados de Paz Letrados en materia de alimentos de niños y adolescentes: “El Juez de Paz Letrado es competente para conocer la demanda en los procesos de fijación, aumento, reducción, extinción o prorrateo de alimentos, sin perjuicio de la cuantía de la

pensión, la edad o la prueba sobre el vínculo familiar, salvo que la pretensión alimentaria se proponga accesoriamente a otras pretensiones”. En concordancia, se modificó el artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De otro lado, la Ley N° 28457 reformó el artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al disponer que los Juzgados de Paz Letrados conozcan “de las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402, inciso 6 del Código Civil”.

De esta forma, se define la competencia por razón de la materia en asuntos de niños y adolescentes:

a) En materia civil, las pretensiones de impugnación y reclamación de la filiación matrimonial y extramatrimonial; adopción en casos de excepción; de suspensión, pérdida o restitución de la patria potestad; tenencia; régimen de visitas; licencia para enajenar u obligar bienes; intereses difusos; autorizaciones para viaje. Todas estas cuestiones son de conocimiento de los Juzgados de Familia.

Los Juzgados de Paz Letrados conocen de las pretensiones de alimentos y de filiación extramatrimonial, cuando se invoca el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil.

b) En materia tutelar, las pretensiones sobre investigación tutelar, contravenciones, tutela, colocación familiar, consejo de familia.

c) En materia de infracciones, las cometidas por niños y adolescentes como autores o como partícipes de un hecho punible como delito o falta.

3.2.2. La Aplicación del Control de Convencionalidad en la Resolución de Conflictos de niños y Adolescentes

3.2.2.1. La Aplicación del Control de Convencionalidad en los Procesos de Impugnación de la Filiación Matrimonial y Extramatrimonial

“En particular, el artículo 7.1 de la Convención consagra el derecho del niño, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Dicho derecho supone ante todo la protección del individuo frente a acciones

contrarias a su dignidad. Por ende, se puede afirmar que el interés directamente protegido en este derecho se concreta en un interés o derecho de todo niño a su identidad biológica, como expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares”³⁰⁹.

“En el marco internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño hace mención al reconocimiento del derecho a conocer a los padres, que puede considerarse comprendido en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A su vez, es reconocido y protegido en la Constitución de 1993, como vinculado al derecho a la identidad a que se refiere el artículo 2.1. No obstante, ambos textos citados no proporcionan un concepto de lo que haya de entenderse por conocimiento de la filiación ni establecen los criterios necesarios para proceder a definir su contenido esencial. Pese a ello, es evidente que los mismos no declaran como fundamental un derecho vacío de contenido, por el contrario, este deberá tener un contenido mínimo y necesitado de protección.

En esencia, el derecho a conocer a los padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad”.

“En razón de ello, cada niño, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial. Cada niño podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien biológicamente lo sea, puesto que dispondrá de unos medios que el Derecho pondrá a su alcance y que son fundamentalmente las acciones de filiación para rectificar la situación que vive si no está conforme con ella, es decir, para dejar de estar unido con quien no tiene lazo carnal alguno, o para comenzar a estarlo si legalmente tal unión no consta.

En lo referido a su naturaleza, el derecho a conocer a los padres como un derecho subjetivo de defensa, están pensados para las relaciones entre

³⁰⁹ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

particulares y son oponibles frente a terceros. Además, por una parte, este derecho lleva consigo unas obligaciones positivas a cargo del Estado, y, por otra, este derecho implica determinadas exigencias institucionales o procedimentales. Por ende, el derecho a conocer a los padres ha de proteger, en primer lugar, frente a las posibles disposiciones legales que lo hagan ineficaz por desconocer su contenido esencial aquellas que impidan u obstaculicen que una persona sea tenida como hijo de quien biológicamente son sus progenitores, y, en segundo lugar, se necesita brindarle una protección positivizada civil, administrativa o penal, que garantice este derecho no solo frente a los eventuales ataques que provengan del poder público, sino también frente a los provenientes de los particulares”³¹⁰.

“Desde una postura objetiva, el derecho a conocer a los padres se constituye como un criterio hermenéutico preferente a tener en cuenta en todo el proceso de creación o aplicación del Derecho. Viene a ser vinculante para el legislador tanto en su contenido esencial como en la creación, interpretación y aplicación del resto de las normas del ordenamiento jurídico. Por lo mismo, el derecho a conocer a los padres, al igual que cualquier otro derecho fundamental, solo podrá ser desarrollado mediante ley que en todo caso no afecte su contenido esencial. De esto se desprende que las limitaciones que el legislador pueda imponer al ejercicio de este derecho están a su vez limitadas desde un punto de vista formal y material”³¹¹.

“En cuanto al concepto del derecho a conocer a los padres, se pueden distinguir al menos dos posturas. De un lado, aquélla que nace de una interpretación restrictiva del término, identificando al conocimiento del origen biológico con el sistema restringido de investigación de la filiación. De otro lado, una segunda vía de interpretación”³¹², que podría denominarse amplia, en la que se intenta establecer un contenido autónomo del conocimiento del origen biológico cercano a la idea de dignidad y dentro de un sistema abierto de investigación de la filiación.

³¹⁰ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

³¹¹ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

³¹² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “La interpretación de la Constitución”, en: Revista de las Cortes Generales. Madrid, 1984, p. 91.

Por tanto, las acciones de filiación, como “manifestaciones concretas del derecho del niño a conocer a sus padres, participan del mismo carácter imprescriptible e irrenunciable de este derecho, el cual, para su cabal ejercicio, requiere abandonar el sistema de causales determinadas para ejercitar tales acciones. Esto es así, al comprobar que la realidad social imperante ha desbordado la previsión legislativa, en aquellos países en los que rige tal sistema, provocando situaciones discriminatorias, por cuanto solo pueden ejercer tales pretensiones quienes se encuentren incursos en alguna de las causas legales. Para eliminar tales circunstancias indeseables, el sistema de causales indeterminadas rige justamente para que todo supuesto de hecho demostrable fundamente el reclamar o impugnar la filiación matrimonial y no matrimonial”³¹³.

Por lo anterior, “el derecho a conocer a los padres viene a ser un derecho fundamental de la infancia, que se sustenta en el reconocimiento de que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño, se confirma su carácter *intuitu personae*, resultando irrenunciable e imprescriptible”³¹⁴.

Asimismo, cabe resaltar tres puntos adicionales. En el primer caso, el artículo 7 no menciona al “interés superior del niño”, solo la expresión “en la medida de lo posible” que parece contener una limitación más estricta y menos subjetiva que la del “interés superior”. Esto podría implicar que “el niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres si ello es posible, incluso si se considera que va en contra de su interés. Si bien es evidente que al niño solo se le puede negar el derecho a saber quiénes son sus padres en

³¹³ PLACIDO, Alex. “Derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor –o de los herederos de este- en la investigación de la filiación”, en: *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 59. Lima, 2003, pp. 79-129,

³¹⁴ PLACIDO, Alex. “Derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor –o de los herederos de este- en la investigación de la filiación”.

su interés superior, cuando las circunstancias que motivan dicha negativa son las más extremas e inequívocas”³¹⁵.

“En el segundo caso, el *interés superior* no está definido en ninguna parte y no hay una respuesta sencilla a la pregunta de si es más perjudicial para el interés superior del niño facilitar la información *dolorosa* sobre sus orígenes o negarle esa información porque puede causarle dolor.

En el tercer caso, los artículos 5 (evolución de facultades del niño) y 12 (respeto a las opiniones del niño) de la Convención sugieren que la determinación de lo que es, o no es, el interés superior del niño, en cuanto al conocimiento de sus orígenes, es un problema que pueda plantearse en diferentes etapas de su vida. El interés superior de un niño de seis años en relación con este asunto puede ser muy distinto al interés superior de uno de dieciséis”.

Por todo ello, es oportuno revisar el régimen de filiación previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil de 1984. El primero dispone que “el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”. El segundo establece que “si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable”.

Con lo anterior, se busca proteger a los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio, impidiendo que terceros ajenos a la familia matrimonial afecten la tranquilidad de los hogares. Al efecto, en el régimen de filiación se precisa que la autonomía privada no puede, por sí sola, enervar los efectos de la presunción de paternidad matrimonial (artículo 362 del Código Civil: “el hijo se presume matrimonial aunque la mujer declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”); se contempla un plazo de caducidad, muy breve, para el ejercicio de la pretensión impugnatoria de la paternidad

³¹⁵ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

matrimonial (artículo 364 del Código Civil: “la acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente”); se precisa que el único legitimado para demandar la impugnación de la paternidad matrimonial es el marido (artículo 367 del Código Civil: “la acción para contestar la paternidad corresponde al marido”); y, se precisa que cuando concurren el título de estado que dan las partidas de matrimonio y nacimiento con la posesión constante de estado, la filiación matrimonial no puede ser impugnada por nadie, ni aún por el mismo hijo (artículo 376).

La base de este régimen de filiación responde al principio de protección del tipo de familia que adopta el Código Civil de 1984 por mandato imperativo de la Constitución de 1979: la protección de la familia matrimonial. En virtud de ello, la protección también comprende a los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio.³¹⁶ No obstante, de acuerdo a los postulados de la Constitución de 1993 y de la Convención sobre los Derechos del Niño, tales disposiciones resultan incompatibles con estas normas de mayor jerarquía. En efecto, de la confrontación de los artículos 4 y 5 de la Constitución de 1993, el modelo de familia constitucionalmente garantizado es aquella comunidad de vida que surge de la convivencia de parejas heterosexuales, sean estas casadas o no³¹⁷. Siendo así, el mandato de protección abarca tanto a la familia que nace del matrimonio como a la que surge de una unión estable. De esta manera, ya no subsiste el fundamento de la restricción.

Por otro lado, de acuerdo al artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el ejercicio de los derechos específicos de la infancia debe ser reconocido a todo niño, niña o adolescente, sin distinción alguna, sin considerar cualquier condición referida al estado civil de los padres o al origen de la filiación, resulta evidente que la realización del derecho del niño a conocer a sus padres no puede estar supeditado a si los padres estaban o

³¹⁶ Vid. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 289.

³¹⁷ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “La delimitación jurídica del concepto de familia”, en: Actualidad Jurídica N° 140, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p. 277.

no casados al tiempo de la concepción. La aceptación de la aludida restricción provocaría que, para el hijo, “la presunción de paternidad matrimonial se tornase absoluta. Por eso, no es posible sostener que el ejercicio del derecho del hijo a conocer a sus padres esté supeditado al ejercicio previo del derecho del marido a impugnar su paternidad”³¹⁸.

A su vez, el principio del interés superior del niño requiere ponderar preferentemente el derecho del niño a conocer a sus padres, quedando en un segundo plano el derecho a la intimidad del marido de la madre.

Teniendo en cuenta lo anterior, si se pretende reclamar la paternidad extramatrimonial para el hijo de una mujer casada, se debe acumular la pretensión de impugnación de la paternidad matrimonial, por establecerla así la ley y, por tanto, emplazar también al marido. En el caso de la impugnación de la paternidad matrimonial, el inciso 5 del artículo 363 del Código Civil contiene idéntica causal a la prevista en el inciso 6 del artículo 402; por tanto, para ambas pretensiones, el resultado de la prueba de ADN resulta concluyente. En ese sentido, deben inaplicarse los incisos 1 y 3 del artículo 85 del Código Procesal Civil por la primacía de las disposiciones de rango constitucional citadas, con el propósito de hacer lugar a la acumulación objetiva de pretensiones. De esta manera, se promueve efectivamente el derecho del niño a conocer a sus padres.

“Resulta oportuno revisar el proceso de filiación regulado por la Ley N° 28457, a fin de comprobar su conformidad con la Convención sobre los derechos del Niño. Es claro que, la Ley N° 28457 es una ley especial que determina la competencia y la vía procedimental solo para las pretensiones de reclamación de la paternidad extramatrimonial que se sustenten en el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil”³¹⁹. “En principio, con esta norma, la madre que tenga interés en obtener una declaración de paternidad para su hijo podrá pedirla a un Juez de Paz Letrado, quien estará en la obligación de

³¹⁸ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Filiaciones incompatibles”, en: suplemento Derecho y Economía, del Diario Oficial El Peruano. Lima, 29 de marzo de 2004, p. B- 10.

³¹⁹ PÉREZ LUÑO, La interpretación de la Constitución, cit., p. 115.

extender una resolución declarando la filiación dada. La filiación quedará consentida si, en 10 días de haber sido notificado válidamente, el emplazado no expresa su oposición. En tanto que, si el supuesto progenitor se opone al pedido de filiación se someterá obligatoriamente a una prueba de sus muestras genéticas (ADN)".

Para conocer estas pretensiones, la competencia le corresponde al Juzgado de Paz Letrado, mientras que, en apelación, el Juez de Familia resolverá lo pertinente. Es claro, que las demás pretensiones de reclamación de la paternidad extramatrimonial que se sustenten en los incisos 1 al 5 del artículo 402 del Código Civil seguirán siendo de conocimiento, en primera instancia, del Juez de Familia y, en vía de apelación, de la Corte Superior³²⁰.

En puridad, "el literal reconocimiento del derecho del niño a conocer a sus padres determina que se esté ante un principio rector de todo un sistema jurídico de filiación dotado de plena eficacia. Con ello, hay que dejar de lado la diversificación de filiaciones en función del matrimonio o no de los padres, los diferentes derechos atribuidos a los nacidos en razón del tipo de filiación asignada, la imposibilidad en muchos casos de entablar un pleito con objeto de llegar a tener conocimiento de los verdaderos progenitores".

"Se debe abrir a un nuevo orden donde no solo se produce una variación sustancial en la terminología al uso, sino todo un cambio en la conceptualización de la filiación no surgida de matrimonio, y donde, por encima de toda la disciplina jurídica de la filiación: cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres estén o no unidos entre sí por vínculo matrimonial. Cada sujeto podrá figurar como padre o como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien biológicamente lo sea, puesto que dispondrá de unos medios que el Derecho pone a su alcance y que son fundamentalmente las acciones de filiación para rectificar la situación que

³²⁰ Vid. GARCÍA TOMA, Víctor. La ley en el Perú. Elaboración, interpretación, aplicación e integración. Lima, Grijley, 1995, p. 174.

vive sin no está conforme con ella, es decir, para dejar de estar unido con quien no tiene lazo carnal alguno, o para comenzar a estarlo si legalmente tal unión no consta”³²¹.

De lo anterior, el derecho del niño a conocer a sus padres, ejercitado en un proceso, conlleva a que sea falaz acudir al argumento de la intimidad personal: engendrar un hijo es una acción privada autorreferente solo en cuanto a la decisión procreativa originaria. De ahí que, “concebido el hijo, una supuesta intimidad o privacidad ni el padre, ni la madre, ni ambos en común no pueden alegarse para frustrar los derechos del hijo ni durante su gestación, ni después de nacido. Entre sus derechos con sustento constitucional se halla el de conocer y emplazar su estado filiatorio, con todas las búsquedas previas incluso de tipo biológico que se enderezan a ese objetivo. En concreto, el derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad, y en caso de contraposición entre ambos derechos, debe preferirse el primero en atención a la finalidad protectora que este sugiere”³²².

Por dichas razones, ni el derecho a la integridad como tampoco el derecho a la libertad del presunto demandado puede alegarse para evitar el derecho del hijo a conocer a sus padres³²³. Pero, en la Ley N° 28457 existen normas que impiden el fin perseguido de promover el derecho del niño a conocer a sus padres. Esto ocurre, cuando se impone a la parte demandante el pago del costo de la prueba de ADN: “El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el

³²¹ “El principio que permite que los niños tengan especial tutela por su vulnerabilidad se considera expresa o implícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 8 y 16; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 11 y 19; Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículos 23 y 24; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10)”.

³²² Vid. BIDART CAMPOS, Germán, “La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación”, en: Diálogo con la Jurisprudencia. Año III. N.º 5. Lima, Gaceta Jurídica, 1997, p. 240.

³²³ Las pruebas biológicas no vulneran el derecho de la persona a su integridad. Vid. DE CASTRO GARCÍA, Jaime, La investigación de la paternidad, Madrid, Colex, 1992, pp. 34 y ss.

auxilio judicial a que se refiere el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil” (artículo 2, primer párrafo). Este punto se constituye en una barrera económica que frustra el derecho fundamental invocado para las partes demandantes que, en la mayoría de los casos, no cuentan con los recursos suficientes para atender aquella obligación.³²⁴ A la luz del artículo 6 de la Constitución, es evidente que el costo de la prueba corresponde ser asumida por el presunto padre. Por el principio de jerarquía normativa de la Convención sobre los Derechos del Niño, se sustenta este proceder, para inaplicar lo previsto en el artículo 2 de la Ley N° 28457. En esta línea, la Ley N° 29821 reformó el artículo 2 de la Ley N° 28457, al precisar que “el costo de la prueba es abonado por la parte demandada en el momento de la toma de las muestras o puede solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil”.

Existe otra norma que impide el propósito perseguido por la Ley N° 28457 de promover el derecho del niño a conocer a sus padres, como la referida a la modificación producida al inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, conforme al cual la posibilidad de acreditar el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba de ADN “no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad”.

La base de esta restricción reside también a la conservación del principio de protección del tipo de familia a que sigue el Código Civil de 1984, por mandato imperativo de la Constitución de 1979: la protección de la familia matrimonial. Por ello, la protección también comprende a los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio. En consecuencia, “si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable” (artículo 404 del Código Civil). Es evidente, que esta norma contiene una ponderación a favor del derecho a la intimidad del marido, sin considerar el derecho del niño a conocer a su padre.

³²⁴ Vid. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “El derecho humano al nombre e identidad de los hijos e hijas con padres sin vínculo matrimonial”, en: El derecho al nombre e identidad. 3 estudios. Oxfam, Lima, 2006, p. 134.

Al tenor de los postulados de la Constitución de 1993 y de la Convención sobre los Derechos del Niño, tal restricción resulta ser incompatible con estas normas de mayor jerarquía. De la confrontación de los artículos 4 y 5 de la Constitución de 1993, el modelo de familia constitucionalmente garantizado está referido a aquella comunidad de vida que surge de la convivencia de parejas heterosexuales, sean estas casadas o no³²⁵. Siendo así, el mandato de protección abarca tanto a la familia que nace del matrimonio como a la que surge de una unión de hecho. De esta manera, ya no subsiste el fundamento de la restricción.

De otro lado, de acuerdo al artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el ejercicio de los derechos específicos de la infancia deben ser reconocidos a todo niño, niña o adolescente, sin distinción alguna, independientemente de cualquier condición referida al estado civil de los padres o al origen de la filiación, resulta evidente que la realización del derecho del niño a conocer a sus padres no puede estar supeditado a si los padres estaban o no casados al tiempo de la concepción. La aceptación de la aludida restricción provocaría que, para el hijo, “la presunción de paternidad matrimonial se tornase absoluta. Por eso, no es posible sostener que el ejercicio del derecho del hijo a conocer a sus padres esté supeditado al ejercicio previo del derecho del marido a impugnar su paternidad”³²⁶.

Asimismo, el principio del interés superior del niño requiere ponderar con preferencia el derecho del niño a conocer a sus padres, dejando en un segundo plano el derecho a la intimidad del marido de la madre.

De igual manera, cuando se busque reclamar la paternidad extramatrimonial para el hijo de una mujer casada, se debe acumular la pretensión de impugnación de la paternidad matrimonial por establecerla la ley y, por ende, emplazar también al marido. En caso de la impugnación de la paternidad matrimonial, el inciso 5 del artículo 363 del Código Civil contiene idéntica causal a la prevista en el inciso 6 del artículo 402. Por ende, para ambas

³²⁵ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “La delimitación jurídica del concepto de familia”, en: Actualidad Jurídica N° 140. Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p. 277.

³²⁶ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Filiaciones incompatibles”, en: Suplemento Derecho y Economía del Diario Oficial El Peruano, Lima, 29 de marzo de 2004, p. B-10.

pretensiones, el resultado de la prueba de ADN resulta concluyente. En esta línea, deben inaplicarse los incisos 1 y 3 del artículo 85 del Código Procesal Civil por la prevalencia de las disposiciones de rango constitucional citadas, con el propósito de hacer lugar a la acumulación objetiva de pretensiones. Así, se promueve efectivamente el derecho del niño a conocer a sus padres.

Un último aspecto que tiene gran discusión en la doctrina, es lo referido a la Ley N° 28457, que vulnera o no el derecho al debido proceso del demandado, que se manifiesta, en primer lugar, cuando en su artículo 1 se dispone que “quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad” puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida auto admisorio declarando la filiación demandada; ante la cual, si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de 10 días de haber sido notificado válidamente, “el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad”. Es así que, por el solo dicho de la parte demandante, sin que medie ningún principio de prueba, sin posibilidad de contradecir la demanda ni ofrecer medios probatorios, quedará determinada la paternidad extramatrimonial. Un punto adicional es que, la Ley N° 29821 agrega que en un proceso de reclamación de la paternidad extramatrimonial al amparo del inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, se podrá acumular como pretensión accesoria, la fijación de la pensión de alimentos.

“Respecto al artículo 1, es posible señalar que se requiere de un conjunto de elementos fácticos y probatorios, para atribuir significación a la repulsa del supuesto progenitor, los que deben acreditar y no dejar duda sobre la existencia de relaciones sexuales entre los interesados como hipotéticos progenitores, de las que se deduzca con racional certeza el hecho de la concepción. De otro lado, en el supuesto que la prueba de ADN es determinante para la acreditación de una única relación sexual aislada, un acceso ocasional, es evidente que un solo encuentro no puede constituir, por carecer de continuidad, concubinato con la madre en la época de la concepción para dar paso a la presunción a que se refiere el artículo 402, inciso 3, del Código Civil; por ello no ofrece las garantías mínimas para

poder presumirse la paternidad. En concreto, al margen de la convivencia more uxorio durante el período indicado entre la madre y el presunto padre, nada evita que el embarazo pueda originarse como fruto de una relación sexual mantenida en una sola ocasión o, inclusive, de relaciones sexuales esporádicas. En esta situación, cobrará importancia el resultado de las pruebas biológicas que, sin duda, propondrá la madre demandante al amparo del artículo 402, inciso 6, del Código Civil. En dichos casos, la prueba de ADN es el único medio probatorio y se justifica su aplicación³²⁷.

Debido a lo anterior, con el propósito de promover efectivamente el derecho del niño a conocer a sus padres sin afectar el debido proceso, el Juzgador debe constitucionalizar el proceso a que se refiere la Ley N° 28457, requiriendo a la parte demandante la provisión de elementos probatorios que generen convicción sobre la relación entre los adultos y el acto procreativo, además de ofrecer la prueba de ADN; permitir que el demandado ejerza su derecho de defensa, contradiciendo la demanda con la oposición y ofreciendo medios probatorios; entendiendo que la actuación de la prueba de ADN resulta obligatoria a todas las personas involucradas en el proceso; y, declarando la paternidad extramatrimonial no solo por el dicho de la parte demandante, sino además por el conjunto de elementos que han concurrido en el proceso. En esencia, si en la demanda se alega que la concepción del hijo es resultado de un único y esporádico acto sexual, no cabe duda que debe procederse conforme a las previsiones de la Ley N° 28457 por atender, en tal supuesto, de mejor manera al principio del interés superior del niño.

“En síntesis, toda persona tiene derecho a indagar su filiación, a conocerla, a emplazarla, a recibir para ello tutela jurisdiccional efectiva; pero dentro del marco de los medios probatorios que no implican violación inconstitucional a los derechos de la contraparte³²⁸. “Así, en caso de colisión entre derechos, la vigencia y consolidación de los derechos humanos está centrada en la necesidad de armonizarlos o concordarlos justificadamente en las normas,

³²⁷ PLÁCIDO, Alex. "El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor -o de los herederos de éste- en la investigación de la filiación".

³²⁸ BIDART CAMPOS, "La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación", cit., p. 243.

en los principios y en la axiología del sistema. Esto es, las respuestas más razonables en orden a los valores e intereses en juego, ya se trate de plasmarla en norma general (ley en sentido amplio) o particular (sentencia). Por todo ello, se debe considerar que el ejercicio del derecho del niño a conocer a los padres no escapa a la problemática que se traduce en derechos humanos reconocidos versus efectiva operatividad. En consecuencia, el control de proporcionalidad, sistemático y objetivo, asegurará un sistema de vigencia práctica de aquellos”³²⁹.

3.2.2.2. La Aplicación del Control de Convencionalidad en el Proceso de Alimentos

En particular, el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su pleno desarrollo. “En virtud a dicha norma de rango constitucional al enumerar los distintos componentes del pleno desarrollo (físico, mental, espiritual, moral y social), es claro que lograr un nivel de vida adecuado, no solo requiere satisfacer las necesidades básicas de nutrición, vestuario y vivienda”³³⁰.

“De esta forma, este derecho de la infancia tiene su efectividad reconocida en la familia y el Estado sobre la base de los principios de solidaridad y de subsidiariedad. Así, se postula que su aplicación corresponde en primer lugar a los padres y a las personas encargadas de satisfacer las necesidades del niño, dentro de sus posibilidades y medios económicos; precisándose que el Estado debe ayudar a los padres y a las personas encargadas de satisfacer las necesidades del niño y, en caso ellos no puedan hacerlo, debe intervenir proporcionando asistencia material de acuerdo a las condiciones nacionales y conforme a sus medios.

Desde esta óptica, el derecho alimentario es parte del contenido del derecho a un nivel de vida adecuado, lo que evidencia que la obligación alimentaria

³²⁹ PLÁCIDO, Alex. "El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor -o de los herederos de éste -en la investigación de la filiación"

³³⁰ “Al no existir norma expresa en la Constitución, el Tribunal Constitucional ha expresado el rango constitucional de los tratados de derechos humanos, por la especial integración normativa e interpretativa de los mismos al derecho interno peruano”. Vid. Caso Gobierno Regional de San Martín. STC 047-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006, fundamento jurídico 61.

paterna se asienta en el vínculo parental que existe con el hijo, en tanto tal prestación está comprendida entre las derivadas de dicha relación. De esta forma, se reconoce que el deber alimentario paterno y, por extensión de los responsables financieros del niño, constituye uno de los elementos de mayor incidencia en el desarrollo personal del menor, por lo que se requiere que tal conducta legal debe ser constantemente observada por los organismos de tutela y ser requerida al responsable cuando se evidencia una insuficiente o inexistente prestación”³³¹.

“En consecuencia, uno de los problemas que más inciden para impedir o entorpecer el pleno desarrollo del niño está conformado por la inobservancia paterna del deber de asistencia en su aspecto alimentario, aspectos de indudable trascendencia en atención a los requerimientos propios del sujeto alimentado, al tratarse de menores de edad y en razón de sus particularidades sobre la necesidad de conformar su evolución psicofísica.

En este marco, la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados la instrumentación de los medios para obligar al renuente u omisivo a cumplir con dicho deber.

“El inciso 4 del citado artículo 27 postula la adopción de normas que traten con mayor energía la deserción alimentaria, por ende, deben preverse mecanismos que faciliten el acceso a la justicia; debe eliminarse la ritualización procesal que afecta la urgencia alimentaria; y, deben adoptarse estrategias de control judicial y social que garanticen la efectividad de la prestación. En última instancia, en tales medidas que se adopten para desalentar el incumplimiento del deber alimentario paterno, se debe poner especial cuidado en subrayar que un aspecto fundamental es el interés superior del niño.

En atención a ello, cabe revisar el proceso de alimentos regulado por el Código Procesal Civil, modificado por las Leyes N° 28439, 29279, 29486 y

³³¹ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

29803 con el propósito de comprobar su conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño”³³².

“Un primer punto reside en la presentación de copia legible del documento de identidad del representante legal y copia certificada de la partida de nacimiento del niño o adolescente para la admisión de la demanda de alimentos, conforme lo dispone los incisos 1 y 4 del artículo 425 del Código Procesal Civil. Este requisito se presenta como una barrera formal que frustra el derecho alimentario de los niños, niñas y adolescentes, si se tiene en cuenta que más de dos millones de peruanos no tienen documentos de identidad (DNI) y, por ende, tampoco tienen partida de nacimiento, pues sin ellos no tienen acceso a ningún reclamo legal. Al respecto, debe recordarse que la falta de inscripción del nacimiento de un niño no autoriza en modo alguno que se desconozcan o nieguen los derechos que le corresponde como ser humano, que son inherentes a su condición humana”³³³.

Tiene relación con lo anterior, “la falta de reconocimiento de la filiación en la partida de nacimiento que se presente con la demanda, tratándose del pedido de alimentos que efectúa un hijo extramatrimonial. La deducción de la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante, a que se refiere el inciso 3 del artículo 446 del Código Procesal Civil, no puede frustrar el derecho alimentario del niño; más aún, si cuando se formula tal excepción no existe cuestionamiento de fondo a la relación filial, sino simplemente el argumento puramente formal de la falta de reconocimiento expreso de tal relación filial. En dicho supuesto, corresponde otorgar un breve plazo para que se cumpla con efectuar el reconocimiento posterior a fin de subsanar la omisión.

³³² “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

³³³ “Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. STC 2273-2005-PHC/TC del 20 de abril de 2006, fundamento jurídico 20. El Tribunal Constitucional alude a un caso de prestación de alimentos resuelto por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Exp. N° 462-2003 Cajamarca), que fue revisado por dicha Sala por haberse contravenido las normas que garantizan el debido proceso, vulnerando normas de carácter imperativo y perjudicado el derecho a accionar de una menor alimentista, privándola de la tutela jurisdiccional efectiva por no haber sido registrada en los registros civiles, preexistencia que no puede negarse porque el certificado médico de nacimientos acredita que nació viva y que, como tal, es sujeto de derecho”. “Sala consideró que el solo nacimiento de la persona le otorga titularidad sobre los derechos que le corresponden, según el Código Civil, sin que sea requisito la inscripción del nacimiento, y que debe considerarse el interés superior del niño y el adolescente”.

Otro punto formal, es el formato único de demanda de alimentos que se distribuye gratuitamente de acuerdo con la Única Disposición Complementaria de la Ley N° 28439. Cabe precisar que la utilización del referido formato único es facultativa del demandante, quien bien puede presentar su demanda en la forma que establece la norma procesal. Es claro, que cuando se utiliza el formato único, este debe adaptarse a la realidad social del niño, niña o adolescente que peticona los alimentos.

Un punto relevante está referido a las barreras lingüísticas. Pese a que la Constitución proclama el derecho de todo ciudadano a expresarse en su idioma y que la Convención sobre los Derechos del Niño también exige reconocer la identidad cultural del niño con derecho a un intérprete, la administración de justicia (como el resto de la administración estatal) se realiza exclusivamente en castellano”³³⁴.

“Existen en el Perú 67 idiomas indígenas, de los cuales los principales son el quechua, hablado por unos ocho millones de peruanos y el aymara hablado por medio millón. La situación es grave para casi dos millones de personas que no hablan castellano y por ende se ven totalmente excluidos de la administración de justicia. En este caso, el Juzgado de Paz Letrado no puede perder la óptica que los casos sujetos a su conocimiento en los que estén involucrados niños y adolescentes deben ser tratados desde la óptica de los derechos humanos. Esto obliga proveer de un traductor durante toda la secuela del proceso que garantice los derechos del alimentista y permita una comprensión de lo resuelto”³³⁵.

“Otra problemática en el proceso es la inexigibilidad de la defensa cautiva, de acuerdo a la reforma de la Ley N° 28439 hacia el artículo 164 del Código

³³⁴ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

³³⁵ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

de los Niños y Adolescentes. Esto significa que, no es exigible el concurso de abogado para los casos de alimentos, tanto para la presentación de la demanda como durante la tramitación del proceso, no obstante, esta situación provoca que el proceso sea más costoso en dinero y tiempo, por cuanto el desconocimiento de los litigantes en los aspectos legales conllevará a una inacción procesal al juzgado. Lo anterior generará numerosos procesos inundados de nulidades y, con ello, lo único que se habría logrado es aumentar la carga procesal en los juzgados y una dilación en el normal lapso del proceso”³³⁶. “Cabe mencionar que esto también origina un desequilibrio de las partes en el proceso, por cuanto los demandados sí se asesoran jurídicamente y participan con abogados. En dicho supuesto, el Juzgado de Paz Letrado, en su condición de director del proceso, debe tender a restablecer el equilibrio procesal y proveer de asistencia jurídica a la demandante por medio de consultorios jurídicos universitarios o de las defensorías municipales de los niños y adolescentes”.

“Para empezar el proceso de alimentos se requiere que el demandante, es decir el padre o madre que representa al niño o al adolescente, debe contar con la partida de nacimiento, su constancia de estudios en caso de que se encuentre cursando estudios, boletas o recibos de pago que corresponden a gastos que generan la subsistencia del alimentista, a todo ello hay que agregar copia de su Documento Nacional de Identidad y conocer el domicilio real donde va a ser notificado el demandado, el obligado a prestar los alimentos. Tras plantear la demanda esta se presenta a través de mesa de partes de los Juzgados de Paz Letrados quienes son los llamados a conocer esta clase de procesos. Se debe considerar que, al momento de sentenciar, el Juzgador debe apreciar la concurrencia de los requisitos de la obligación alimentaria en armonía con el principio del interés superior del niño.

En relación al estado de necesidad, este se presume respecto de niños, niñas y adolescentes, por ende, el principio del interés superior del niño

³³⁶ HERENCIA ORTEGA, Gabriela. “Un acercamiento al intento de simplificación del proceso de alimentos. Análisis y aplicación de las nuevas reglas introducidas por la Ley N° 28439”, en: Actualidad Jurídica N° 134- Lima, 2005, p. 62.

obliga al Juzgador a estimar el estado de necesidad en función de la edad y sexo del alimentista y de las condiciones de vida familiares, a fin de determinarlo en términos concretos. Para este fin, el Juzgador debe considerar las pruebas aportadas y, en su caso, ejercer las facultades de oficio para la actuación de medios probatorios adicionales que considere conveniente, conforme al artículo 194 del Código Procesal Civil.

En lo referido a la capacidad económica, el principio del interés superior del niño exige atender no solo al del niño o adolescente que requiere los alimentos sino también al del niño o adolescente, hijos del obligado a dar los alimentos; aún si la contestación a la demanda no fue admitida por no presentarse la declaración jurada de ingresos o se alegue y pruebe, posteriormente, la existencia de tales menores. De esta manera, el Juzgador al momento de graduar el monto de la pensión debe considerar a todos con la finalidad de no afectar el interés de cada uno de ellos. En particular, la pensión de alimentos que se fije no puede ser menor al total de gastos acreditados en el proceso. El monto de la pensión de alimentos no podría ser menor al costo de la pensión escolar del centro educativo, pues lo contrario, afectaría el principio del interés superior del niño. En tanto que, si ambos padres perciben ingresos económicos, corresponde distribuir proporcionalmente los gastos alimentarios del hijo de acuerdo a las posibilidades y rentas de cada progenitor”³³⁷.

“Un aspecto importante de la Ley N° 28439 es que, si el obligado tras haber sido notificado para la ejecución de la sentencia firme no cumple con el pago de los alimentos, el juez a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajó apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al fiscal provincial penal de turno con el fin de que proceda conforme a sus atribuciones. De este modo, solo se necesita que se solicite al juzgador que ha tenido conocimiento y sentenciado el juicio de alimentos que cumpla de oficio con remitir copia certificada de la liquidación de las pensiones al Fiscal de turno quien formulará la denuncia ante el Juez Penal de Turno para que

³³⁷ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

los interesados puedan apersonarse a indagar por su denuncia y la apertura de proceso”.

Para la eficacia de la sentencia existe el embargo de las remuneraciones que garantiza el cumplimiento de la obligación alimentaria. El inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil dispone literalmente que “cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el setenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley”. La frase “total de los ingresos” está referida a todo lo que se perciba, sea cual fuese la fuente que lo origina. Así, una interpretación restrictiva va contra el interés superior del niño.

En esta línea, el Tribunal Constitucional en la STC 03972-2012-PA del 27 de setiembre de 2013 ha expresado que “en materia de alimentos el concepto ingresos incluye todo lo que una persona percibe, sea cual fuere su procedencia. De modo específico, el ingreso se puede clasificar en dos categorías: ingresos ajenos a las remuneraciones e ingresos laborales. a) Los ingresos ajenos a las remuneraciones son todos aquellos que no se derivan de una relación laboral”.

b) “Los ingresos laborales son aquellos que derivan de una relación de trabajo, entre los cuales cabe mencionar los ingresos remunerativos y los ingresos no remunerativos.”

“Los ingresos remunerativos son aquellos ingresos en dinero o especie que el trabajador percibe de su empleador como contraprestación por los servicios prestados y que son de libre disponibilidad. En tanto que, los ingresos no remunerativos son aquellos que el trabajador percibe de su empleador para un fin específico, y que por ley expresa no se consideran remuneración, p. ej., gratificaciones extraordinarias, participación en utilidades, condiciones de trabajo, canasta de navidad o similares, movilidad, asignación por educación, bonificación por cumpleaños, bienes otorgados para consumo directo, gastos de representación, vestuario, viáticos, vales de

alimentos y el valor de la alimentación directa otorgada como condición de trabajo”³³⁸.

Los criterios para fijar los alimentos se establecen en el artículo 481 del Código Civil que señala que “(...) No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos”, y en el artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil que prescribe que al tratar “de garantizar obligaciones alimenticias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley. Es decir, se trata de la posibilidad de afectación sobre la totalidad (ingresos en un sentido amplio) y no como un subconjunto remuneración”. Conforme a ello, el Tribunal Constitucional precisa que “con el marco conceptual y jurídico antes precisado cabe concluir que la pensión de alimentos se debería fijar en función de los ingresos del obligado a prestarlos que incluye tanto los ingresos ajenos a las remuneraciones como los laborales, sean estos remunerativos o no, salvo evidentemente aquellas que sean condición de la propia naturaleza del servicio a prestar (como por ejemplo los viáticos y la movilidad), con los respectivos límites legales establecidos para la afectación de los ingresos del obligado a la prestación”. “Siendo las cosas del modo descrito el cálculo del monto de la pensión alimenticia tiene como objetivo fijar la cantidad que permita el sustento indispensable para que el alimentista satisfaga las necesidades básicas de subsistencia, por ello la base de dicho cálculo debe recaer en principio sobre todos los ingresos, es decir no solo los ingresos que tienen carácter remunerativo, sino también aquellos que no lo tienen, puesto que toda suma percibida es de por sí un ingreso y como tal debe ser compartida con el alimentista, por lo que la pensión debe incluir no solo la remuneración sino cualquier concepto que se le añada, a menos que se justifique razonablemente su exclusión, según el estado de necesidad evaluado”.³³⁹

“Un punto particular es el caso de los hijos alimentistas a que se refiere el artículo 415 del Código Civil, para cualquier supuesto de hecho que no

³³⁸ “Expediente 0601-2011-2801-JP-FC-02, Sentencia alimentos incluyendo utilidades”.

³³⁹ El Tribunal Constitucional en la STC 03972-2012-PA del 27 de setiembre de 2013.

encaje en el artículo 402 del Código Civil, así se contempla una simple acción a efectos de alimentos, fundada en la posibilidad de la paternidad. Vale decir, fuera de los supuestos excepcionales de investigación judicial de la paternidad, se permite al hijo extramatrimonial reclamar una pensión de alimentos hacia el varón que ha tenido relaciones sexuales con su madre, durante el período legal de la concepción; pensión que estará vigente hasta la edad de 18 años cumplidos, pudiendo subsistir si llegado a su mayoría no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. En dicho caso, la prueba de las relaciones sexuales se puede obtener de manera indirecta y de acuerdo a las circunstancias de cada caso. Se debe considerar que, se trata de un hijo extramatrimonial cuya paternidad no ha sido reconocida ni declarada judicialmente”³⁴⁰.

“Se debe señalar que, la disposición legal (artículo 415 del Código Civil) no reconoce la continuación de la obligación alimentaria para el supuesto que se siga con éxito estudios conducentes a una profesión u oficio”.

“Es evidente que, la argumentación no puede estar referida al principio de igualdad de filiación, contenido en el artículo 6 de la Constitución, desde que el hijo alimentista no tiene determinada la paternidad”³⁴¹.

Pero, “si la obligación alimentaria continua a favor del hijo matrimonial, extramatrimonial y adoptivo que sigue con éxito estudios conducentes a una profesión u oficio, es precisamente porque no cuenta aún con medios que le permitan proveer a su propia subsistencia al dedicarse a los estudios; siendo esta misma situación fáctica en la que se encuentra el hijo alimentista que estudia. Por eso, el principio de no discriminación (artículo 2) y el derecho

³⁴⁰ “Interés Superior del Niño en la interpretación del Tribunal Constitucional”.

³⁴¹ Los fallos anteriores a la Casación N° 870-06-Puno de fecha 4 de octubre de 2006, reconocían que los “hijos alimentistas” estaban comprendidos en los alcances del último párrafo del artículo 6 de la Constitución: “Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes”. Sin embargo, el principio de igualdad de filiación está referido a quienes tienen el vínculo paterno-filial ya establecido o determinado, lo que no ocurre con los hijos alimentistas. En ese sentido, la Corte Suprema señaló que: “Sostener una completa igualdad entre los hijos cuyo vínculo paterno se encuentra establecido con los hijos cuya paternidad no ha sido reconocida ni declarada judicialmente, significaría admitir que el obligado en este último caso tiene la calidad de ‘padre’ y que, por tanto, además de alimentos, el alimentista también puede reclamar herencia y otros derechos, lo que evidentemente no refleja la voluntad objetiva de la norma constitucional”. (Considerando décimo).

del niño a acceder a la enseñanza superior (artículo 28.c) de la Convención sobre los Derechos del Niño determinan considerar la continuación de la obligación alimentaria a favor del hijo alimentista que estudia con miras a una profesión u oficio. Por tanto, se conserva la naturaleza del instituto desde que se sigue dentro del ámbito puramente alimentario.

La legislación vigente ha precisado que el demandado podrá solicitar, asumiendo su costo, la aplicación de la prueba del nexo biológico; la que si diera resultado negativo, determina que quede exento de la obligación de pago de la pensión de alimentos; lo que confirma que esta pretensión se sustenta en la posibilidad de la paternidad. A su vez, puede promover un proceso de exoneración bajo el mismo argumento³⁴².

3.2.2.3. La Aplicación del Control de convencionalidad en el Proceso de Adopción en Casos de Excepción

“En particular, el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere a la adopción como la mejor solución para el niño que carece de familia, resaltando la equívoca consideración en el Código de los Niños y Adolescentes de estimar a la adopción como una medida de protección (artículo 115), debido a que, en atención a su naturaleza jurídica, aquella es una institución definitiva e irrevocable y esta es un recurso transitorio y provisional. Esto no importa desconocer que, para la Convención sobre los Derechos del Niño, la adopción se presenta como una alternativa viable en tanto se confiera primando el interés superior del niño.

De esta forma, dicha norma establece la primacía del interés superior del niño en todas las disposiciones relativas a la adopción, y detalla las normas mínimas que deben satisfacer estas disposiciones. La primacía del interés superior del niño significa que debe tener preferencia sobre cualquier otra

³⁴² “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

consideración, sea económica, política o relativa a la seguridad del Estado o de los adoptantes. Cualquier disposición que limite este principio debe considerarse como una violación de la Convención; por ejemplo, reglas inflexibles que imponen límites de edad para las parejas deseosas de adoptar a un niño, o que autorizan la adopción únicamente cuando se declare al niño legalmente abandonado”³⁴³.

Ante esta situación, si se habla de “el niño” se trata del niño que se considera para la adopción, pero el principio del interés superior no se limita solo a ese niño, pues otros niños pueden verse afectados por la adopción. Así, por ejemplo, el hijo de los padres solicitantes de la adopción, a quien se debe solicitar su consentimiento para la adopción. “Una adopción considerada contraria al interés superior de los otros niños de la familia sería de difícil armonización con los principios de la Convención”³⁴⁴.

“En concreto, si bien en un proceso de adopción la consideración primordial es el interés superior del niño, se desprende de la Convención que la presunción del interés superior del niño es permanecer con sus padres siempre que ello sea posible (artículos 7 y 9), y que los padres tienen la *responsabilidad primordial* de criar a sus hijos, una responsabilidad que deben ejercer de conformidad con el interés superior del niño, los derechos recogidos en la Convención y la evolución de las facultades del niño (artículos 5 y 18). Solo puede haber adopción si los padres no quieren asumir esta responsabilidad (o si la justicia los declara incapaces de cumplir con su obligación); es probable que cualquier legislación que permita las adopciones bajo condiciones menos estrictas esté infringiendo los derechos garantizados por la Convención tanto a los niños como a los padres”³⁴⁵. Cuando se exige un consentimiento adecuado para la adopción se trata de evitar que el niño sea injustamente separado de sus padres.

³⁴³ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, cit., p. 282.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 282.

³⁴⁵ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, “Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, cit., p. 283.

“Resulta evidente que, las garantías exigidas por la propia Convención significan que la primacía del interés superior del niño en la adopción queda limitada de alguna manera por las normas jurídicas y los consentimientos exigidos por la legislación; si no se respetan los procedimientos, la adopción no podrá tener lugar, pese a que sea en el interés superior del niño”.³⁴⁶

Por ello, el Código de los Niños y Adolescentes confiere a la competencia judicial el conocimiento de tres casos, que califica de excepcionales, para solicitar en esta sede la adopción de niños y adolescentes. Se debe precisar que, para esto, no es necesario la declaración de abandonado; siendo esta, quizás, una de los motivos por las cuales refiere a tales casos como opción de adopción excepcional.

El primer caso, se refiere a la adopción del hijo, niño o adolescente, del cónyuge: “el que posea vínculo matrimonial con el padre o madre el niño el adolescente por adoptar”. El propósito de la norma es afianzar los lazos familiares que surgen de la convivencia diaria, durante el matrimonio. Los consentimientos que se requieran y las pruebas que se aporten al proceso, permitirán al juez determinar cuál es la mejor alternativa para satisfacer adecuadamente al “interés superior del niño o adolescente” por adoptar: a) aprobar la adopción, porque efectivamente integra una nueva familia; o, b) desaprobando la adopción, porque los lazos parentales subsisten. En caso que el juez especializado apruebe la adopción, el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos. Esto implica que, en la sentencia, expresamente se debe indicar el cambio que sufrirá el nombre del adoptado en cuanto a los apellidos: se incorporará el apellido del adoptante y se conservará el apellido del padre o madre biológicos, en el orden que establece la ley. Todo ello constará en la nueva partida de nacimiento que se expedirá de conforme al artículo 379 del Código Civil, modificado por la Ley N° 27442.

³⁴⁶ “El Comité recomienda que se examine la posibilidad de aumentar y ampliar la participación de los niños en las decisiones que los afectan en la familia y en la vida social, incluidos los procedimientos relativos a la reunión de las familias y a la adopción”. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Alemania OFII. Add. 43. Párrafo 29.

El segundo caso, se trata de la adopción del niño o adolescente por parte de alguno de los integrantes de su familia ampliada: “el que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción”. Esto concuerda con una norma de la Convención (CDN) que refiere a los miembros de la familia ampliada.

El tercer caso se refiere al prohijamiento o convivencia con el niño o adolescente por adoptar: “el que ha prohijado o convivido con el niño o adolescente por adoptar, durante un período no menor de dos años”. Dentro de este proceso, en particular, se debe tender a ubicar a los familiares del niño o adolescente por adoptar; pues, el orden de prelación impuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, exige mantenerlos con su familia ampliada antes de ofrecerle una familia sustituta.

Cabe indicar, que el artículo 382 del Código Civil, dice que “nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges”. A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que el interés superior del niño exige brindarle un medio familiar sustituto. De lo anterior, la adopción por una sola persona no se condice con el concepto de familia del propio tratado de derechos humanos: aquella comunidad de personas basada o iniciada en la convivencia de parejas, para el cumplimiento de fines familiares (la asistencia recíproca, el desarrollo personal y económico del grupo). Por ende, la adopción por una sola persona debe ser aprobada solo si esto permite hacer efectivos adecuadamente los derechos de la infancia. Se debe considerar que, en el modelo de familia garantizado por la Constitución de 1993 no procede contraponer la base u origen de este grupo humano. Esto significa, que la familia que se protege es una sola, sin importar su base de constitución que puede ser matrimonial o extramatrimonial.

En este marco, no se justifican normas que otorgan una diferencia de trato sobre la idea de la protección de la familia matrimonial, propia de la derogada Constitución de 1979 que sirvió de sustentó al Código Civil de 1984. Por ende, ejerciendo control difuso de la constitucionalidad del artículo

382 del Código Civil, debe permitirse la adopción por convivientes integrantes de una unión de hecho que cumpla con los requisitos contenidos en el artículo 5 de la Constitución. Esto ha quedado precisado con la reforma del artículo 382 del Código Civil por la Ley N° 30311: “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges o por los convivientes conforme a lo señalado en el artículo 326 del presente Código”.

3.2.2.4. La Aplicación del Control de Convencionalidad en los Procesos de Patria Potestad

En particular, “el artículo 5, junto con el artículo 18, de la Convención sobre los Derechos del Niño ofrece un contexto para las relaciones entre el niño, sus padres y su familia, y el Estado. El artículo 5 introduce el concepto de las *responsabilidades* de los padres, y de otros, respecto de los hijos, relacionándolas con los derechos y deberes parentales que son necesarios para asumir dichas responsabilidades. El artículo 18 amplía el concepto de responsabilidad de los padres, requiriendo que los Estados pongan *el máximo empeño* en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza” y desarrollo del niño: “Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

“Tomando en cuenta lo anterior, la Convención sobre los Derechos del Niño se opone a aquellas situaciones en las que se otorgan a los padres derechos absolutos sobre los hijos, un hecho tradicional en muchas sociedades, pero que está cambiando en la mayoría de ellas. Los derechos y deberes de los padres se derivan de su responsabilidad por el bienestar del niño, lo que significa actuar en su interés superior. Basado en que nadie tiene derechos sobre otra persona, el concepto de patria potestad acorde con la Convención pone acento en los deberes y responsabilidades de los padres hacia los hijos. Los padres no tienen *derechos* respecto de sus hijos, sino que lo que verdaderamente tienen los padres son obligaciones; por lo que no cabe

considerar al hijo como de propiedad de quienes le dieron la vida, ni del Estado, sino que se pertenece a sí mismo.

En rigor, el artículo 5 expresa claramente que la dirección y orientación de los padres deben ser *apropiadas* en consonancia con la *evolución de las facultades del niño* y con los demás derechos recogidos en la Convención. De ello, se colige que el camino hacia la madurez debe pasar por un mayor ejercicio de la autonomía. Por ello, en la actuación de la responsabilidad parental se debe considerar la evolución de las facultades del niño.

A su vez, el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño define las responsabilidades de los padres en un plano de igualdad para su cumplimiento, resaltándose así que ninguno de ellos podrá ser excluido y que, para su eficaz ejercicio, se requiere la adopción de conductas concordes que permitan cumplirlas. Por ello, nuestra ley contempla el recurso judicial para resolver el desacuerdo de los padres, garantizando el interés superior del niño. Entre otros aspectos, ello sustenta las autorizaciones judiciales de viaje fuera del país que pudiera efectuar el niño o adolescente”.

“Es evidente que, la actuación de los padres será insuficiente para realizar aquellos actos en que se requiere la expresa y previa autorización judicial, como el caso de la licencia para enajenar u obligar bienes de los hijos.

En esta línea, el artículo 18 es más una afirmación de los derechos de los padres que de los derechos de niño. El *desarrollo del niño* representa una medida relativamente objetiva para apreciar de qué manera los padres ejercen sus responsabilidades. Si el desarrollo físico, psicológico o intelectual del niño está siendo perjudicado por acciones que los padres hubieran podido evitar, se considerarán que los padres están incumpliendo sus responsabilidades. Ante ello, surgen las pretensiones de extinción, suspensión y pérdida de la patria potestad. La primera significa el cese definitivo del derecho, y las dos últimas son restricciones al ejercicio de la patria potestad”.

Según el Código de los Niños y Adolescentes (CNA), “la patria potestad como derecho se extingue por la muerte de ambos padres o del hijo, por llegar el hijo a la mayoría de edad o cesar en su incapacidad relativa (artículo 77, incisos a, b y f), y por la adopción, respecto de los padres originarios. En tanto que, la pérdida de la patria potestad se produce en los casos de declaración judicial de abandono, por ser un requisito previo para la adopción; de condena por delito doloso cometido en agravio de los hijos o en su perjuicio; y, la reiterancia en la suspensión de la patria potestad por hechos imputables a los padres (artículo 77, incisos c, d y e). Por último, la suspensión de la patria potestad se produce tanto por el incumplimiento de las responsabilidades parentales que evidencia la inconveniencia de que los padres sigan ejerciéndola, por afectarse con ello el interés de los hijos, como por presentarse alguna eventualidad que de hecho impida su ejercicio, sin que los padres lesionen el interés de sus hijos (artículo 75, CNA)”.

De este modo, tanto la pérdida como la suspensión de la patria potestad deben pronunciarse en sede judicial, luego de evaluarse y calificarse los hechos producidos (artículo 79, CNA). Esto es así, por el derecho del niño a no ser “separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de acuerdo a la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño)”. De esta forma, las previsiones de esta norma son directamente aplicables a estos procesos. “Con ello, la Convención busca contribuir a la consolidación y fortalecimiento de la familia, esto exige que la relación paterno- filial se restablezca, se recomponga, cuando ello convenga al interés superior de los hijos. Pues, por un lado, el padre incumplido puede rectificar su conducta y, por el otro, la eventualidad impediendo puede desaparecer. En estas circunstancias, procede la restitución del ejercicio de la patria potestad; la que se producirá en la misma forma que se estableció la restricción: corresponderá al juez evaluar la conveniencia de su restitución en forma progresiva (artículo 78, CNA)”³⁴⁷.

³⁴⁷ El artículo 78 del Código de los Niños y Adolescentes señala que: “Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa

Es oportuno indicar que, el cumplimiento de “las responsabilidades parentales, lleva implícito el de poner las condiciones para el logro del pleno desarrollo de los hijos. El artículo 27 de la Convención exige a los Estados partes que tomen medidas apropiadas para garantizar que el progenitor que tiene la responsabilidad financiera del niño pague la pensión alimenticia, pero las *obligaciones comunes* a las que se refiere el artículo 18 va más allá. El propósito debe ser que ambos progenitores cumplan un papel activo en la crianza de su hijo, incluso el padre del niño nacido fuera del matrimonio. La Convención no establece distinción alguna por lo que respecta a la condición de los padres, estén o no casados, convivan o no, etc. La cuestión estriba en que los padres de un niño, cualquiera sea su condición, deben esforzarse por asegurar el interés superior del niño. Por ello, cuando el padre y la madre conviven el ejercicio de la patria potestad es compartido, lo cual debe tenderse a mantener en caso de separación. Esto ha ocurrido con la dación de la Ley N° 29269 que incorpora la tenencia compartida en el ordenamiento jurídico”³⁴⁸.

En el momento de la separación de una pareja con hijos, caben dos posibilidades: “a) reconocer a uno de los padres más derechos que al otro y, con ello, crear las condiciones para toda clase de abusos y hostilidades (como en el caso de nuestro vigente régimen de separación y divorcio); o, b) reconocer exactamente los mismos derechos a ambos padres, lo que automáticamente restará interés a cualquier planteamiento contencioso. En el segundo supuesto, ninguna de las partes tendrá motivos especiales para entablar procesos judiciales, y los términos de la separación se basarán exclusivamente en el bienestar del menor. En definitiva, el interés del niño es incompatible con el actual sistema de tenencia exclusiva y requiere cambios legales profundos, como ocurre con la Ley N° 29269, que dejen paso a nuevas fórmulas de compartición de la responsabilidad parental”³⁴⁹.

la causal que la motiva. El Juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente”.

³⁴⁸ La Convención sobre los Derechos del Niño afirma que: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (artículo 9, numeral 3).

³⁴⁹ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

“En concreto, la coparentalidad es un derecho común a todos los niños, con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados. El ejercicio de la coparentalidad tras la separación resulta más eficaz cuando los padres han llegado a un acuerdo mutuo. En ese sentido, la fórmula de coparentalidad más idónea es la que permita al niño un mayor disfrute de la presencia y los cuidados de ambos padres, y ése deberá ser el criterio judicial que, en último término, prevaleciese en caso de desacuerdo entre los padres. Así, el artículo 18 de la Convención reconoce que ambos padres tienen responsabilidades comunes, lo que implica que la ley debe presumir, a menos que se pruebe lo contrario, que la participación conjunta de ambos padres en la vida del niño favorece el interés superior del niño³⁵⁰. Cabe precisar, si ello no conviene al interés superior del niño, el artículo 9 autoriza la separación del niño del entorno de los padres”.

De acuerdo al artículo 9 de la Convención se reconocen dos principios esenciales: primero, el niño debe permanecer con sus padres, salvo cuando sea contrario a su interés superior y, segundo, si es necesario separar al niño de sus padres, “los procedimientos aplicados deberán ser equitativos. Por ende, el artículo 9 proporciona ejemplos de casos en los que podría ser necesario separar al niño de uno de sus progenitores, o de ambos: el primero, cuando los padres han maltratado o descuidado al niño; y, el segundo, cuando los padres viven separados.

Por la frase *autoridades competentes* se entiende a la competencia jurídica, no técnica, para determinar, basado en los elementos disponibles, qué es lo mejor para el interés superior del niño. Esta competencia puede ser adquirida mediante una formación teórica o un nivel equivalente de experiencia. El Estado debe poder demostrar que las *autoridades competentes* son capaces de dar prioridad al interés superior del niño, lo que supone un cierto grado de flexibilidad en la toma de decisiones.

³⁵⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General 19. HRI/GEN/1/Rev, 2. Párrafo 6.

La expresión *a reserva de revisión judicial* genera una serie de expectativas sobre la justicia natural y la equidad de los tribunales. El juez no debe tener interés personal en el juicio, debe estar bien informado como sea posible sobre todas las circunstancias del caso; y debe demostrar que ha escuchado a todas las partes antes del fallo final, y que las partes han comprendido bien el contenido de las declaraciones.

La frase *de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables* quiere decir que la ley debe regular cualquier procedimiento que tenga como finalidad separar al niño de sus padres contra la voluntad de este, tanto si es el Estado el que interviene para retirar al niño como si es uno de los progenitores en busca de la custodia del niño.

En este sentido, la Convención requiere que se ofrezca a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en el procedimiento y dar a conocer sus opiniones. Esto implica no solo a los padres sino también a los miembros de la familia ampliada, pues para tomar una decisión acertada sobre el interés superior del niño debe disponerse de la máxima información. El artículo 12 de la Convención no *obliga* al niño a expresar sus opiniones, por lo que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente”.

Por todo ello, cuando el artículo 12 exige dar al niño “la oportunidad de ser escuchado” predica la obligación activa por parte del Estado de brindarle esta posibilidad, aunque no se le exija que exprese su opinión.

“La expresión *en todo procedimiento judicial* considera una amplia variedad de situaciones: los procedimientos civiles (divorcio, custodia, colocación, adopción y cambio de nombre); las solicitudes dirigidas a los tribunales relacionadas con el lugar de residencia, la religión, la educación, la disposición del dinero, etc.; la toma de decisiones sobre la nacionalidad, la inmigración y la concesión del estatuto de refugiado; los asuntos penales. Dicha expresión también se refiere a los asuntos que pueden llevar a un Estado a comparecer ante tribunales internacionales, así como a los procesos penales a que se vean sometidos los padres, cuyo resultado puede tener efectos severos para el niño”.

En complemento, “el párrafo 3 del artículo 9 de la Convención (CDN) hace mención *al derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si es contrario a su interés superior*. El Código de los Niños y Adolescentes lo denomina régimen de visitas, que evidencia una idea incompleta del contenido del derecho previsto en la Convención. Dicho derecho no se basa en el principio de protección de interés superior del niño, sino en los derechos de los progenitores”.

Por último, con frecuencia el niño pierde la oportunidad de mantener contacto directo con el progenitor no residente, tanto por las necesidades del progenitor residente —por ejemplo, vivir a cierta distancia del otro progenitor—, como por la difícil relación entre los padres. A su vez, este derecho del niño se puede convertir en un derecho de los padres. En esta situación y otras semejantes, la Convención impone a que este derecho se ejerza en armonía con el interés superior del niño.

CAPÍTULO IV: CONSECUENCIAS

4.1. Consecuencias de la Implementación

El sistema de administración de justicia especializada en derecho de familia está conformado por órganos jurisdiccionales con competencia en materia de niños y adolescentes, que tienen la “obligación de aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño en sus razonamientos jurídicos, determinando con suma claridad el alcance de los derechos de los niños y adolescentes, la prioridad y los límites que ellos tienen en caso de conflicto con derechos de otras personas, y los recursos jurídicos para ofrecerles una adecuada protección, en las cuestiones jurídicas concretas sometidas a su consideración”.

La tarea de los órganos jurisdiccionales es tener conocimiento del universo de tratados y declaraciones sobre derechos humanos obligatorios para el Perú, pues esto resulta importante para administrar justicia en nuestro país. Todo esto, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, que establece que los derechos fundamentales de la persona que ella reconoce deben ser interpretados a la luz de tales cuerpos legales. Por tanto, se trata de un mandato constitucional que ordena interpretar “los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de conformidad con los acuerdos internacionales suscritos por el Perú. Esta conformidad como es obvio no puede ser formal sino material, vale decir, toda interpretación de los derechos fundamentales presentes en la Constitución debe ser deducible de estos instrumentos internacionales”.

En esta línea, el Tribunal Constitucional ha expresado que: “los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones”³⁵¹.

“En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño es uno de los tratados internacionales de derechos humanos directamente vinculado con

³⁵¹ Caso Pedro Andrés Lizana Puelles. STC 5854-2005-PA/TC-PIURA, del 9 de noviembre de 2005, fundamento jurídico 23.

la labor jurídica de los encargados de administrar justicia especializada en temas de familia. Dicha Convención ratificada por el Perú en 1990, ha sido determinante para avanzar hacia la transformación definitiva de la justicia para los niños y adolescentes, ya que puso a los jueces y demás operadores jurídicos en contacto no solo con ese tratado internacional de protección de la infancia, sino con un conjunto de normas aprobadas por la comunidad internacional que guardan una estrecha relación con la Justicia de la infancia y la adolescencia. Estas normas son las Reglas Mínimas de Naciones Unidas (Beijing) para la administración de justicia de menores, las Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad y las Directrices de Naciones Unidas (Riad) para la prevención de la delincuencia juvenil”.

“La importancia de la Convención sobre los Derechos del Niño reside en la consideración que hace de la infancia, desplazando el enfoque tutelar basado en la idea de niño objeto de control hacia el enfoque de protección, fundado en la concepción del niño sujeto titular de derechos. Desde esta perspectiva, la acción jurisdiccional del Estado dirigida a dar protección a los niños, niñas y adolescentes, debe dejar de tutelar a los sujetos, para comenzar a proteger sus derechos considerando su superior interés”.

Aunado a lo anterior, se debe añadir el expreso reconocimiento del rango constitucional de estos instrumentos internacionales, realizado por el Tribunal Constitucional en su integración monista al derecho interno, de acuerdo al artículo 55 de la Constitución Política, todo lo cual determina la aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño en los asuntos que son de competencia de los órganos jurisdiccionales especializados en familia integrantes del Sistema de Administración de Justicia especializada familiar.

4.2. Beneficios que Aporta

Los órganos jurisdiccionales del país no han afirmado la inconstitucionalidad de las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular, pues salvo escasas excepciones, no han aplicado de modo directo la Convención sobre los Derechos del Niño a los casos sometidos a su conocimiento. “El

argumento de los jueces para no aplicar la Convención es que el instrumento internacional contiene normas programáticas que hacen necesaria una reforma legislativa que haga operativos los derechos allí contenidos. Todo ello contradice los alcances del artículo 55 de la Constitución, que establece que ‘los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional’. En virtud a ello, nuestro sistema constitucional opta por la aplicabilidad inmediata de los tratados en el Derecho interno, pues no se requiere emitir acto adicional alguno de incorporación, sino que basta con que el Perú haya celebrado el tratado y se encuentre en vigor de acuerdo a sus propias disposiciones”.

A su vez, se deriva del artículo 3 de la Ley sobre Perfeccionamiento de Tratados Ley N° 26647 que precisa: “(tales tratados) entran en vigencia y se incorporan al Derecho nacional, en la fecha en que se cumplen las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos. Siendo así, al establecer nuestra Constitución que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional, opta por un sistema de aplicabilidad inmediata que se acerca a una evidente y saludable comprensión monista de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno”³⁵².

En puridad, “la aplicación inmediata de los tratados en el Derecho interno aunado al rango constitucional de las normas contenidas en tratados de derechos humanos, son características de la fuerza normativa de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esto significa que comparte con la Constitución su supremacía y que, por ende, se sitúa en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma, leyes, decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo, resoluciones administrativas, actos administrativos de alcance individual y sentencias, deben aplicarla en un doble sentido, no solo no contraviniendo las normas de la Convención sino en sentido positivo, adecuando lo prescripto por el tratado de modo que el tratado se desarrolle a través de esas normas”³⁵³.

³⁵² NOVAK y SALMÓN, Las obligaciones internacionales..., op. cit., p.113.

³⁵³ BIDART CAMPOS, Germán. “Constitución, tratados y normas infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño”, en: BIANCHI, María del Carmen (Comp.), “El derecho y los chicos, Espacio”. Buenos Aires, 1995, p. 37.

Como consecuencia, “la fuerza normativa de la Convención sobre los Derechos del Niño significa comprender que sus disposiciones son normas jurídicas, que tienen aplicabilidad directa y que, para que esa fuerza normativa produzca la eficacia de la dimensión sociológica del mundo jurídico, es necesario que cuenten con un mecanismo garantista. Dicho mecanismo garantista es el sistema judicial de control para descalificar las transgresiones, para esperar las omisiones en el cumplimiento (que también son transgresoras e inconstitucionales), para desarrollar la interpretación, etc.

En concreto, la fuerza normativa de la Convención sobre los Derechos del Niño permite que los derechos consagrados en ella misma puedan ser alegados por los particulares ante los poderes públicos y estos deben darles aplicación en el ámbito interno sin necesidad de una ley que implemente las obligaciones internacionales que de ella se derivan. Esto significa que los tratados, por su ratificación, ingresan al Derecho interno de modo directo y automático, y en él han de surtir los efectos. Es una obligación interna e internacional y los órganos jurisdiccionales son los primeros que quedan convocados a cumplirla para darle efectividad”³⁵⁴.

En esta línea, la aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño por los órganos jurisdiccionales peruanos, genera los siguientes beneficios:

a) Se pondera como problemas humanos a los casos. “La manera lógico formal de aplicar el derecho en los procesos no es suficiente cuando se trata de decidir cuestiones de niños, niñas y adolescentes. El carácter distintivo de la decisión judicial en esta materia radica en hacer un juicio sobre lo que pueda acontecer en el futuro de este niño, niña o adolescente de acuerdo a su superior interés, reconociéndolo, así como lo que es: un sujeto de derecho en orden a la formación integral de cada uno y no un objeto de medidas judiciales o de otra naturaleza”³⁵⁵. Como consecuencia, se necesita ponderar como problemas humanos a los casos sujetos a resolución judicial

³⁵⁴ “Interés Superior del Niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional”.

³⁵⁵ Vid. Caso Blanca Lucy Borja Espinoza. STC 06165-2005-HC, del 6 de diciembre de 2005, fundamento jurídico 11.

o administrativas en los que estén involucrados niños o adolescentes, de acuerdo con el artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

b) Se encuadra el análisis dentro de la pauta del interés superior del niño. “Todo análisis de asuntos en los que estén comprendidos niños, niñas y adolescentes necesariamente debe encuadrarse dentro de la pauta del interés superior de los menores. Es una pauta de actuación, de obrar, que se impone a todos los órganos del Estado involucrados en la protección de los derechos de la infancia y adolescencia; resultando, por imperio de la propia Convención sobre los Derechos del Niño, extensivo a las organizaciones privadas con idéntico fin”.

c) Se ofrece principios interpretativos en asuntos de niños, niñas y adolescentes. Los textos de la Convención sobre los Derechos del Niño son directamente operativos, pues se presentan como principios interpretativos que exigen una constante confrontación entre las disposiciones del derecho interno y las normas de aquélla, de rango constitucional y, por ende, de positividad reforzada. En caso de colisión normativa, se debe aplicar el principio de primacía de la constitucionalidad de la Convención y, en supuestos de lagunas, la aplicación de sus disposiciones con arreglo al estándar jurídico del interés superior del niño. “De este modo, se aplica un control de convencionalidad de dispositivos infraconstitucionales, desde la Convención sobre los Derechos del Niño, pues sus contenidos se constituyen en los criterios de decisión en caso de conflicto de intereses, de valores, de derechos. Dichos contenidos proporcionan una pauta objetiva que permite resolver los conflictos del niño con otras personas o instituciones, para lograr una decisión que defina lo que resulta más beneficio para el menor, de esta manera, frente a un presunto interés de terceros, se prioriza el del niño”³⁵⁶.

³⁵⁶ Vid. RUBIO CORREA, Marcial, “La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005, pp. 247-248.

d) Se cambia de paradigma: el niño, sujeto de derecho es capaz de ejercer derechos fundamentales. La Convención sobre los Derechos del Niño se equipará a la formalización de un nuevo paradigma, que debe ser cumplida por los órganos jurisdiccionales que conozcan materias de infancia para concebir a los niños como sujetos de derechos y no como simples destinatarios de acciones asistenciales o de control social ejecutadas por el Estado. De esta manera, el cumplimiento de la Convención involucra la existencia de una administración de justicia que garantice el respeto a los derechos del niño y el cumplimiento de las obligaciones por parte de todas las personas e instituciones.

En rigor, “la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los jueces la obligación de administrar justicia de manera más activa de lo que usualmente se supone, en el sentido de requerir que dispongan la adopción de todas las medidas que, aún más allá de lo solicitado por las partes, consideren apropiadas para una mejor defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. De esta forma, los órganos jurisdiccionales no pueden poner como pretexto la falta de reglamentación de los derechos para declarar su inoperatividad”.

“Siempre que un derecho que emane de la Convención se dirija a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que debe establecer el Congreso, el derecho debe ser aplicado. En caso de ser necesaria la reglamentación del derecho, los tribunales judiciales pueden efectuarla, supliendo de esta manera la inacción de los otros Poderes del Estado obligado por la Convención”³⁵⁷.

En síntesis, la Convención sobre los Derechos del Niño exige a los jueces especializados un complicado trabajo jurídico con el propósito de hacer efectivos los derechos por ella reconocidos a los niños, niñas y adolescentes. Esta labor es compleja y urgente en la medida que el

³⁵⁷ NAHID CUOMO, María. “La aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por los tribunales argentinos”, en WEINBERG, Inés M. (Directora), Convención sobre los Derechos del Niño, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 64.

legislador no lleve a cabo un cumplimiento total a la obligación de adecuar la legislación nacional al tratado internacional.

CONCLUSIONES

PRIMERO: El “Control de Convencionalidad” es un mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la “Convención Americana de Derechos Humanos” principalmente, en la que funda la competencia contenciosa de la Corte IDH. De modo que, es una herramienta para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en la “Convención Americana de Derechos Humanos”, siendo de utilidad para la práctica e inmediata elaboración de un *ius commune* en la región. Por ende, el “Control de Convencionalidad” se trata de una obligación que comparten el juez nacional y la propia Corte IDH, aunque esta actúa

conforme al principio de subsidiariedad, y por ende, el control que realiza es más bien incidental. En consecuencia, el control de convencionalidad debe ser realizado, en primer lugar, por los jueces nacionales, y eventualmente por la Corte IDH en el ejercicio de su competencia contenciosa.

SEGUNDO: La “Convención sobre los Derechos del Niño” (CDN) supone el instrumento internacional más importante en defensa de los derechos de los niños, por lo que tiene un carácter obligatorio, ya que no es un simple cuerpo de principios, como lo era la Declaración de 1959. De esta forma, es un texto con fuerza jurídica, que recoge un amplio catálogo de derechos y, por supuesto, de obligaciones que debe acatar el Estado que se adhiera a ella. En particular, el artículo 3 de la Convención consagra el interés superior del niño, como principio general, por lo que se puede aplicar en distintos casos.

TERCERO: El “Tribunal Constitucional” expresa que los tratados son incorporados a través de la integración normativa, pues son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone, por ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano. De esta forma, el artículo 55 de la Constitución dispone: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Por ende, la propia constitución expresa que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano, así por mandato de la disposición constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado”.

CUARTO: En el ámbito del derecho de familia, la aplicación del Control de Convencionalidad por los magistrados contribuye a proteger los derechos humanos de carácter esencial en las resoluciones de conflictos de Niños y Adolescentes de los juzgados especializados de la Corte Superior de Justicia de Lima. Es posible señalar, que todos los jueces vinculados a la administración de justicia en todos los niveles tienen la obligación de ejercer de oficio el control de convencionalidad a fin de verificar que las normas internas se ajusten a las normas y principios de la Convención sobre los

Derechos del Niño (CDN), para proteger los derechos humanos de los niños y adolescentes, siempre en el marco de sus competencias respectivas y las regulaciones procesales respectivas.

QUINTO: Respecto a aplicación del control de convencionalidad por los magistrados en los procesos de impugnación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, de los juzgados especializados, es posible indicar que según el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el ejercicio de los derechos específicos de la infancia debe ser reconocido a todo niño, niña o adolescente, sin distinción alguna, independientemente de cualquier condición referida al estado civil de los padres o al origen de la filiación, por ende resulta evidente que la realización del derecho del niño a conocer a sus padres no puede estar supeditado a si los padres estaban o no casados al tiempo de la concepción. Por ello, el ejercicio del derecho del hijo a conocer a sus padres no está supeditado al ejercicio previo del derecho del marido a impugnar su paternidad. A su vez, el principio del interés superior del niño exige ponderar preferentemente el derecho del niño a conocer a sus padres, quedando en un segundo plano el derecho a la intimidad del marido de la madre. En caso se pretenda reclamar la paternidad extramatrimonial para el hijo de una mujer casada, y en caso se impugne la paternidad matrimonial, el resultado de la prueba de ADN resulta concluyente. De esta forma, se promueve efectivamente el derecho del niño a conocer a sus padres.

SÉXTO: Respecto a la aplicación del Control de Convencionalidad por los magistrados en los procesos de alimentos de los juzgados especializados, se puede indicar que el artículo 27 de la “Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su pleno desarrollo”. En virtud a dicha norma de rango constitucional al enumerar los distintos componentes del pleno desarrollo (físico, mental, espiritual, moral y social), es claro que lograr un nivel de vida adecuado, no solo requiere satisfacer las necesidades básicas de nutrición, vestido, vivienda, educación, capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, sino las que requiera el contexto social en que se

desenvuelve el menor. Desde esta óptica, el derecho alimentario es parte del contenido del derecho a un nivel de vida adecuado, en tanto que la obligación alimentaria paterna se asienta en el vínculo parental que existe con el hijo, por lo que tal prestación se deriva de dicha relación. De esta forma, se reconoce “que el deber alimentario paterno y, por extensión de los responsables financieros del niño, constituye uno de los elementos de mayor incidencia en el desarrollo personal del menor, por lo que se requiere que tal conducta legal debe ser constantemente observada por los organismos de tutela y ser requerida al responsable cuando se evidencia una insuficiente o inexistente prestación”.

SÉTIMO: En cuanto a la “aplicación del Control de Convencionalidad” por los magistrados en los procesos de adopción por excepción de los juzgados especializados, es posible mencionar que “el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño” se refiere a la adopción como la mejor solución para el niño que carece de familia. En la Convención, la adopción se presenta como una alternativa viable en tanto se confiera primando el interés superior del niño. De esta forma, dicha norma establece la primacía del interés superior del niño en todas las disposiciones relativas a la adopción, señalando las normas mínimas que deben satisfacer estas disposiciones. En concreto, si bien en un proceso de adopción la consideración primordial es el interés superior del niño, se desprende de la Convención que la presunción del interés superior del niño es permanecer con sus padres siempre que ello sea posible (artículos 7 y 9), y que los padres tienen la “responsabilidad primordial” de criar a sus hijos, una responsabilidad que deben ejercer de conformidad con el interés superior del niño, los derechos recogidos en la Convención y la evolución de las facultades del niño (artículos 5 y 18). “Solo puede haber adopción si los padres no quieren asumir esta responsabilidad (o si la justicia los declara incapaces de cumplir con su obligación). Es probable que cualquier legislación que permita las adopciones bajo condiciones menos estrictas esté infringiendo los derechos garantizados por la Convención tanto a los niños como a los padres. Cuando se exige un consentimiento adecuado para la adopción se trata de evitar que el niño sea injustamente separado de sus padres”.

OCTAVO: En cuanto a la aplicación del Control de Convencionalidad por los magistrados en los procesos referidos a patria potestad de los juzgados especializados, es posible expresar que la extinción de la patria potestad se da por la muerte de ambos padres o del hijo, por llegar el hijo a la mayoría de edad o cesar en su incapacidad relativa (artículo 77, Código de los Niños y Adolescentes), y por la adopción, respecto de los padres originarios. En tanto que la pérdida y la suspensión de la patria potestad deben pronunciarse en sede judicial, tras evaluarse y calificarse los hechos producidos (artículo 79, CNA). Esto es así, por el derecho del niño a no ser “separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de acuerdo a la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (artículo 9.1 de Convención sobre los Derechos del Niño)”. De esta forma, las previsiones de esta norma son directamente aplicables a estos procesos, con ello, la Convención busca contribuir a la consolidación y fortalecimiento de la familia. De modo que, el artículo 9 de la Convención reconoce dos principios esenciales: primero, el niño debe permanecer con sus padres, salvo cuando sea contrario a su interés superior y, segundo, si es necesario separar al niño de sus padres, los procedimientos aplicados deberán ser equitativos. En particular, “el artículo 9 ofrece dos casos en los que podría ser necesario separar al niño de uno de sus progenitores, o de ambos: el primero, cuando los padres han maltratado o descuidado al niño; y, el segundo, cuando los padres viven separados”.

NOVENO: La aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño por los órganos jurisdiccionales peruanos, genera los siguientes beneficios: a) Se pondera como problemas humanos a los casos; b) Se encuadra el análisis dentro de la pauta del interés superior del niño; c) Se ofrece principios interpretativos en asuntos de niños, niñas y adolescentes; y, d) Se cambia de paradigma: el niño, sujeto de derecho es capaz de ejercer derechos fundamentales.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda a las autoridades legislativas que adecuen nuestra legislación civil en temas como la impugnación de la filiación, derecho de alimentos, la adopción en casos de excepción y la patria potestad, a fin de concordar con el marco normativo de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Se recomienda al Poder Judicial que refuerce la capacitación a los trabajadores judiciales para que, aún sin un desarrollo legislativo compatible, se aplique el Control de Convencionalidad, de tal forma que en los procesos judiciales sobre temas de derecho de familia, se reconozca los derechos de

los niños y adolescentes, tomando en cuenta el principio de interés superior del niño consagrado en la Convención.

- Se recomienda a las instituciones de capacitación jurídica que revisen los programas de capacitación a los magistrados, para que reformulen los contenidos de los módulos y se suministren no solo los fundamentos teóricos sino las herramientas procesales sobre la aplicación del Control de Convencionalidad, para que se utilicen en la resolución de conflictos de los derechos de los niños y adolescentes, a fin de asegurar una mejor interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño,

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS:

ALBANESE, Susana. El control de convencionalidad. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2008.

AGUILAR LLANOS, Benjamín. Tratado de Derecho de Familia. Editorial Lex & Iuris, Lima, 2016.

ALSTON, Philip y WALSH, Gilmour. "Children, rights and the law, Clarendon Press", Oxford, 1992.

ALSTON, Philip (editor). "The best interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights". Oxford University Press, Oxford, 1994.

ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel. "La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español", UPCO. Madrid, 1964.

ALVAREZ VITA, Juan. Tratados internacionales y ley interna. Universidad de Lima/ Fondo de Cultura Económica, Lima, 2001.

AMEGHINO BAUTISTA, Carmen. "El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño y Funciones Normativas del Interés Superior del Niño". Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia, RAE. Tomo 30, Diciembre 2010, pp. 39-50.

AN-NA'IM, Abdullahi, "Cultural transformation and normative consensus on the best interests of the child", en ALSTON, Philip (editor). The best interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights. Oxford, University Press, 1994.

ARANIVA PALACIOS, Victoria; AYALA ALAS, Claudia; y MEDINA GUEVARA, Blanca. "Marco Legal para la Protección de la Niñez y Adolescencia en el Derecho de Familia en Relación a la Convención Sobre los Derechos del Niño". Tesis de Derecho de Universidad Francisco Gavidia. San Salvador, 2009.

AYALA CORAO, Carlos. Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012

AYALA CORAO, Carlos. "El derecho de los derechos humanos: la convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos" en: "Lecturas Constitucionales Andinas". N° 3. CAJ. 1994.

BENAVENTE, María. "La Convención sobre los Derechos del Niño y el comienzo de la vida humana", en: WEINBERG, Inés. [directora], Convención sobre los Derechos del Niño. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2002.

BIDART CAMPOS, Germán. "La interpretación del sistema de Derechos Humanos", en: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 19, enero/junio 1994.

BIDART CAMPOS, Germán. "Constitución, tratados y normas infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño", en: BIANCHI, María del Carmen (Comp.). El derecho y los chicos, Espacio. Buenos Aires, 1995.

BIDART CAMPOS, Germán. “La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación”, en: “Diálogo con la Jurisprudencia”. Año III. N.º 5. Gaceta Jurídica. Lima, 1997.

BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. Derecho Civil, Tomo I, Volumen I. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992.

BUSTILLO MARÍN, Roselia. El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial. México, 2013.

CALDERÓN PALACIOS, Tonny. “El Principio del Interés Superior del Niño como principio garantista en el marco de un Sistema Jurídico basado en el Reconocimiento de Derechos en el Perú”. Tesis de Derecho de UNASAM. Huaraz, 2018.

CANÇADO TRINDADE, Antonio. “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en: GONZÁLES, Lorena (ed.), “El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos”, San José, 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antonio. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006.

CARBONELL, Miguel. “Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad”. México, 2013.

CARPIO, Edgar. “La interpretación de los derechos fundamentales”. Editorial Palestra. Lima, 2004.

CARRERAS, María. “Los derechos del niño: de la Declaración de 1959 a la Convención de 1989”, en: BALLESTEROS., J. (editor), Los Derechos Humanos, Tecnos, Madrid, 1992.

CASTAÑEDA OTSU, Susana (dir.). “Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional”. Grijley. Lima, 2010.

CASTILLO CORDOVA, Luis. La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad. Estudios Constitucionales, Año 17, Nº 2, Talca, 2019, pp. 15-52.

CASTILLA, Karlos. “El principio pro persona en la administración de justicia. Cuestiones Constitucionales”, (20), 2009.

CHUNGA LAMONJA, Fermín; CHUNGA CHÁVEZ, Lucía y CHUNGA CHÁVEZ, Carmen. “Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes, la infracción penal y los Derechos Humanos”. Editora Grijley, Lima, 2016.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”, en: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELLOF, Mary. “Infancia, ley y democracia en América Latina”. Temis / Depalma. Bogotá – Buenos Aires, 1998.

D’ANTONIO, Daniel. “Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada y anotada exegéticamente con jurisprudencia nacional y extranjera”. Astrea. Buenos Aires, 2001.

D’ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Menores. Tercera edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986.

DE CASTRO GARCÍA, Jaime. La investigación de la paternidad. Colex, Madrid, 1992.

DE LA GUARDIA, Ernesto y DELPECH, Marcelo. El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969. Feyde, Buenos Aires, 1980.

DE PUIG, Irene. “Los derechos de las niñas y los niños: 10-11 años”. Editorial Octaedro. España, 2008.

DULITZKY, Ariel. “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en: ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (compiladores). La aplicación de los tratados sobre los derechos humanos por los tribunales locales. Centro de Estudios Legales y Sociales. Buenos Aires, 1997.

EEKELAAR, John. “The interest of the child and the Child’s wishes: the role of the dynamic self-determinism” en International Journal of Law and the Family. April, (8), 1994.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La dogmática de los derechos humanos. Ediciones Jurídicas. Lima, 1994.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en: Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional”. Marcial Pons, Madrid - Buenos Aires, 2013.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SAIZ, Alejandro. (Coord.). Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa. Editorial Porrúa, México, 2012.

FLORES NAVARRO, Sergio y ROJAS RIVERA, Victorino. Control de convencionalidad. Novum. México, 2013.

FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. "Manual de aplicación de la convención sobre las Derechos del Niño". Ginebra, 2001.

GARCIA MENDEZ, Emilio. "Derechos de la infancia- adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral". Forum pacis. Bogotá, 1994.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Control judicial de convencionalidad. Poder Judicial del Estado de Aguascalientes. México, 2012.

GARCÍA ROCA, Javier. El Margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Civitas. Madrid, 2010.

GARCÍA TOMA, Víctor. La ley en el Perú. Elaboración, interpretación, aplicación e integración. Lima, Grijley, 1995.

GAMARRA RUBIO, Leonardo y ESCRIBENS COELLO, Milagros. "Niño: Razón y libertad". Jurista Editores, Lima, 2009.

GARRIGA GORINA, Margarita. "La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial". Aranzadi. Navarra, 2000,

GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia. Tomo 1, Ediar, Buenos Aires, 2006.

GONZÁLEZ, Sonia. "La protección de la infancia en el marco del Derecho Internacional". Cruz Roja Española, Madrid, 1991.

GUZMÁN ZAPATER, Mónica. "El derecho a la investigación de la paternidad". Civitas. Madrid, 1996.

HERENCIA ORTEGA, Gabriela. "Un acercamiento al intento de simplificación del proceso de alimentos. Análisis y aplicación de las nuevas reglas introducidas por la Ley N° 28439", en: Actualidad Jurídica N° 134- Lima, 2005.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: Comparación. La Ley. Buenos Aires, 2009.

IBAÑEZ RIVAS, Juana María. "Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en: Anuario de Derechos Humanos. No. 8, Universidad de Chile, 2012.

IHERING, Rudolph Von. "Del interés en los contratos". (Trad. de Adolfo Posada). Buenos Aires, 1947

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. "Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia". IIDH. Costa Rica, 2015.

LANDA ARROYO, Cesar. "El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia constitucional", en: *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*. (pp. 482 - 510). Wolters Kluwer – CEDAM, Roma, 2015.

LANDA ARROYO, Cesar. "Convencionalización del Derecho Peruano". Editorial Palestra. Lima, 2016.

LANDA ARROYO, César. "Los Derechos Fundamentales". Fondo Editorial PUCP, Lima, 2017.

MEZA TORRES, Yelena. "Código de los Niños y Adolescentes comentado". Jurista Editores. Lima, 2018.

MINYERSKI, Nelly y HERRERA, Marisa. "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la Ley 26.061", en: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (compilador). "Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

MONTOYA CHAVEZ, Víctor Hugo. "Derechos fundamentales de los niños y adolescentes: el interés superior del niño y adolescente y la situación de abandono en el artículo 4 de la Constitución". Grijley. Lima, 2007.

MURGA, María. "Acerca de la trascendencia política del respeto de los derechos de los niños y adolescentes, en: Minoridad y familia". N°11, 2016.

NACIONES UNIDAS. "Derechos Humanos: Recopilación de instrumentos internacionales", Naciones Unidas, Nueva York, 1983.

NAHID CUOMO, María. "La aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por los tribunales argentinos", en: WEINBERG, Inés M. (Directora), "Convención sobre los Derechos del Niño", Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.

NASH, Claudio y BAZÁN, Víctor. (Eds.). Justicia constitucional y derechos fundamentales: Fuerza normativa de la Constitución. Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos. Montevideo, 2011.

NASH, Claudio y BAZÁN, Víctor (editores). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad. Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos. Bogotá, 2012.

NASH, Claudio (et. al.) Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2012.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. UNAM, México, 2003.

NOGUEIRA, Humberto. Lineamientos de interpretación constitucional y bloque constitucional de derechos. Librotecnia, Santiago, 2006.

NOGUEIRA, Humberto (coord.). El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos. Editorial Librotecnia. Santiago de Chile, 2012.

NOVAK, Fabián y SALMÓN, Elizabeth. Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos, Instituto de Estudios Internacionales. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000.

NÚÑEZ DONALD, Constanza. "Control de convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile". Tesis de Derecho de Universidad de Chile, Chile, 2014.

O'DONNELL, Daniel. "La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido", en: Boletín del Instituto Interamericano del Niño, N° 230, 1990.

O'DONELL, Daniel. Protección Internacional de los Derechos Humanos. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1989.

OZON, Paola Ximena. "Relación armónica entre las prerrogativas y derechos de los menores y de los adultos", en: WEINBERG, Inés M. (directora), "Convención sobre los Derechos del Niño", Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.

PAREDES MEJÍA, Miguel. Obligatoriedad del control de convencionalidad difuso como parámetro del control jurídico de la investigación preparatoria en el proceso penal peruano. Tesis de Derecho de la UNASAM. Huaraz, 2016.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “La interpretación de la Constitución”, en: Revista de las Cortes Generales. Madrid, 1984.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Los derechos fundamentales”. Tecnos. Madrid, 2004.

PINON, S. El sistema constitucional en Francia. Revista de derecho constitucional europeo, (14), 2010,

PINTO, Mónica. Temas de derechos humanos. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1997.

PINTO, Mónica. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en: ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comp.). “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Los alimentos de menores en la experiencia del Distrito Judicial de Lima”, en: Ensayos de Derecho de Familia. Lima, Rhodas, 1997.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Juzgados de Familia”, en: “Ensayos de Derecho de Familia”. Lima, Rhodas, 1997.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia”. Lima, Gaceta Jurídica, 2003.

PLACIDO, Alex. “Derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor –o de los herederos de este- en la investigación de la filiación”, en: Diálogo con la Jurisprudencia N° 59. Lima, 2003, pp. 79-129,

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Filiaciones incompatibles, en Suplemento Derecho y Economía del Diario Oficial El Peruano”, Lima, 29 de marzo de 2004.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “La delimitación jurídica del concepto de familia”, en: Actualidad Jurídica N° 140. Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “El derecho humano al nombre e identidad de los hijos e hijas con padres sin vínculo matrimonial, en: El derecho al nombre e identidad”. 3 estudios. Oxfam, Lima, 2006.

PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Instituto Pacífico, Lima, 2015.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. "La Interpretación de los Derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales". Madrid, 2008.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Derecho Constitucional. Depalma, Buenos Aires, 1993.

RAFFO, Héctor Ángel; RODRÍGUEZ, Marta Verónica y VÁSQUEZ BERROSTEGUIETA, Jorge. La protección y formación integral del menor Una propuesta de trabajo. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, 1986.

REY CANTOR, Ernesto. Controles de convencionalidad de las leyes y derechos humanos. Editorial Porrúa, México, 2008.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. El interés del menor. Editorial Dykinson, Madrid, 2007.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. "Artículo 127 en: Comentario del Código Civil". T. 1. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.

RUBIO CORREA, Marcial. "La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993", en: Pensamiento Constitucional. Año y N° 5. Fondo Editorial PUCP. Lima, 1998.

RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Los derechos no enumerados en la Constitución Nacional", en: Anuales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, T. XIV-1985, Buenos Aires, 1986.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. "La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional", En: Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro homenaje a Germán, BIDART CAMPOS). Grijley, Lima, 1998.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Problemas de interpretación en derechos humanos, en: Formación de magistrados y Derechos Humanos". Comisión Andina de Juristas/ Alto Comisionado de las Naciones Unidas. Lima, 1999.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", en: Revista de Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010, pp.117-136.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. “La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la Constitución convencionalizada”. Porrúa. México, 2013.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Constitución, Derechos Humanos y la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito jurisdiccional”, en: Academia de la Magistratura, Revista Institucional, N° 6. Apuntes de Reforma Constitucional. Lima, 2002.

SANTOS PAIS, Marta. “La Convención sobre los Derechos del Niño”, en: ACNUDH. “Manual de Preparación de Informes sobre los Derechos Humanos”, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Ginebra, 1997.

TICONA GONZALES, Yarida. Maltrato Infantil y Ausencia del Principio del Interés Superior del Niño. Tesis de UANCV. Puno, 2015.

TORRES ZUÑIGA, Natalia. El control de convencionalidad. Deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y divergencias)”. Editorial académica española, Saarbrücken, 2013.

UPRIMNY, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal. Escuela Judicial, Bogotá, 2006.

VARGAS CARREÑO, Edmundo. Introducción al Derecho Internacional. 2ª ed. Juricentro. San José de Costa Rica, 1992.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de las Personas. Gaceta Jurídica & Fondo Editorial Universidad de Lima, Lima, 2014.

VIEHWEG, Theodor. Tópico y jurisprudencia. (Trad. de Luis Díez Picazo), Taurus, Madrid, 1964.

VOYAME, Joseph y Peter, BURNS. “Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o degradantes”, en: Preparación de informes sobre los derechos humanos. Naciones Unidas. Ginebra, 1998, pp. 397-543.

WEINBERG, Inés. “Relaciones con otras normas”, en: WEINBERG, Inés. (Directora). “Convención sobre los Derechos del Niño”, Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2002.

LIBROS DE METODOLOGÍA:

BERNAL, Cesar. "Metodología de la Información". 3ª Edición. Editorial Prentice Hall, Pearson, Bogotá, 2010.

MÉNDEZ ÁLVAREZ, Carlos. Metodología: "Diseño y desarrollo del proceso de Investigación con Énfasis en Ciencia Empresariales". 4ª edición. Editorial Limusa Noriega, Bogotá, 2006.