



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

Material Auto Instructivo
CURSO “EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL
NIÑO”

Elaborado por el
Dr. Alex F. Plácido Vilcachagua

2016

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josué Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Zoraida Avalos Rivera
Vice- Presidenta del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela - Consejero

Dr. Ramiro Eduardo De Valdivia Cano- Consejero

Dr. Pablo Sánchez Velarde - Consejero

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos - Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña –Consejero

Dra. Cecilia Cedrón Delgado - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

Tratamiento Didáctico del material – Lic. Martín Navarro Gonzales

El presente material del Curso “El Principio del Interés Superior del Niño”, ha sido elaborado por el Dr. Alex F. Plácido Vilcachagua para la Academia de la Magistratura, en mayo de 2016.

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION
LIMA – PERÚ**

SILABO

NOMBRE DEL CURSO “EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”

I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	Programa de Actualización y Perfeccionamiento
Horas Lectivas	:	72
Número de Créditos Académicos	:	3
Especialista que elaboró el material	:	Dr. Alex F. Plácido Vilcachagua

II. PRESENTACIÓN

Conocer el universo de Tratados y Declaraciones sobre Derechos Humanos obligatorios para el Perú resulta esencialmente importante para cualquier ciudadano. Y es que, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales de la persona que ella reconoce deben ser interpretados a la luz de tales instrumentos.

Se trata, por tanto, 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 concordancia, el Tribunal Constitucional ha precisado 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”¹.

Uno de esos Tratados de Derechos Humanos es la Convención sobre los Derechos del Niño. Es verdad que este instrumento internacional, ratificado por el Perú en 1990, ha sido determinante para avanzar hacia la transformación definitiva de la justicia para los niños, niñas y adolescentes, ya que puso a los jueces y demás operadores jurídicos en contacto no sólo 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.

Sin embargo, el rasgo central y distintivo de la Convención sobre los Derechos del Niño lo constituye 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 con capacidad progresiva de ejercicio; por lo tanto, 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.

Con ello, se impone la obligación de aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño en los razonamientos jurídicos, determinando con claridad el alcance de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la prioridad y los límites que ellos tienen en caso de conflicto con derechos de otras personas, y los medios jurídicos para darles la adecuada protección.

Siendo así, la Convención sobre los Derechos del Niño pone de relieve un tema relativamente nuevo en la teoría del derecho: la consideración del interés superior del niño para hacer efectivos sus derechos fundamentales.

¹ Caso Pedro Andrés Lizana Puellas. STC 5854-2005-PA/TC-PIURA, del 9 de noviembre de 2005. Fundamento jurídico 23.

De esta manera, ha puesto en debate la forma de dar protección jurídica a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, e implica un cambio de mirada con respecto a la consideración jurídico legal de la infancia, al concebir al niño no como objeto de tutela sino como sujeto con capacidad progresiva para ejercer sus derechos; resaltando un principio que toma mayor protagonismo: el principio del interés superior del niño.

Por ello, el tema central de este manual es el principio del interés superior del niño. Su definición permitirá identificar claramente los contenidos y alcances de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, reconocidos en la Convención sobre Derechos del Niños.

En la elaboración del manual se ha seguido el criterio más generalizado que se ajuste a los textos legales, a la doctrina de infancia y adolescencia y a la jurisprudencia que impera en nuestros tribunales, sin discutir las diversas teorías ni ahondar en los antecedentes de cada instituto. En particular, se considera la Ley 30466, publicada el 17 de junio de 2016, por la que se incorporan los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, en el marco establecido en la Convención sobre los Derechos del Niños y en la Observación General N°14 del Comité de Derechos del Niño.

III. COMPETENCIAS A ALCANZAR

Para el presente curso se ha formulado la siguiente competencia:

- Reconoce el interés superior del niño como una herramienta eficaz para la promoción de los derechos de la infancia y adolescencia, lo que debe ser obligatoriamente considerado por los órganos jurisdiccionales en sus razonamientos jurídicos, determinando con 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 medios jurídicos para darles la adecuada protección.

Capacidades Terminales:

- Conoce cómo ha sido el proceso de reconocimiento de los derechos del niño, dentro del sistema internacional de derechos humanos y su recepción en el derecho interno peruano.

- Destaca la recepción del sistema internacional de protección de los derechos del niño y su aplicación directa por los órganos jurisdiccionales.
- Determina el contenido y la función del interés superior del niño reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, en aras de fortalecer el paradigma de la "protección integral".

III. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

UNIDAD I: EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO PERUANO.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. El sistema internacional de protección de los derechos del niño. 2. La protección jurídica de la infancia. 3. El carácter vinculante de la Convención sobre los Derechos del Niño. 4. La interpretación de los derechos específicos de la infancia. 5. La recepción de la Convención sobre los Derechos del Niño en el derecho interno peruano. 6. La jerarquía de la Convención sobre los Derechos del Niño en el derecho interno peruano. 7. La aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño por los órganos jurisdiccionales peruanos.	• Conoce el sistema internacional de protección de los derechos del niño. • Conoce en qué consiste la protección jurídica de la infancia. • Reconoce el carácter vinculante de la Convención sobre los Derechos del Niño. • Reconoce la recepción, la jerarquía y la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño en el derecho peruano y sus órganos jurisdiccionales.	• Reconoce la importancia del sistema internacional de protección de los derechos del niño y su recepción en el derecho interno peruano.

Casos Sugerido:

- CASACIÓN N°756-2005 PUNO. Violencia Familiar.

Lecturas Obligatorias:

- 1) BELOFF, Mary. Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular. En, Los derechos del niño en el sistema interamericano. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004. Páginas 1 a 45.
- 2) BARATTA. Alesandro. Infancia y Democracia. En, Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Tomo I. Bogotá, Editorial Temis, 2004. Páginas 27 a 54.

UNIDAD II: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: HERRAMIENTA EFICAZ PARA LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. El interés superior del niño en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos de la Infancia.	• Reconoce el interés superior del niño en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos de la infancia.	• Reconoce la importancia del interés superior del niño como herramienta eficaz para la promoción de los derechos de la infancia.
2. El proceso de formación histórica del interés superior del niño.	• Identifica el interés superior del niño en la Convención sobre Derechos del niño y en la dogmática jurídica.	
3. El interés superior del niño en la Convención sobre Derechos del Niño.	• Conoce el interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional y su funcionalidad.	
4. El interés superior del niño en la dogmática jurídica.		
5. El interés superior del		

niño en la interpretación del Comité de Derechos del Niño. 6. El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional. 7. La funcionalidad del interés superior del niño.		
Caso Sugerido: EXP. N.º 2165-2002-HC/TC. LIMA.		
Lecturas Obligatorias: 1) 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 BELOFF, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998), Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998. Página 79 y 99. 2) SALANOVA VILLANUEVA, Marta. El derecho del menor a no ser separado de sus padresEl interés del menor. Madrid, Dykinson, 2000. Páginas 87-243.		

V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Material de lectura preparado por el docente
- Jurisprudencia seleccionada
- Lecturas recomendadas

VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del Curso “El Principio del Interés Superior del Niño” es activa y participativa, basada en el método del caso, aprendiendo desde lo vivencial, a través de una práctica concreta de los casos planteados por el docente, promoviendo la conformación de grupos de estudios, análisis de textos y la resolución de los cuestionarios respectivos, todo esto para alcanzar las competencias esperadas en el curso.

Para el desarrollo del presente curso los alumnos tendrán acceso al Aula Virtual de la Academia de la Magistratura, donde tendrán a su disposición todos los materiales utilizados, las diapositivas de las sesiones presenciales y lecturas obligatorias.

Se combina el aprendizaje a distancia con sesiones presenciales. Fase presencial: Interactiva; con las siguientes técnicas: exposición y preguntas, lluvia de ideas, análisis de casos, debates, argumentación oral. Fase no presencial: Lectura auto instructiva y foro virtual.

VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el desarrollo de este curso, el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador quien estará en permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas.

VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el discente pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas propuestos en el curso. Los componentes evaluativos serán informados oportunamente por el coordinador del curso.

IX. BIBLIOGRAFÍA

IX.1. Unidad 1:

- BELOFF, Mary. Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular. En, Los derechos del niño en el sistema interamericano. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004. Páginas 1 a 45.
- BARATTA, Alesandro. Infancia y Democracia. En, GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.). Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998). Tomo I. Bogotá, Editorial Temis, 2004. Páginas 27 a 54.

IX.2. Unidad 2:

- 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 BELOFF, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998). Tomo I. Bogotá, Editorial Temis, 2004. Página 79 y 99.
- SALANOVA VILLANUEVA, Marta. El derecho del menor a no ser separado de sus padres. El interés del menor. Madrid, Dykinson, 2000. Páginas 87-243.

PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano que tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de formación, capacitación, actualización, y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

La Academia de la Magistratura, a través de la Dirección Académica ejecuta el Curso “El Principio del Interés Superior del Niño” en el marco de actividades del Programa de Actualización y Perfeccionamiento (PAP) que tiene por finalidad actualizar y perfeccionar de manera permanente y descentralizada a los magistrados y auxiliares de justicia del Poder Judicial y del Ministerio Público del ámbito nacional e internacional.

El presente material se encuentra estructurado en dos unidades con los siguientes ejes temáticos: El sistema internacional de protección de los derechos del niño y su recepción en el derecho interno peruano; y el interés superior del niño: herramienta eficaz para la promoción de los derechos de la infancia

Asimismo, el discente tendrá acceso a un Aula Virtual, siendo el medio más importante que utilizará a lo largo del desarrollo del curso, a través de ella podrá acceder al material autoinstructivo, lecturas y un dossier de casos que le permita aplicar los conocimientos adquiridos.

En ese sentido, se espera que concluido el presente Curso el discente esté en mejores condiciones para analizar, sintetizar, inferir, identificar y aplicar los principios del interés superior del niño acorde a una pertinente administración de justicia.

Dirección Académica

INTRODUCCIÓN

Conocer el universo de Tratados y Declaraciones sobre Derechos Humanos obligatorios para el Perú resulta esencialmente importante para cualquier ciudadano. Y es que, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales de la persona que ella reconoce deben ser interpretados a la luz de tales instrumentos.

Se trata, por tanto, 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 concordancia, el Tribunal Constitucional ha precisado 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”*².

Uno de esos Tratados de Derechos Humanos es la Convención sobre los Derechos del Niño. Es verdad que este instrumento internacional, ratificado por el Perú en 1990, ha sido determinante para avanzar hacia la transformación definitiva de la justicia para los niños, niñas y adolescentes, ya que puso a los jueces y demás operadores jurídicos en contacto no sólo 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

² Caso Pedro Andrés Lizana Puellas. STC 5854-2005-PA/TC-PIURA, del 9 de noviembre de 2005. Fundamento jurídico 23.

Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad y las Directrices de Naciones Unidas (Riad) para la prevención de la delincuencia juvenil.

Sin embargo, el rasgo central y distintivo de la Convención sobre los Derechos del Niño lo constituye 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 con capacidad progresiva de ejercicio; por lo tanto, 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.

Con ello, se impone la obligación de aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño en los razonamientos jurídicos, determinando con claridad el alcance de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la prioridad y los límites que ellos tienen en caso de conflicto con derechos de otras personas, y los medios jurídicos para darles la adecuada protección.

Siendo así, la Convención sobre los Derechos del Niño pone de relieve un tema relativamente nuevo en la teoría del derecho: la consideración del interés superior del niño para hacer efectivos sus derechos fundamentales. De esta manera, ha puesto en debate la forma de dar protección jurídica a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, e implica un cambio de mirada con respecto a la consideración jurídico legal de la infancia, al concebir al niño no como objeto de tutela sino como sujeto con capacidad progresiva para ejercer sus derechos; resaltando un principio que toma mayor protagonismo: el principio del interés superior del niño.

Por ello, el tema central de este manual es el principio del interés superior del niño. Su definición permitirá identificar claramente los contenidos y alcances de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, reconocidos en la Convención sobre Derechos del Niños.

En la elaboración del manual se ha seguido el criterio más generalizado que se ajuste a los textos legales, a la doctrina de infancia y adolescencia y a la jurisprudencia que impera en nuestros tribunales, sin discutir las diversas teorías ni ahondar en los antecedentes de cada instituto. En particular, se considera la Ley 30466, publicada el 17 de junio de 2016, por la que se incorporan los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, en el marco establecido en la Convención sobre los Derechos del Niños y en la

Observación General N°14 del Comité de Derechos del Niño.

Te invito al estudio de este manual, convencido que a través de su lectura, encontrarás un instrumento valioso que enriquecerá y complementará tu cotidiana actividad de aprendizaje.

Junio, 2016

INDICE

Presentación.....	11
Introducción.....	12
UNIDAD I: EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DEL NIÑO Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO PERUANO.....	17
Presentación y Preguntas Guía.....	18
1. El sistema internacional de protección de los derechos del niño.....	21
2. La protección jurídica de la infancia.....	28
3. El carácter vinculante de la Convención sobre los Derechos del Niño.....	31
4. La interpretación de los derechos específicos de la infancia.....	33
5. La recepción de la Convención sobre los Derechos del Niño en el derecho interno peruano.....	40
6. La jerarquía de la Convención sobre los Derechos del Niño en el derecho interno peruano.....	46
7. La aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño por los órganos jurisdiccionales peruanos.....	51
Resumen.....	59
Autoevaluación.....	60
Lecturas obligatorias.....	62
Caso Sugerido.....	63
UNIDAD II: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: HERRAMIENTA EFICAZ PARA LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA.....	64
Presentación y Preguntas Guía.....	65

1. El interés superior del niño en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos de la Infancia.....	73
2. El proceso de formación histórica del interés superior del niño.....	75
3. El interés superior del niño en la Convención sobre Derechos del Niño.....	77
4. El interés superior del niño en la dogmática jurídica.....	91
5. El interés superior del niño en la interpretación del Comité de Derechos del Niño.....	99
6. El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional.....	108
7. La funcionalidad del interés superior del niño.....	126
Resumen.....	132
Autoevaluación.....	133
Lecturas obligatorias.....	135
Caso Sugerido.....	136

UNIDAD I



EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO PERUANO

PRESENTACIÓN

El estudio de esta primera unidad tiene por objeto conocer como ha sido el proceso de reconocimiento de los derechos del niño, dentro del sistema internacional de derechos humanos y su recepción en el derecho interno peruano.

Su finalidad es apreciar la evolución realizada a partir de meras declaraciones no vinculantes hasta la configuración de un tratado internacional sobre derechos humanos con fuerza jurídica que constituye la base del sistema internacional de protección de los derechos del niño. La ratificación por parte del Estado peruano ha determinado la recepción del referido sistema internacional de protección de los derechos del niño y, por tanto, interesa destacar su aplicación directa por los órganos jurisdiccionales.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cómo ha sido el proceso de reconocimiento de los derechos del niño en el sistema internacional de derechos humanos.
2. ¿Qué efectos produce la recepción de la Convención sobre los Derechos del Niño en el derecho interno peruano?
3. ¿Cómo aplicar directamente la Convención sobre los Derechos del Niño en la resolución de procesos judiciales?

“1. Cuando un Estado ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, asume, en virtud del derecho internacional, la obligación de aplicarla. La aplicación es el proceso en virtud del cual los Estados Partes toman medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la Convención a todos los niños situados dentro de su jurisdicción. El artículo 4 exige que los Estados Partes adopten "todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole" para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. El Estado es quien asume obligaciones en virtud de la Convención, pero en la aplicación de ésta, es decir, en la labor de traducir en la realidad los derechos humanos de los niños, tienen que participar todos los sectores de la sociedad y, desde luego, los propios niños. Es fundamental hacer que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de ésta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva. Además, el Comité de los Derechos del Niño ha identificado toda una serie de medidas que se necesitan para la aplicación efectiva de la Convención, entre ellas el establecimiento de estructuras especiales y la realización de actividades de supervisión y formación, así como de otras actividades, en el gobierno, en el parlamento y en la judicatura, en todos los niveles”.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N°5. 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. Página 2.

La relación de los niños, niñas y adolescentes con los Derechos Humanos tiene íntima vinculación con la vigencia del nuevo paradigma.

Es preciso reconocer, cuán restringida sigue siendo la concepción que se tiene y la acepción que comúnmente se acepta y se da a los derechos humanos al circunscribirlos, en primer lugar y casi exclusivamente, a la órbita de los derechos de los adultos y en segundo lugar, al prácticamente reservarlos para aquellos

derechos de los adultos que en una u otra forma, entran en contradicción o conflicto con el poder³.

Pese a que, sin duda alguna, los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, son aplicables a todas las personas, con independencia de cualquier particularidad, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección. Uno de estos grupos son los niños. La Convención sobre los Derechos del Niño reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y por ello, con justa razón pueden denominársele como un instrumento contra la discriminación y a favor de igual respeto y protección de los derechos de todas las personas⁴.

La crisis de los regímenes autoritarios, primero en Europa, entre finales de los años cuarenta y finales de los setenta, y después en América Latina, a finales de los años ochenta, ha permitido, entre otras cosas, medir empíricamente la importancia del restablecimiento y el desarrollo del Estado democrático de derecho para el reconocimiento normativo y la real protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a nivel internacional y nacional. Tanto en Europa como en América Latina, el nuevo discurso sobre los derechos humanos se extendió, durante la segunda mitad del siglo, hacia los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en base a una línea de tendencia internacional que encontró expresión en la doctrina y en los documentos de las Naciones Unidas⁵.

Hay una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos. La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluido los

³ Cfr. ALBANEZ, Teresa. Por qué una Convención sobre los Derechos del Niño. En, Boletín del Instituto Interamericano del Niño. N°230. Julio de 1990. Página 8.

⁴ Largo ha sido el camino de la humanidad en la formulación y, decididamente, en la aceptación de estos derechos humanos, políticos, civiles, sociales y económicos. No obstante, hoy en día la muerte de un niño por causas fácilmente prevenibles, la enfermedad controlable por medios accesibles, la desnutrición severa, la privación de la educación primaria, el maltrato físico y psicológico que a diario muchos reciben en sus frágiles cuerpos y mentes, ya sea en sus casas y por parte de otros, o en la explotación laboral y sexual a que se ven sometidos, son situaciones que no sólo pasan desapercibidas a pesar de su recurrente incidencia, sino que no se consideran violación de los derechos humanos, los derechos humanos de los niños.

⁵ Cfr. BARATTA, Alessandro. Infancia y democracia. En, Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Tomo I. Buenos Aires, Depalma, 1999. Página 39.

niños, niñas y adolescentes, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber del Estado promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, 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, niñas y adolescentes⁶.

No hay dudas que a partir de la existencia de la Convención sobre los Derechos del Niño se ha producido una internalización de los derechos del niño, como comprensivo de los derechos humanos. En verdad, la Convención sobre los Derechos del Niño no es otra cosa que la versión de la Declaración Universal de Derechos Humanos en personas de hasta 18 años de edad. De manera que los niños, niñas y adolescentes son titulares de derechos humanos fundamentales.

Con la Convención sobre los Derechos del Niño se estableció definitivamente un sistema internacional de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que hay que conocer.

1. El sistema internacional de protección de los Derechos del Niño.

Tónica general, hasta el siglo XX, fue el hecho de considerar al menor de edad, y por tanto al niño, al margen de las reivindicaciones generales en materia de derechos, y como consecuencia de ello, sin una respuesta jurídica efectiva.

Los derechos del niño han carecido de reconocimiento jurídico hasta entrado el siglo XX. Han surgido Declaraciones, Convenciones..., que de una forma más o menos directa tienden a proteger los derechos de los niños. Ello ha sido así, por cuanto se asumió 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 niños⁷. El niño comienza a ser considerado como un sujeto cuyos derechos fundamentales deben ser especialmente protegidos, al entenderse que los abusos producen graves daños en el menor.

El movimiento en defensa de los niños, que comienza en Inglaterra, 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. A partir de ese momento, comienzan a aparecer distintos

⁶ Cfr. CILLERO BRUÑOL, Daniel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En, Infancia, Ley y Democracia. Tomo I. Buenos Aires, Depalma, 1999. Página 69.

⁷ Vid. GONZALEZ, Sonia M. La protección de la infancia en el marco del Derecho Internacional. Madrid, Cruz Roja Española, 1991. Página 22.

documentos en los que la esfera de protección al niño, aunque a veces sea de forma indirecta, se va ampliando paulatinamente⁸.

Los primeros textos no contenían los derechos que se han reconocido como clásicos; destacándose que no son más que una serie de deberes básicos que asume la Humanidad y que emanan de un intento claro de evitar que los niños sufrieran aún más los resultados de la guerra. Se intentaba garantizar, con ello, que todos los niños recibieran una educación en un ambiente de hermandad y de solidaridad con sus hermanos.

A partir de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que supone el inicio de la actividad de las Naciones Unidas, se elaboraron multitud de textos que protegen de forma específica los derechos enunciados en ella. En muchos de ellos, 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

⁸ La preocupación por los niños, se suscita en la comunidad internacional con la creación de la Sociedad de Naciones, es decir, finalizada la Primera Guerra Mundial. Antes de esos años ya se hizo patente una cierta lucha por conseguir dotar a los niños de derechos, lucha que surge de la preocupación existente en algunos Estados e incluso por la de asociaciones de carácter humanitario. Tal fue el caso del "Fondo para Salvar a los Niños" creado por la maestra inglesa Englantine Jebb, cuyo fin era conseguir ayuda económica destinada a aquellos que vivían en los países devastados por la guerra.

Terminada la contienda, el 6 de enero de 1920, y amparada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, crea en Ginebra la Unión Internacional para Salvar a los Niños. La actividad de este organismo sería prácticamente la misma: la ayuda a los niños víctimas de la guerra. Sin embargo, en 1922, la Unión Internacional redacta un documento, mal llamado "Declaración de los Derechos del Niño", en el que se exponen los deberes de los pueblos de atender al desarrollo físico, moral, espiritual y social del niño. En este sentido, los derechos del niño son más bien "prerrogativas reconocidas a los que son social y jurídicamente responsables de su desarrollo". Un año después, la Unión Internacional para el Socorro de la Infancia hizo suyo el mismo texto.

Es este el primer documento que se encuentra con tal denominación, aunque se debe destacar que se produce con un fin únicamente humanitario, y que en lugar de enumerar derechos se limita a señalar pautas de actuación de la sociedad con respecto al niño. Sin embargo, si sirvió de base para posteriores Declaraciones.

El Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919 incluye el Pacto constitutivo de la Sociedad de Naciones, de la que formaron parte, en un principio, cuarenta y tres países, aunque llegaron a pertenecer a ella sesenta y tres.

La Sociedad de Naciones en su V Asamblea, el 24 de septiembre de 1924, adoptó el siguiente texto, basándose en el documento citado que redactó Englantine Jebb: "Por la presente Declaración de Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y las mujeres de todas las Naciones, reconociendo que la Humanidad debe conceder al niño cuanto estime mejor y más beneficioso para él, afirma como sus deberes, excluida toda consideración de raza, nacionalidad y creencia religiosa, los siguientes:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de realizar normalmente su desarrollo físico y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el niño retrasado en su educación debe ser alentado a proseguirla; el niño desviado de la buena senda debe ser vuelto a ella; el huérfano y el abandonado deben ser corregidos y socorridos.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorros en toda ocasión de calamidad pública.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganar la subsistencia y de ser protegido contra toda clase de explotación.
5. El niño debe ser educado, inculcándosele el sentimiento del deber que tiene de poner todas sus cualidades al servicio de sus hermanos".

Vid. ALVAREZ VELEZ, Ma. Isabel. La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español. Madrid, UPCO, 1994. Páginas 24-25.

la esclavitud; en los que se protege no sólo 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 moral⁹.

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 niños¹⁰.

Finalmente, dentro de esta línea de protección indirecta al menor 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 desarrollo¹¹.

Un nuevo conflicto, la Segunda Guerra Mundial, consiguió que la cuestión de los niños fuese de nuevo una preocupación para determinadas asociaciones más bien de carácter humanitario, tal como ya había sucedido durante la primera gran guerra. En ese sentido, la Liga Internacional para la Educación Nueva, elaboró en Londres, en 1942, una Carta de la Infancia, con la que se pretendía salvaguardar a los niños de las repercusiones de ese nuevo desastre mundial¹². Sin embargo, la trascendencia internacional de la Carta fue mínima.

⁹ Sobre lo primero, en el Convenio para la Represión de la Trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena –aprobada por la Asamblea General el 2 de diciembre de 1949–, se dispone que los Estados deben asimismo controlar las agencias dedicadas a proporcionar trabajo a las mujeres y niños, pues estas agencias son el cauce habitual que les conduce a la prostitución.

Respecto de lo segundo, en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones o prácticas análogas a la esclavitud –aprobado por la Conferencia de Plenipotenciarios el 7 de septiembre de 1956–, se señala como una práctica a abolir a aquella “en virtud de la cual, un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, por uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven”. *Vid.* Derechos Humanos: Recopilación de instrumentos internacionales. Naciones Unidas. Nueva York, 1983. Páginas 19 y siguientes.

¹⁰ En la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados –aprobada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios–, destaca que los Estados firmantes deberán comprometerse a mantener a los refugiados los derechos de carácter personal y familiar reconocidos por su Estado de origen.

Con relación a los apátridas, en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas –aprobada el 28 de septiembre de 1954 por la Conferencia de Plenipotenciarios– se equipara a los apátridas en derechos a los nacionales del país en el que se asienten, de forma especial en los derechos que hacen referencia al ejercicio de la libertad de religión y al derecho de poder educar a sus hijos conforme a sus convicciones. *Vid.* Derechos Humanos: Recopilación de instrumentos internacionales. Páginas 32 y siguientes.

¹¹ En el Convenio relativo a la protección de la maternidad, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 28 de junio de 1952, se reconoce el derecho de la mujer a un periodo de descanso mínimo (dos meses) después del parto, para dedicarlo a la lactancia y al cuidado del niño recién nacido, al que se considera en ese momento necesitado de unos cuidados especiales. *Vid.* Derechos Humanos: Recopilación de instrumentos internacionales. Páginas 54 y siguientes.

¹² La Carta quedó formulada de la siguiente forma: “Derechos esenciales que hay que asegurar y garantizar a todos los niños sin consideración alguna de sexo, raza, nación, confesión religiosa o posición social: La personalidad del niño es sagrada. Las necesidades de la infancia deben servir de base para todo buen sistema de educación. Hay que considerar como deber propio, en la utilización de los recursos de la Nación, el derecho de todo niño a ser alimentado, vestido y

Luego de largo proceso de discusión promovido por la Comisión de Asuntos Sociales y concluido por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en 1959 se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño¹³.

La nota característica de la Declaración es la brevedad, que se justificó en el deseo finalista que tiene el texto: llevar a la sociedad la conciencia de los derechos de la persona durante la primera etapa de su vida; tiene por objeto a los niños, pero se dirige a los adultos.

Por otra parte, esta Declaración añade algo a la Universal de los Derechos Humanos; ambas tienen como fin mejorar las condiciones en que se desarrolla la vida del ser 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

alojado. Es necesario asegurar a todo niño la asistencia médica y el tratamiento que necesita. Hay que facilitar a todo niño, sin distinción, el modo de acceder a las fuentes del saber y de la sabiduría de su Nación. Se debe otorgar a todo niño todo el tiempo necesario para su formación escolar. Es necesario que todo niño esté en grado de recibir formación religiosa”.

Sin embargo, y al igual que ya había sucedido con otros documentos, la trascendencia internacional de la Carta fue mínima. Por una parte, se limita a recoger un conjunto de deberes que las naciones deben garantizar a los niños que viven en su territorio, con el fin de evitar que su educación se vea afectada por la situación de la guerra. Además, hay que considerar que es una Declaración que no cuenta con el respaldo internacional necesario, para considerarla un texto esencial. *Vid.* FAUBELL, Víctor. Notas históricas y textos acerca de los Derechos del Niño. Revista de Ciencias de la Educación. Órgano del Instituto Calasanz de Ciencias de la Educación. Nº99-100. Julio-Diciembre. Madrid, 1979. Página 232.

¹³ La Declaración, que consta de diez principios, se puede dividir para su estudio en dos partes. Un primer grupo, que corresponde a los siete primeros principios, donde se recogen los derechos esenciales, y el resto, donde se establecen las medidas de protección al niño.

En síntesis, los siete derechos que se recogen son los siguientes:

1. El niño es sujeto de todos los derechos sin que en ningún caso pueda ser objeto de discriminación de ningún tipo. Después de la Segunda Guerra Mundial la pedagogía moderna entiende de que lo sufrido durante la infancia afecta la vida del adulta, y por ello si el niño sufre discriminación la aplicará en la edad adulta.
2. El niño gozará de protección especial, para que su desarrollo sea integral. Las Naciones Unidas entienden que el óptimo desarrollo se consigue manteniendo al niño junto a sus padres el mayor tiempo posible, pues la familia es la institución fundamental de la sociedad donde el niño encuentra la paz y la seguridad necesarios, y un desarrollo moral, que aunque nunca termina, si es claro que comienza en la infancia.
3. El niño tiene derecho a un nombre y a una nacionalidad. Con ello, es clara la preocupación por evitar que se produzcan situaciones de apátrida.
4. El niño tiene derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social, de una forma directa, como sujeto independiente de su familia. Es bien claro que el niño suele obtener esos beneficios, que hacen referencia normalmente a la asistencia médica, a través de su familia, pero si carece de ésta no debe verse privado de recibir esos beneficios.
5. El niño impedido física o mentalmente tiene derecho a un tratamiento especial; el que se vincula con el anteriormente citado.
6. El niño tiene derecho y necesidad de amor y comprensión, que en la medida de lo posible obtendrá en el seno de su familia, o en su caso sin separar a los niños de corta edad de sus madres. Incluso, en caso de conflictos conyugales se respeta que el niño en la primera infancia permanezca al lado de su madre.
7. El niño tiene derecho a recibir una educación primaria, gratuita y obligatoria; igualdad de oportunidades y responsabilidad única de los padres o tutores para elegir el tipo de educación que desean para los menores a su cargo.

En cuanto a las medidas de protección la Declaración de los Derechos del Niño hace referencia al socorro preferente del niño; a la protección contra el abandono, la crueldad y la explotación de los niños; y, la supresión de toda práctica discriminatoria. *Vid.* ALVAREZ VELEZ, Ma. Isabel. *Op cit.* Páginas 52-53.

individuo: la niñez. Por eso, 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.

Si realizamos un pequeño análisis de las diferencias, tanto en el planteamiento como en el fondo entre las dos Declaraciones relativas al niño -la de 1924 y la de 1959-, lo primero que destaca es la gran sencillez de ambas. En cierto sentido, el texto de 1959, desarrolla el contenido de algunos derechos que no habían quedado redactados, ni expresados con profundidad en el primer texto.

La Declaración de Ginebra nace inspirada por las personas que se enfrentaron a los desastres de la Primera Guerra Mundial, y se pretendía con ella evitar a los niños los sufrimientos causados por ésta. Fue, por tanto, más el producto de un momento social, y buscaba, no ya el reconocimiento de los derechos, ni la protección en el campo jurídico, sino crear una conciencia social adecuada para que esa protección surgiera.

Por el contrario, la Declaración de 1959, no está ya dirigida a la “humanidad”, sino a todos aquellos con responsabilidad tanto social como política, para que apliquen de forma directa esos principios, y en definitiva, para que éstos se traduzcan en medidas legislativas que tiendan a la protección de los niños.

Aún 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.

Al ser simples principios programáticos los derechos en ella recogidos actúan como modelos abiertos que ofrecen un gran número de posibilidades políticas. Sumando este factor, a la pérdida de protagonismo de los derechos individuales a favor de los sociales, encontramos que el modelo establecido en la Declaración de 1959 deja de tener funcionalidad para la época actual. Se debe tener en cuenta, de otro lado, que la consideración de la infancia como una etapa del ser humano en que éste necesita protección no es un hecho tradicional, sino que ha surgido durante los dos últimos siglos. Así, tal consideración especial, el cuidado de la infancia, no podía menos que

plasmarse en un derecho específico, que como tal debe contener principios de carácter general.

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

En 1978, debido a que la Declaración de 1959 carecía de una exhaustiva enumeración de los derechos de los niños, así como por su carácter, ya analizado, de texto sin obligaciones jurídicas para los Estados Parte, el Gobierno de Polonia presentó a la Comisión de Derechos Humanos un proyecto sobre una Convención de las Naciones Unidas, relativa a los Derechos del Niño¹⁴.

Recién, en el mes de noviembre de 1989, coincidiendo con el XXX aniversario de la Declaración de Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas, y a petición de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, fue presentado el proyecto de Convención. Después de su adopción por la Asamblea General, la Convención sobre los Derechos del Niño quedó abierta a la firma el 26 de enero de 1990.

Los objetivos de la Convención¹⁵ 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

¹⁴ La propuesta de Polonia fue presentada en la reunión 1438º, el 13 de febrero de 1978, a través del Documento E/CN.4/L.1366/Rev.1 y apoyada además por Austria, Bulgaria, Colombia, Jordania, Senegal y Siria. Se pretendía que fuera adoptada en 1979, que había sido declarado, en conmemoración al XX aniversario de la Declaración de 1959, Año Internacional del Niño.

Este primer intento, sin embargo, no obtendría el éxito esperado. Ciertamente para la elaboración de una Convención se necesitan reuniones continuas de la Comisión de Derechos Humanos. Fue imposible que en el plazo marcado de un año, la Comisión pudiera realizar todo el trabajo pendiente, que, además y poco a poco, fue incrementado por las aportaciones de los distintos miembros de la Comisión de Derechos Humanos.

Posteriormente y a los efectos de lograr que se aprobara dicha Convención, la Misión Permanente de la República Popular Polaca ante la oficina de las Naciones Unidas, con sede en Ginebra, envió, el 5 de octubre de 1979, a la división de Derechos Humanos, un nuevo proyecto de Convención para que fuera distribuido entre todos los Gobiernos.

En 1979 y a petición de la Asamblea General, la Comisión de Derechos Humanos, en su sesión 1479º, creó un grupo de trabajo, también con sede en Ginebra, de composición no limitada, con el fin de elaborar dicha Convención. Los trabajos comenzaron utilizando como texto base el segundo documento elaborado por Polonia. A partir de esta fecha, el grupo de trabajo celebró sus reuniones, cada año, durante una semana.

Las actas y documentos presentados por los distintos representantes han sido publicadas en DETRICK S. The United Nations Convention on the Rights of the child. (A guide to the “Travaux Préparatoires”). Dordrecht, Martinus Nijhoff Publisher, 1992.

¹⁵ Debe tenerse presente que todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño se sustentan en dos premisas. Por un parte, un principio básico de igualdad, recogido en el artículo 2, y formulado como “no-discriminación”. Un segundo principio de carácter más abstracto, formulado en el artículo 3, que establece que para tomar las decisiones que afecten al niño es necesario tener en cuenta el “interés superior” de éste. Cfr., ALVAREZ VELEZ, Ma. Isabel. Op cit. Páginas 84-85.

deberes de los diferentes Estados y de las autoridades competentes; 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”¹⁶.

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 si no 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 Niño¹⁷.

La finalidad de este Comité es la de “examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes”, en base a los informes presentados por estos.

A modo de conclusión, de lo expuesto en este punto, el mayor logro de la Convención es su misma existencia, puesto que supone el instrumento internacional más importante en defensa de los derechos de los niños. Como tal, tiene un carácter obligatorio, puesto que no es un simple cuerpo de principios, como lo era la Declaración de 1959. De esta forma, y también en lo referente a los niños, se cumple el deseo de las Naciones Unidas, de recoger en un texto, con fuerza jurídica, un amplio catálogo de derechos y, por supuesto, de obligaciones que debe acatar el Estado que se adhiera a ella.

La Convención considera al niño como alguien que requiere protección y asistencia especiales, pero también lo reconoce como sujeto de derechos y libertades, y con capacidad para participar en la toma de decisiones en los asuntos relativos a su persona.

¹⁶ CARRERAS, María. Los derechos del niño: de la Declaración de 1959 a la Convención de 1989; en BALLESTEROS, J. (editor). Los Derechos Humanos. Madrid, Ed. Tecnos, 1992. Página 187.

¹⁷ Como se ha venido señalando, la Declaración de Derechos del Niño de 1959, carece, al igual que el resto de las Declaraciones de las Naciones Unidas, de fuerza vinculante para obligar a los Estados a adoptar en sus ordenamientos medidas que supongan una garantía efectiva en la protección de la infancia.

No obstante, desde la aprobación de la Declaración Universal de 1948, existe una clara tendencia progresiva de los mecanismos menos vigorosos hacia los que ofrecen un mayor grado de garantía y de fuerza vinculante.

2. La protección jurídica de la infancia.

El respeto de los derechos del niño constituye un valor fundamental en una sociedad que pretenda practicar la justicia social y los derechos humanos. Ello no sólo implica brindar al niño cuidado y protección, parámetros básicos que orientaban la concepción tradicional sobre el contenido de tales derechos, sino que, adicionalmente, determina reconocer, respetar y garantizar la personalidad individual del niño, en tanto titular de derechos y obligaciones. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁸ ha precisado que:

“la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos 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”.

Pero, cabe preguntarse por qué la infancia merece un trato diferente, que no puede ser considerado como discriminatorio, en el marco constitucional y de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹ ha precisado que:

“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño, *supra* nota 8.

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC 4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, *supra* nota 34, párr. 55.

De acuerdo con ello, no podrían introducirse en el ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley. Sin embargo, no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Por lo que sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en diferenciaciones de tratamiento jurídico, sin que esto contraría la justicia. Más aún, tales 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. Siendo así, "[n]o habrá, pues, 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 pueda afirmarse que exista 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 proporcionado una fundamental conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no puede perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana"²⁰.

Los niños poseen 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.

De acuerdo con ello, la especial protección que les reconoce la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. A tales derechos especiales les corresponden deberes específicos, vale decir la obligación de garantizar la protección necesaria, a cargo de la familia, la sociedad y el Estado. A estos dos últimos, se les requiere 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

²⁰ *Ibidem. supra* nota 34, párr. 57. Adicionalmente, en la misma opinión consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que no existe "discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio".

ésta naturalmente tiene a su cargo para brindarles protección²¹. Esta es la verdadera comprensión de la previsión del artículo 4 de la Constitución cuando se indica que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”. No supone, por tanto, la adscripción a la teoría de la situación irregular por la referencia a la “situación de abandono”.

En cuanto a la protección especial para el caso de los niños y adolescentes, el Tribunal Constitucional²² ha expresado –a propósito del artículo 4 de la Constitución de 1993- 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”.

La tutela permanente que con esta disposición se reconoce 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 mencionado artículo 4, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y del principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al artículo 3, inciso 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Explica el Tribunal Constitucional²³ que:

“dentro del orden de prelación y jerarquías existente al interior de una Constitución, es decididamente un hecho incontrovertible, que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia y más aún, si se encuentra en situación de abandono,... independientemente de que tal dispositivo reposa directamente sus fundamentos en el artículo 1º de la Norma Fundamental y es, por consiguiente, rigurosamente tributario del principio “Dignidad de la Persona”.

²¹ La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. En la Declaración de los Derechos del Niño se indica que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

²² Caso Ludesminio Loja Mori. STC 3330-2004-AA/TC, del 11 de julio de 2005. Fundamento jurídico 35.

²³ Caso Blanca Lucy Borja Espinoza. STC 0298-96-AA/TC, del 3 de abril de 1998.

La protección superlativa que ha sido prevista en la Constitución es permanente, pero la responsabilidad no sólo es del Estado, pese a que siempre los reclamos son siempre dirigidos a éste, sino de la comunidad toda. 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.

Sobre los alcances de la protección resulta ilustrativo citar el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño²⁴:

"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".

3. El carácter vinculante de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El fundamento de la obligatoriedad de los tratados se apoya en los principios del *pacta sunt servanda* y de la buena fe. Así, el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 señala: *"Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"*. De ello se tiene que 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.

El Tribunal Constitucional ha destacado 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 manera, los tratados sobre derechos humanos*

²⁴ Complementariamente, en su Observación General 17 sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos ha precisado que las medidas de protección que deben adoptarse corresponden ser determinadas por cada Estado "en función de las exigencias de protección de los niños que se encuentran en su territorio al amparo de su jurisdicción. El Comité observa a este respecto que esas medidas, aun cuando estén destinadas en primer término a garantizar a los niños el pleno disfrute de los demás derechos enunciados en el Pacto, pueden también ser de orden económico, social y cultural. Por ejemplo, deberían adoptarse todas las medidas posibles de orden económico y social para disminuir la mortalidad infantil, eliminar la malnutrición de los niños y evitar que se les someta a actos de violencia o a tratos crueles o inhumanos o que sean explotados mediante trabajos forzados o la prostitución; o se les utilice en el tráfico ilícito de estupefacientes o por cualesquiera otros medios. En la esfera cultural, deberían adoptarse todas las medidas posibles para favorecer el desarrollo de la personalidad del niño e impartirle un nivel de educación que le permita disfrutar de los derechos reconocidos en el Pacto, en particular la libertad de opinión y de expresión. Además, el Comité desea señalar a la atención de los Estados Partes la necesidad de que en sus informes incluyan datos sobre las medidas adoptadas para garantizar que el niño no participe de manera directa en los conflictos armados". COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General 17. Los derechos del niño (artículo 24), 07/04/1989. CCPR/C/35, párrafo 3.

ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado”²⁵.

La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional sobre derechos humanos que contiene el 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.

Dicho conjunto de derechos, que componen el catálogo, constituye el mínimo exigible al Estado. Nada autoriza a que el Estado lo restrinja y nada obsta, o más bien todo alienta al Estado para que incluya otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional, para que amplíe el alcance y contenido de un derecho del catálogo o para que mejore las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos existentes²⁶. En ese sentido, la obligación de los Estados de procurar el ejercicio de los derechos del niño no es una obligación estática, sino dinámica y progresiva, que debe permitir el mejoramiento de las condiciones necesarias para el pleno goce de estos derechos.

El carácter vinculante surge para el Estado por su ratificación o adhesión voluntaria y de buena fe. A partir de ello, el Estado se obliga, 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.

En general, 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.

La obligación de respetar los derechos humanos, implica para el Estado y sus agentes una abstención de realizar cualquier acto, sea de naturaleza administrativa, legislativa o judicial que amenace o viole los derechos humanos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁵ Caso Pedro Andrés Lizana Puelles. STC 5854-2005-PA/TC-PIURA, del 9 de noviembre de 2005. Fundamento jurídico 22.

²⁶ SANTISTEBAN DE NORIEGA precisa que “los tratados sobre derechos humanos tienen una vocación progresiva o de desarrollo. Ello significa que los derechos reconocidos en el catálogo constituyen un estándar mínimo que se exige al Estado”. En, SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge. Constitución, Derechos Humanos y la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito jurisdiccional. En, Apuntes sobre la Reforma Constitucional. Academia de la Magistratura. Revista Institucional N°6. Lima, Junio 2002. Página 273.

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 y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos del niño. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos del niño.

Por el carácter vinculante, la Convención 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 cabo²⁷.

La existencia de mecanismos de supervisión en la Convención sobre los Derechos del Niño determina para el Estado la obligación de cooperar en la supervisión internacional, proporcionando información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en su jurisdicción, a fin de que el Comité sobre los Derechos del Niño pueda evaluar si dicho Estado cumple o vulnera los derechos específicos de la infancia y, en su caso, dictar la recomendación correspondiente.

4. La interpretación de los derechos específicos de la infancia.

Como parte del sistema internacional de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño participa de las características especiales que el derecho internacional de los derechos humanos²⁸ reconoce para la eficiencia de los derechos humanos, a saber:

- **La autoaplicabilidad:** El carácter de autoejecutividad o autoaplicabilidad de los tratados sobre derechos humanos, consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el derecho interno, sin necesidad de un desarrollo legislativo previo, por lo que los jueces

²⁷ NOVAK, Fabián y SALMON, Elizabeth. Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos. Instituto de Estudios Internacionales. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2000. Página 55.

²⁸ El ámbito de los derechos humanos ha venido adquiriendo entidad propia. Se desarrolla tanto en el marco del Derecho Constitucional cuanto en el del Derecho Internacional Público, pero su propia especificidad y el formidable reconocimiento que viene logrando hace que hoy se hable del Derecho de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 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. Página 51.

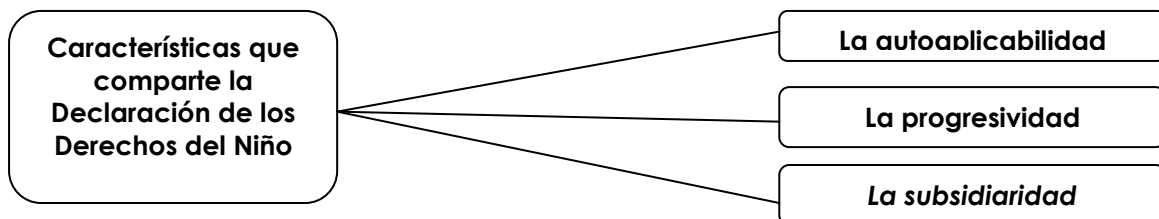
pueden (y deben) aplicar las disposiciones de los tratados en forma directa e inmediata²⁹.

A partir de esta característica, se 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. Las normas de los tratados sobre derechos humanos contienen mandatos aplicables directamente y exigibles judicialmente.

- **La progresividad:** Por esta característica, el sistema internacional de los derechos humanos 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.

Asimismo, esta característica busca el desarrollo constante del sistema internacional de derechos humanos, cuyos mecanismos y normas básicas permiten su progreso permanente y su adaptación a la circunstancia histórica de tiempo y espacio en que se aplican³⁰.

- **La subsidiaridad:** El sistema internacional de los derechos humanos es un mecanismo de supervisión internacional, constituyéndose en un sistema subsidiario, es decir que antes de ponerse en funcionamiento, se presume la actuación de un sistema de protección interna. Debe funcionar en un primer momento el sistema jurídico en materia de derechos humanos y de prevención de violación de cada Estado. Ello implica que, al interior del Estado, debe existir un ordenamiento jurídico que, a la vez, consagre derechos y tenga previsto un mecanismo rápido y eficaz para reparar las violaciones de los mismos.



²⁹ *Ibidem*. Página 56.

³⁰ GROSSMAN, Claudio. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En, Foreign Affairs en español. N°1. Página 115.

Las anotadas características especiales que el derecho internacional de los derechos humanos reconoce para la eficiencia de los derechos humanos, responden a su naturaleza jurídica particular de ser no sinalagmáticos por conferir derechos a los individuos frente al Estado, el que a su vez, tiene la obligación de respetar estos derechos para con ellos. Tal especial naturaleza determina que ellos posean sus propios principios de interpretación; debiéndose tenerse presente al momento de la interpretación del tratado, la mencionadas características especiales.

En el ámbito del Derecho Internacional, la interpretación de cualquier tratado, plantea dos cuestiones esenciales: quién puede interpretar y cómo se interpreta³¹.

En cuanto al quién, la interpretación 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 otro u otros Estados contratantes. A estos habría que agregar la interpretación doctrinal, que es aquella llevada a cabo por los juristas por medio de dictámenes, resoluciones y acuerdos de institutos científicos, publicaciones, etc.³²

En cuanto al cómo, 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. Adicionalmente existen otros principios especiales de interpretación aplicables sólo 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. Esto no descarta que si se trata

³¹ DE LA GUARDIA, Ernesto y DELPECH, Marcelo. El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969. Buenos Aires, Feyde, 1980. Página 218.

³² *Ibidem*. Página 221.

de términos jurídicos o técnicos deba tomarse en consideración su significado jurídico. Sin embargo, el principio general es que cada palabra de un tratado sea interpretada conforme a su uso diario.

a.2 Del contexto.- Conforme a 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 sí³³.

El artículo 31 de la Convención de Viena precisa que el contexto comprende el texto, el preámbulo y los anexos; además, todo otro acuerdo concertado entre las mismas partes que se refiera al tratado sí como los actos de carácter unilateral, tales como las declaraciones interpretativas. De tal forma que *“el contexto del tratado puede también desprenderse de otros instrumentos diferentes al tratado mismo, como podrían ser las resoluciones dictadas por la misma Conferencia en la que se negoció y adoptó el tratado o las declaraciones formuladas por los representantes de un Estado al momento de la firma del tratado y que los otros contratantes aceptan como un instrumento conexo al tratado”*³⁴.

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)”*³⁵. En otras palabras, en cualquier proceso de interpretación debe tenerse siempre en cuenta el objeto para el cual fue creado el tratado.

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. Aplicar el tratado supone haberlo comprendido, es decir interpretado. La práctica seguida en la aplicación de un tratado tiene en consecuencia, como fundamento, un cierto sentido aceptado por aquellos que la siguen. Pero más que nadie, las partes en el tratado deben comprender el sentido del tratado que ellas han celebrado, lo que ellas han querido verdaderamente. Se trata de

³³ DE LA GUARDIA, Ernesto y DELPECH, Marcelo. *Op cit.* Página 221.

³⁴ VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José, Juricentro, 1982. Página 180.

³⁵ DE LA GUARDIA, Ernesto y DELPECH, Marcelo. *Op cit.* Página 222.

una práctica que no puede ser más que subsecuente a la celebración del tratado porque ella concierne a la aplicación del mismo. Esta práctica no debe ser confundida con los trabajos preparatorios y las circunstancias en las que el tratado fue celebrado. 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:

Si de la aplicación de los principios generales principales de interpretación, se obtiene un resultado oscuro o ambiguo, se puede recurrir entonces a los denominados principios generales complementarios de interpretación, a efecto de determinar el verdadero sentido y alcance de un tratado. En otras palabras, estos principios complementarios no pueden ser aplicados de manera conjunta con los primeros sino tan solo cuando estos últimos no brindan un resultado cierto en la interpretación³⁶. Estos principios complementarios son:

b.1 Del efecto útil.- Este principio significa que las disposiciones 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.

b.2 De los trabajos preparatorios.- Es el procedimiento encaminado a averiguar la voluntad o intención de las Partes a través de 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”*³⁷.

c) Principios especiales:

Adicionalmente, para la interpretación de los tratados de derechos humanos, no solo deben tomarse en cuenta los principios generales de interpretación antes descritos, sino fundamentalmente, ciertos principios especiales que responden a la naturaleza jurídica de estos instrumentos. Estos principios especiales son:

³⁶ Así lo establece el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969, que expresamente señala la aplicación de estos principios complementarios: a) Cuando los principios principales “dejen ambiguo u oscuro el sentido; o b) Cuando conduzcan a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

³⁷ DE LA GUARDIA, Ernesto y DELPECH, Marcelo. *Op cit.* Página 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”*³⁸.

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 otras palabras, el intérprete siempre deberá optar por la norma más propicia para el individuo, aunque se tratara de una norma de inferior jerarquía o de una norma de carácter interno.

En el segundo caso, el principio consiste en interpretar la norma de la manera más favorable a la persona. En este sentido, si el precepto en cuestión permite dos o más interpretaciones, habrá que optar por la más protectora de la persona y desechar las más restrictivas³⁹.

Finalmente, cabe señalar que muchas veces este principio *pro homine* obliga al intérprete a dejar de lado el principio de interpretación “del objeto y fin del tratado”. Ello debido a que los tratados de derechos humanos buscan proteger a las personas y no a los Estados que lo celebran. *“Esto último significa que, siempre y en todos los casos, el fin último de protección a la persona, se debe colocar por encima de cualquier otro fin particular, que pueda ser perseguido por los Estados Partes de un tratado sobre derechos humanos, lo que en la práctica implica muchas veces dejar de lado este principio general de interpretación. En todo caso, si estos dos principios de interpretación resultan compatibles, no existirá problema alguno en aplicar ambos”*⁴⁰.

c.2 El principio de interpretación dinámica.- De acuerdo con este principio, las normas sobre Derechos Humanos deben ser interpretados conforme a los avances y progresos de la humanidad en el tiempo; en otras palabras, los tratados de derechos humanos deben ser interpretados de la manera más favorable al individuo, lo que implica que dicha interpretación se realice a la luz de los valores vigentes en ese momento, y no de los valores vigentes al momento en que se consagró el derecho. *“En suma, el principio de interpretación dinámica nos lleva a determinar el alcance y contenido de los*

³⁸ 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. Página 36.

³⁹ *Ibidem*. Página 37.

⁴⁰ *Ibidem*. Páginas 40-41.

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”⁴¹.

Aplicando lo expuesto, la Convención sobre los Derechos del Niño debe ser interpretado de acuerdo con los principios de la buena fe, con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos (*pacta sunt servanda*) y teniendo en cuenta su objeto y fin. Este último principio resulta 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 en definitiva, la protección de los derechos de la infancia.

Pero, además, al aplicar una norma de la Convención sobre los Derechos del Niño, debe entenderla conforme a los principios de interpretación específicos para los tratados de derechos humanos y a los dispositivos previstos en ese tratado de derechos humanos.

Siendo así, en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño debe preferirse una interpretación a favor del interés superior del menor, por ser éste el objeto y fin específico del tratado⁴².

Este principio de interpretación es también conocido como el criterio de la primacía de la norma más favorable a las personas protegidas (interpretación *pro homine*) expresamente en los tratados de derechos humanos. *"Este criterio permite, en primer lugar, reducir o minimizar considerablemente las supuestas posibilidades de "conflictos" entre instrumentos legales en sus aspectos normativos; contribuye, en segundo lugar, a obtener mayor coordinación entre tales instrumentos en dimensión tanto vertical (tratados e instrumentos de derecho interno) como horizontal (dos o más tratados); y, finalmente, contribuyen, en tercer lugar, a demostrar que la tendencia y el propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos sólo buscan ampliar y fortalecer la protección"*⁴³.

Asimismo, los derechos de la infancia deben entenderse e interpretarse de una manera amplia y dinámica; ello implica que, en sentido contrario, las restricciones a los derechos requieren de una interpretación restringida.

⁴¹ *Ibidem*. Página 43.

⁴² SANTISTEVAN DE NORIEGA, explica que -en general- para el caso de los tratados de derechos humanos el fin es siempre preservar la dignidad humana. En, *Op cit*. Página 274.

⁴³ CASCADO TRINDADE, Antonio. La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos. En, *El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos*. Ed. Lorena Gonzáles. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 1993. Página 19.

En ese sentido, la interpretación más adecuada de una norma de la Convención será aquella realizada al momento en que la interpretación se lleve a cabo, teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado. *"El fundamento de este principio se encuentra en que los valores protegidos que constituyen, a su vez, eventuales justificaciones a la restricción de estos derechos (moral, seguridad, etc.) son conceptos abiertos y dinámicos que pueden variar de contenido de acuerdo a los avances de la sociedad. De allí que los valores deben interpretarse de acuerdo al contenido vigente al momento de interpretarse"*⁴⁴.

En última instancia, toda interpretación debe sustentarse en la dignidad de la persona humana como fuente de toda protección y como valor supremo a partir del cual se desarrolla el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos.

5. La recepción de la Convención sobre los Derechos del Niño en el derecho interno peruano.

Existen diversas teorías que tratan de explicar cómo se produce la recepción de un tratado internacional en el ordenamiento interno de un Estado. No obstante, debe destacarse que nuestro ordenamiento jurídico no se afilia exclusivamente a una de las corrientes que se describirán seguidamente. Ello se comprueba, desde que en la Constitución no se han regulado los tratados internacionales en función del sistema de fuentes del derecho; conteniendo ella, sólo algunas disposiciones dispersas.

a) Tesis de la soberanía: *doctrina dualista y doctrina monista interna.* Sobre la base del principio de la soberanía jurídica de los Estados, para la doctrina dualista existen dos ámbitos o espacios propios del derecho y la jurisdicción: uno internacional y otro nacional. En efecto, según 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 relaciones jurídicas de sus ciudadanos con los otros y con el gobierno. De modo que, de acuerdo con esta tesis, los tratados no primarían sobre las leyes, tan sólo serían una fuente de interpretación para los jueces, sin capacidad jurídica vinculante⁴⁵.

⁴⁴ NOVAK, Fabián y SALMON, Elizabeth. *Op cit.* Página 81.

⁴⁵ La tesis dualista responde a la antigua concepción liberal del Estado nacional y soberano, que asumió el viejo principio de que no podían darse relaciones sobre similar materia entre el Derecho Internacional y el derecho interno, por que los hechos que normaban ambos derechos eran distintos.

En cambio, la doctrina monista destaca la uniformización del derecho y la jurisdicción en el ámbito internacional y nacional. Por ello, 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 internacional⁴⁶.

- b) Tesis internacional:** *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.

En ese sentido, la vieja tesis del monismo nacional se ha revertido hacia una doctrina del monismo internacional, que expresa jurídicamente la uniformización del derecho y la jurisdicción nacional en función de la internacional⁴⁷.

La segunda posición, caracteriza al derecho internacional como un derecho de coordinación, sobre la base de la responsabilidad de los Estados; en función de la cual, ya no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, sino su armonización sobre la base de la integración razonada del tratado al derecho interno⁴⁸.

- c) Tesis humanista:** *doctrina de la persona humana.* El derecho internacional de la segunda postguerra mundial ha establecido 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 sólo sea de manera limitada. Con esta tesis se afirma la primacía de la persona humana. De acuerdo con ella, en unos casos el tratado prevalecerá sobre la ley, cuando sea más beneficiosa a la persona humana;

⁴⁶ Es el caso de la tradición jurídica anglosajona, donde la ley del Parlamento incorpora el tratado internacional al derecho interno, pudiendo otorgarle la primacía al derecho estatal sobre el derecho internacional.

⁴⁷ La expresión más clara de esta 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.

⁴⁸ Surge la moderna noción del Estado supranacional que supedita el imperio de la ley al imperio del tratado internacional, en virtud a la expresa y voluntaria participación de los Estados en la formulación y aprobación de los tratados internacionales.

lo que en otros casos, podría derivar en la prevalencia de la ley, cuando esta sea más tutelar de los derechos humanos que el tratado⁴⁹.

Una vez producida la recepción del tratado internacional en el ordenamiento interno de un Estado, conviene analizar los efectos que ello causa. Al respecto, la doctrina ha clasificado a los tratados sobre derechos humanos de modo general, en dos grupos: uno primero en el cual se otorga efectos directos a disposiciones de dichos tratados considerándolos como "*self-executing*" o de aplicabilidad directa⁵⁰; y un segundo grupo en el cual el derecho constitucional determina que, aun ratificados, tales tratados no se tornan *ipso facto* derecho interno, sino que para ello se requiere legislación especial que los incorpore⁵¹.

Siendo la Constitución la norma de mayor jerarquía, la que establece la organización política del Estado, es en ella donde se desarrolla el tratamiento que el derecho interno hace de los tratados y en especial de los tratados de derechos humanos. De acuerdo con ello, 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 e, incluso, en algunos países se establecen los procedimientos especiales que se requieren para su aprobación.

En ese sentido, en las Constituciones se contemplan diversas cláusulas relacionadas con esta materia:

a) Cláusulas constitucionales interpretativas. Se presenta en aquellas Constituciones que han optado por otorgarles a los apoderados jurídicos pautas concretas acerca de cómo se deben interpretar los tratados de

⁴⁹ De esta tesis se desprende que, en tanto la persona humana ha pasado a constituir el sujeto de derecho por excelencia, que progresivamente otorga unidad al derecho internacional y nacional. En caso de conflicto entre los tratados internacionales y las leyes nacionales, debería prevalecer la norma que con mayor legitimidad resuelva el hecho a normar, es decir, la que mejor proteja los derechos humanos.

⁵⁰ La incorporación automática o "*self executing*" significa que el derecho internacional incorpora el concepto de las normas directamente aplicables, en relación con disposiciones de tratados susceptibles de ser invocadas por un particular ante un tribunal o juez, sin necesidad de un acto jurídico complementario para su exigibilidad e implementación. Sin embargo, para que una norma convencional pueda ser considerada como autoaplicable resulta necesaria la conjugación de dos condiciones: primero, que la norma conceda al individuo un derecho claramente definido y exigible ante un juez; y segundo, que sea ella suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente en un caso concreto, operando per se sin necesidad de un acto legislativo o medidas administrativas subsecuentes. *Vid.* CACADO TRINDADE, Antonio. *Op cit.* Página 16.

⁵¹ A través de esta forma especial de incorporación de los tratados de derechos humanos al derecho interno, no basta para que sea parte del mismo 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.

derechos humanos y en ellas han incluido referencias al derecho internacional⁵².

Siguiendo esta tendencia, la Constitución peruana de 1993 contiene una cláusula interpretativa, en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, en la que se señala que: *"Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú"*.

- b) Cláusulas constitucionales de derechos implícitos.** En este tipo de cláusulas se suele 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.⁵³.

En materia de derechos implícitos hay dos vertientes diferenciadas en el constitucionalismo latinoamericano. Por un lado, están aquellas constituciones en las que los derechos reconocidos constitucionalmente no excluyen otros incluidos en normas internacionales. La otra vertiente la integran 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 persona⁵⁴.

En la Constitución peruana, el constituyente optó por la segunda corriente al prescribir en el artículo 3 que: *"La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno"*.

- c) Cláusulas constitucionales reguladoras de procedimientos especiales.** Una técnica que algunas Constituciones utilizan, es prever mecanismos especiales para la aprobación o denuncia de tratados de derechos humanos. Los constituyentes optan por dejar de lado el procedimiento

⁵² BIDART CAMPOS, Germán. *La interpretación del sistema de Derechos Humanos*. En, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. N°19, enero/junio 1994. Página 28.

⁵³ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Los derechos no enumerados en la Constitución Nacional*. En, Anuales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Tomo XIV-1985. Buenos Aires, 1986. Página 103; DIAZ REVORIO, Javier F. *Tribunal Constitucional y derechos constitucionales "no escritos"*. En, Revista de la Corte Superior de Justicia en Cono Norte. Lima N°3, mayo del 2001. Página 37.

⁵⁴ DULITZKY, Ariel. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*. En, La aplicación de los tratados sobre los derechos humanos por los tribunales locales. ABREGU, Martín y COURTIS, Christian (compiladores). Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997. Páginas 42-43.

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 naturaleza⁵⁵.

Con relación a la Constitución peruana, ésta contiene dos cláusulas, en sus artículos 56 y 57, señalando lo siguiente:

"Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución".

Se agrega que:

"El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso. Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República. La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste".

- d) Cláusulas constitucionales declarativas.** Las llamadas cláusulas declarativas son aquellas que recurren a normas o principios cuyos contenidos no se encuentran determinados con precisión sino que tienen un alcance amplio que debe ser interpretado.

Este tipo de cláusulas se encuentra generalmente en los preámbulos de las normas, cuando señalan los fines y objetivos de los tratados, en pautas relativas a política exterior del Estado, en las que representan directrices de política y en pautas de actuación para órganos estatales, previendo deberes jurídicos que tienen por destinatarios a los órganos estatales⁵⁶.

⁵⁵ DULITZKY, Ariel. *Op cit.*. Página 44.

⁵⁶ DULITZKY, Ariel. *Op cit.* Página 45.

La Constitución peruana, en el primer párrafo del artículo 44, consagra una cláusula declaratoria al establecer que:

"Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y, promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la nación".

Cabe anotar que el Tribunal Constitucional, refiriéndose a los tratados como fuentes normativas, destaca que *"el tratado [...] tiene algunas características especiales que lo diferencian de las otras fuentes normativas. Ello porque, por un lado, los órganos de producción de dicha fuente (esto es, los Estados y los organismos internacionales que celebran el tratado), desarrollan su actividad productora en el ámbito del derecho internacional, y por otro, porque su modo de producción (por ejemplo las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –negociación, aprobación y ratificación) se rige por el derecho internacional público"*⁵⁷. Agrega que los tratados son incorporados a través de la integración normativa. Así, *"a diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para 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. Así, el artículo 55° de la Constitución dispone: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional". Es la propia Constitución, entonces, la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Por mandato de la disposición constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado"*⁵⁸. Por último, precisa que los tratados sobre derechos humanos son incorporados, además, a través de la integración interpretativa; cuando indica que *"adicionalmente cabe señalar que, si bien el artículo 55° de la Constitución es una regla general para todos los tratados, ella misma establece una regla especial para los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes. En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Como puede apreciarse, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de*

⁵⁷ Caso Gobierno Regional de San Martín. STC 047-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006. Fundamento jurídico 19.

⁵⁸ *Ibidem*. Fundamento jurídico 21.

derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55° de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa”⁵⁹.

6. La jerarquía de la Convención sobre los Derechos del Niño en el derecho interno peruano.

La jerarquía de los tratados de derechos humanos en nuestro orden jurídico resulta de vital importancia para nuestro análisis, en tanto que dicha jerarquía determina el valor normativo que ellos tienen. A su vez, ello deberá ser tomado en cuenta por los jueces, quienes deberán en definitiva aplicar dichos tratados en sus resoluciones y sentencias.

De la revisión de la Constitución de 1993, se aprecia que no tenemos determinada clara y expresamente la jerarquía de los tratados; que, por el contrario, el constituyente 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.

Sin embargo y respecto de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, se aprecian las siguientes tesis:

a) Rango supraconstitucional. Esta tesis uniformiza el Derecho y la jurisprudencia nacional e internacional, bajo la primacía del derecho internacional. En tal sentido, siguiendo la tesis monistas se asume la supremacía del tratado internacional sobre la Constitución -de tal manera que 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.

"Desde la doctrina de la integración, el artículo 57 de la Constitución de 1993 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

⁵⁹ Caso Gobierno Regional de San Martín. STC 047-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006. Fundamento jurídico 22.

*Ejecutivo", 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"*⁶⁰.

Este cambio operaría con la misma fuerza de ley de una *ley constitucional* capaz de reformar por sí misma la Constitución, en virtud de la autorización del poder constituyente. En el caso contrario que se aprobase el tratado sin el requisito del procedimiento agravado de votación para una reforma constitucional, dicho tratado sería inconstitucional; pudiéndose deducir su nulidad en sede constitucional.

- b) Rango constitucional.** Si bien la Constitución de 1993 no ha mantenido el antiguo artículo 105 de la Constitución de 1979, según el cual "*los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional...*"; una parte de la doctrina concluye que los tratados sobre derechos humanos ya no gozan de la misma jerarquía que la Constitución.

Sin embargo, otro sector de la doctrina señala que por la cláusula de los derechos implícitos *-numerus apertus-*, recogida en el artículo 3 de la Constitución ("*La enumeración de los derechos establecidos en el capítulo relativo de los derechos fundamentales no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno*"), 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.** Se basa en el valor que tienen los tratados internacionales sobre las normas legales del derecho interno, pero inferior a la Constitución. Este era el caso del artículo 101 de la Constitución de 1979, el que disponía: "*En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero*". Si bien la Constitución de 1993 no mantuvo este artículo; en cambio, sí mantuvo el referido a que "*las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*".

⁶⁰ ALVAREZ VITA, Juan. Tratados internacionales y ley interna. Lima, Universidad de Lima – Fondo de Cultura Económica, 2001. Página 83.

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.

- 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 éstas últimas normas igual jerarquía normativa que a la ley. Ahora bien, como los tratados internacionales aprobados y ratificados forman parte del derecho 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.

Esta concepción es propia de la antigua idea soberana del Estado nacional, que asumió el viejo principio según el cual, la validez y vigencia de un tratado internacional estaba a condición de que una ley nacional así lo dispusiera. Sin embargo, contemporáneamente el tratado internacional constituye una norma legal al interior de cada Estado, que también regula las relaciones del gobierno con sus ciudadanos.

- e) Tratados ejecutivos.** Los tratados simplificados son 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; asuntos que son de competencia administrativa del Poder Ejecutivo⁶¹.

⁶¹ En efecto, el primer párrafo del artículo 57 de la Constitución de 1993 define residualmente como competencia del Poder Ejecutivo las materias que no sean de carácter legislativas. Así, "el Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente...".

Los tratados simplificados definen su competencia por razón de la materia y la función que son propias del gobierno y la administración; las cuales delimitan el ámbito de su responsabilidad en temas, tales como los acuerdos de cooperación técnica internacional, bilaterales o multilaterales, que incorporan preferencias arancelarias, de libre circulación de personas o mercaderías, entre países o de organismos internacionales. Estos tratados simplificados mediante Ley N°26647 se ha uniformizado para que sean aprobados sólo por decretos supremos del Poder Ejecutivo.

Como se ha advertido, a diferencia de la Constitución de 1979, en la Constitución actual, el constituyente no ha señalado expresamente el valor normativo que se le debe asignar a los tratados, menos aún el tratamiento de los relativos a derechos humanos; lo que constituye un error⁶². Por este motivo, para conocer el valor normativo de los tratados es necesario recurrir a una labor interpretativa.

Los que sostienen la tesis del rango legal de los tratados de Derechos Humanos se fundamentan en dos cuestiones: primero, el tratado es aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa, según lo dispuesto en el artículo 56 de la Constitución. Sin embargo, es de observarse que el tratado y la norma aprobatoria en el derecho interno son actos distintos que no deben confundirse. *"La norma aprobatoria, en nuestro caso es una resolución del Congreso, resulta siendo un acto autoritativo del ingreso del tratado al derecho interno que revista tal modalidad para fiscalizar o controlar el acto principal que es el tratado"*⁶³.

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, éstos tendrían rango legal. No obstante, aquí también no se realiza la aludida distinción.

Es por ello, que la doctrina desplegó todos sus esfuerzos para, vía interpretativa, buscar darle un rango constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos⁶⁴. Entre estos esfuerzos merece destacarse aquel que sostiene que, en virtud de los artículos 2 y 3 de la actual Constitución peruana, se puede lograr establecer sin

⁶² Precisamente, una de las normas que significaron un gran avance en materia constitucional fue la contenida en el artículo 105 de la Constitución de 1979, que incluso sirvió de inspiración a posteriores textos constitucionales en América Latina. La norma contenida en el artículo 105 tenía una importancia singular: primero, porque al elevarse estos derechos a rango constitucional se les brindaba una mayor seguridad jurídica a los ciudadanos, así como mecanismos idóneos de protección ante cualquier acto arbitrario del Estado que intentara violentarlos; segundo, porque la norma reflejaba ante la comunidad internacional, la voluntad del Estado peruano de dar un tratamiento preferente a la materia de los derechos humanos; y, tercero, porque jurídicamente, al atribuirse a estos tratados la jerarquía normativa máxima, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se era consecuente con la moderna tendencia del Derecho Internacional, que atribuye jerarquía de *ius cogens* a gran parte de las normas sobre derechos humanos, constituyendo una de las primeras Constituciones en el mundo conjuntamente con las centroamericanas en consagrar una disposición de este tipo.

⁶³ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Introducción al Derecho Internacional. Segunda Edición. San José de Costa Rica, Ed. Juriscentro, 1992. Página 260-261.

⁶⁴ Es la tesis generalmente aceptada en nuestra doctrina nacional. Así, RUBIO CORREA, Marcial. La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993. En, Pensamiento Constitucional. Año V. N°5. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1998. Páginas 99-113; LANDA ARROYO, César. Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana. En, Pensamiento Constitucional. Año III. N°3. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1996. Páginas 151-208; CIURLIZZA, Javier. La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos. En, La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios II. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995. Páginas 65-83; SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Op cit.* Página 295.

mayor dificultad que las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados, siguen teniendo rango constitucional. Según este planteamiento, mientras el 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 equivale a decir 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 Perú⁶⁵.

Sin embargo, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de julio de 2000 se frustraron estos esfuerzos de interpretación para salvar la omisión de la actual Constitución. En efecto, en dicha sentencia se 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 humanos⁶⁶.

No obstante, el Tribunal Constitucional, a través de una nueva sentencia, ha corregido las deficiencias de su anterior fallo. Con ello, permitirá 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

⁶⁵ RUBIO CORREA, Marcial. *Op cit.* Página 110.

⁶⁶ El Tribunal señaló: “[...] es un hecho inobjetable para este Tribunal que cuando nuestra Constitución Política del Estado reconoce en su artículo 55 que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y el artículo 200 inciso 4) consigna entre las diversas normas con jerarquía legal, a los tratados (sin distinción alguna), no cabe sino admitir que los mismos tienen valor normativo indiscutible y en consecuencia son plenamente aplicables por los jueces y tribunales peruanos. Bajo dicha perspectiva y habiendo sido aprobado por nuestro país el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mediante Decreto Ley N°22128 y posteriormente ratificado mediante instrumento de adhesión del doce de abril de mil novecientos setenta y ocho (incluso ratificado nuevamente mediante la Disposición General y Transitoria Décimo Sexta de la Constitución Política de 1979, al igual que a su respectivo Protocolo Facultativo) es un hecho que el citado instrumento supranacional forma parte integrante del sistema jurídico peruano, siendo plenamente aplicable en vía jurisdiccional ordinaria o especializada. [...] en la medida en que el artículo 14 inciso 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce un mandato indemnizatorio como consecuencia de la comisión de un error judicial [...] no cabe la menor duda, que al tratarse de derecho aplicable en nuestro país y que como se ha dicho, tiene el mismo rango que el de una ley, le asiste el mismo régimen jurídico que opera respecto de la Acción de Cumplimiento y que como lo dispone el artículo 200 inciso 6 de la Constitución Política del Estado en concordancia con la Ley N°26301, procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar, no sólo los actos administrativos sino también las normas legales”. Caso Ana Elena Townsend Díez Canseco y otros. STC 1277-1999-AC/TC del 13 de julio de 2000. Párrafos 7 y 8.

constitucional⁶⁷. Se trata de la Sentencia del 26 de abril de 2006 en la que, por la especial integración normativa e interpretativa de los tratados de derechos humanos al derecho interno peruano –que lo diferencia de los demás tratados– conforme a la Constitución, el Tribunal Constitucional señala que en “*la pirámide jurídica nacional*” ocupan la “*primera categoría, las normas constitucionales y las normas con rango constitucional*”, a saber: “*1er. grado: La Constitución. 2do. grado: Leyes de reforma constitucional. 3er. grado: Tratados de derechos humanos*”; precisando que los demás tratados, que no se refieran a la materia de los derechos humanos, son los que tienen rango de ley⁶⁸.

7. La aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño por los órganos jurisdiccionales peruanos.

Ningún órgano jurisdiccional nacional ha declarado la inconstitucionalidad de las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular. Tampoco ha aplicado –salvo escasísimas y valiosas excepciones– directamente la Convención sobre los Derechos del Niño a los casos sometidos a su conocimiento. El argumento con el que durante años los jueces han respondido a la pregunta respecto de por qué no aplican la Convención es que el instrumento internacional contiene normas programáticas que hacen necesaria una reforma legislativa que haga operativos los derechos allí contenidos.

Este argumento evidentemente contradice los alcances del artículo 55 de la Constitución, cuando establece que “*los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*”. De acuerdo con ello, nuestro sistema constitucional opta por la aplicabilidad inmediata de los tratados en el Derecho interno. Esto significa que el Estado no requiere emitir acto adicional alguno de incorporación, sino que basta con que el Perú haya, de un lado, “celebrado” el tratado y que este, de otro, se encuentre en vigor de acuerdo a sus propias disposiciones.

Así se desprende, además, del artículo 3 de la Ley sobre Perfeccionamiento de Tratados –Ley N°26647– que precisa: “*(tales tratados) entran en vigencia y se*

⁶⁷ Con la STC 1277-1999-AC/TC, se colocó al magistrado en una verdadera encrucijada: o bien acata la supremacía del Tribunal Constitucional en materia de interpretación y concluye que los tratados de derechos humanos tienen simplemente rango de ley, determinando con ello la eventual responsabilidad internacional del Estado Peruano o bien afirma que las normas contenidas en tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, contraviniendo con ello la supremacía del Tribunal en materia de interpretación, resguardando internacionalmente al Estado peruano, pero generando una responsabilidad hacia sí mismo de carácter interno, por infracción de la Constitución y la ley.

⁶⁸ *Caso Gobierno Regional de San Martín. STC 047-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006. Fundamento jurídico 61.*

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”⁶⁹.

La aplicabilidad inmediata de los tratados en el Derecho interno sumado al rango constitucional de las normas contenidas en tratados de derechos humanos, evidencian la fuerza normativa de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello significa que comparte con la Constitución su supremacía y que, por lo tanto, se sitúa en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico. *“Ello también implica que leyes, decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo, resoluciones administrativas, actos administrativos de alcance individual y sentencias, deben aplicarla en un doble sentido, no sólo no contradiciéndose con las normas de la Convención sino en sentido positivo, adecuándose a lo prescripto por el tratado de modo que el tratado se desarrolle a través de esas normas”⁷⁰.*

La consideración a la fuerza normativa de la Convención sobre los Derechos del Niño importa comprender que sus disposiciones son normas jurídicas, que tienen aplicabilidad directa y que, para que esa fuerza normativa desemboque en la eficacia de la dimensión sociológica del mundo jurídico, es menester que cuenten con un mecanismo garantista. Ese 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.

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 éstos deben darles aplicación en el ámbito interno sin necesidad de una ley que implemente las obligaciones internacionales que de ella se derivan. Ello es así por cuanto 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

⁶⁹ NOVAK, Fabián y SALMON, Elizabeth. *Op cit.* Página 113.

⁷⁰ 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. Buenos Aires, Ed. Espacio, 1995. página 37.

jurisdiccionales son los primeros que quedan convocados a cumplirla para darle efectividad.

La aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño por los órganos jurisdiccionales peruanos, genera las consecuencias siguientes:

- a) Quebranta la aplicación lógico-formal del derecho.-** La manera lógico-formal con que se aplica el derecho en los procesos no alcanza cuando se trata de decidir cuestiones de niños, niñas y adolescentes. Es que la característica distintiva 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.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha destacado este efecto en un proceso constitucional en el que el pedido formal-procesal había sido atendido, pero que, comprendiéndose derechos de niños y adolescentes, se requiere comprobar la debida atención de sus superiores intereses a fin de cumplir con el mandato constitucional de protección. *“Independientemente de lo alegado por la recurrente, lo que en el fondo se pretende con la demanda es que la entidad peticionante siga funcionando, tomando en consideración la labor que supuestamente cumple con los niños y adolescentes desamparados. Por ello, este Colegiado estima necesario realizar un estudio de los derechos aparentemente violentados adicional al mero formal, con la finalidad de que realmente se pueda ver proteger a la entidad recurrente, en el caso de que lo merezca, dada la importante función que alega estar cumpliendo”*⁷¹.

Este efecto es consecuencia de ponderar como problemas humanos a los casos sujetos a resolución judicial 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) 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

⁷¹ Caso Blanca Lucy Borja Espinoza. STC 06165-2005-HC, del 6 de diciembre de 2005. Fundamento jurídico 11.

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.

Esta particularidad obliga a los órganos jurisdiccionales a asumir la importantísima tarea de “descubrir” qué curso de acción llevará a la defensa del interés superior del niño en cada caso particular. Lo que la Convención establece es, precisamente, que resultará obligatorio para esos agentes la búsqueda que lleve a ese “descubrimiento” de qué es lo que mejor resguarda el interés superior del niño.

c) Provee principios interpretativos en asuntos de niños, niñas y adolescentes.-

Considerando que los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño son directamente operativos, tales contenidos se presentan como principios interpretativos que exigen una constante confrontación entre las disposiciones del derecho interno y las normas de aquella, de rango constitucional y, por tanto, de positividad reforzada. En caso de colisión normativa, corresponderá aplicar el principio de primacía de la constitucionalidad de la Convención y, en supuestos de lagunas, la aplicación de sus disposiciones conforme al estándar jurídico del interés superior del niño.

La aplicación del principio de primacía de la constitucionalidad de la Convención sobre los Derechos del Niño exige considerar inaplicables las disposiciones que vulneren, desconozcan, restrinjan o contradigan los derechos de la infancia sin necesidad de que tales dispositivos infraconstitucionales sean expresamente derogados o modificados; todo ello, con el propósito de hacer efectivos los derechos de la infancia y adolescencia⁷². Se trata de un control de convencionalidad de dispositivos infraconstitucionales, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁷² El artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece las condiciones de fondo para la procedencia del control difuso: “Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución” (el subrayado es nuestro). Esto significa que la norma a inaplicarse debe tener una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso; y, que la norma a inaplicarse resulta evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución. Complementariamente, el artículo 3 del Código Procesal Constitucional reconoce que el control difuso se puede realizar a través de autos y sentencias (pues emplea el término “decisiones jurisdiccionales”) y precisa que, “en todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece” (el subrayado es nuestro). Esto último destaca que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes tiene por finalidad el respeto de la primacía de la Constitución, por eso se inaplica la norma incompatible, y la promoción de los derechos fundamentales, mediante la aplicación directa de las normas de rango constitucional al caso en concreto. ¿Cómo se aplica directamente las normas de rango constitucional? Como indica la norma: realizando interpretación constitucional.

Por lo mismo, los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño se constituyen en los criterios de decisión en caso de conflicto de intereses, de valores, de derechos. Tales contenidos proporcionan una pauta objetiva que permite resolver los conflictos del niño con otras personas o instituciones. La decisión se define por lo que resulta de más beneficio para el menor. De esta manera, frente a un presunto interés de terceros, se prioriza el del niño⁷³.

- d) Cambia el paradigma:** *el niño, sujeto de derecho capaz de ejercer derechos fundamentales.*- La Convención sobre los Derechos del Niño equivale a la formalización de un nuevo paradigma para la consideración de la infancia y la adolescencia. Entre las características centrales de ese nuevo paradigma que tendrá que ser asumida por los órganos jurisdiccionales que conozcan materias de infancia está el concebir a los niños como sujetos de derechos y no como simples destinatarios de acciones asistenciales o de control social ejecutadas por el Estado.

El cumplimiento de la Convención implica la necesidad de superar una visión de la infancia de principios de siglo, en la cual el objetivo de la intervención era tutelar-asistencial, y asegurar 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.

La Convención sobre los Derechos del Niño impone a los jueces la obligación de administrar justicia de manera más activa de lo que normalmente 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. Esta tarea es sumamente delicada, ya que no debe extralimitarse, pero tampoco, ser insuficiente.

⁷³ Al efecto, se deberá acudir a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; principios aplicables desde el artículo 200 de la Constitución a todo el orden constitucional y, por ello mismo, a todo el Derecho. El principio de razonabilidad “exige que los actos que los sujetos realizan frente a los hechos y circunstancias cumplan el requisito de ser generalmente aceptados por la colectividad como una respuesta adecuada a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante. Dichos actos deben estar sostenidos en argumentos de razonamiento objetivos y no subjetivos, en valores y principios aceptados” (RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. Páginas 247-248). El principio de proporcionalidad “mide la calidad o la cantidad de dos elementos jurídicos (o de elementos con relevancia jurídica) comparativamente entre sí, de manera que no haya un exceso de volumen, de significación o de cuantía entre uno y otro a partir de las consideraciones que se hacen en relación con cada tiempo y lugar” (RUBIO CORREA, Marcial. *Op cit.* Página 251). La diferencia entre ambos principios está en que, “mientras la razonabilidad consiste en expresar buenas razones para la conducta frente a las ocurrencias de la realidad, la proporcionalidad busca encontrar una adecuada relación de volumen, significación o cuantía entre dos elementos jurídicos (o de relevancia jurídica) entre sí” (*Ibidem*).

Ya no cabe a los órganos jurisdiccionales escudarse en 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”*⁷⁴.

Las obligaciones de respeto de los derechos humanos, adopción de las medidas necesarias y garantía de su pleno y libre ejercicio, tienen como sujetos pasivos los poderes públicos del Estado parte de la Convención. Por lo tanto, el Poder Judicial es uno de los actores primarios en el cumplimiento de estas obligaciones cuya infracción puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado al que pertenecen.

Un ejemplo de aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño se presenta en el ámbito del niño, niña y adolescente frente a la ley penal. Al respecto, es posible encontrar en las normas del tratado argumentos que posibiliten –desde un nuevo enfoque de derechos– el ejercicio efectivo por parte de los niños, niñas y adolescentes de los derechos reconocidos a ellos por la Constitución y desconocidos con la legislación relativa al pandillaje pernicioso.

En ese sentido, el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece:

“Los Estados partes velarán porque:

Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrán la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.

Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. 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.

⁷⁴ NAHID CUOMO, María de los Ángeles. 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. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002. Página 64.

Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tenga en cuenta las necesidades 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.

Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente, y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

Los incisos b) y d) del artículo 37 constituyen sin duda alguna dos supuestos que permiten la aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El inciso b) plantea la privación de libertad (a la que llama detención, encarcelamiento o prisión) como medida de último recurso y a ser adoptada por el plazo más breve posible. También establece que nunca podrá tener lugar de manera arbitraria o ilegal. Este inciso permite entonces plantear en los procesos en los que se encuentren involucrados adolescentes privados de la libertad por aplicación de las normas relativas al pandillaje pernicioso, algunas preguntas fundamentales:

- En este proceso, la adopción de la medida de privación de la libertad ¿ha sido el último recurso? ¿Se han agotado otras medidas antes de decidir la aplicación del internamiento?
- En este proceso, el tiempo que lleva el adolescente privado de su libertad ¿puede considerarse el más breve que procede, teniendo en cuenta que la noción de brevedad, en la vida de un adolescente, tiene significado diferente que en la vida de un adulto?
- En este proceso, la privación de la libertad del adolescente ¿ha sido realizada de conformidad con la ley, a una ley obviamente válida, no en el sentido de validez formal o mera existencia sino en el sentido de la coherencia de sus significados con la Constitución?
- En este proceso, la privación de la libertad de adolescente ¿ha tenido lugar de manera arbitraria? ¿Cómo ha fundamentado el juez la adopción de esta medida?

- ¿Cuál es la infracción imputada?
- La privación de libertad ¿ha sido dictada como una medida cautelar para asegurar los fines del proceso, o como una sanción consecuencia de la declaración de responsabilidad del adolescente infractor?
- ¿La Convención sobre los Derechos del Niño autoriza el uso de la privación de la libertad sin mínimas garantías procesales?

Éstas son algunas preguntas que obligan a los órganos jurisdiccionales especializados a pronunciarse sobre las garantías reconocidas por la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño.

El inciso d) es también muy claro en este sentido, ya que garantiza a todo niño privado de su libertad tres derechos: 1) el de contar con asistencia jurídica y otra asistencia adecuada; 2) el de impugnar la legalidad de su detención ante un tribunal u otra autoridad competente; y, 3) el de que esa acción sea resuelta rápidamente.

La Convención sobre los Derechos del Niño reclama a los jueces especializados un complicado trabajo jurídico a fin de hacer efectivos los derechos por ella reconocidos a los niños, niñas y adolescentes. Esta tarea es ciertamente compleja pero urgente en la medida en que el legislador no dé cumplimiento total a la obligación de adecuar la legislación al instrumento internacional.



RESUMEN DE LA UNIDAD I

- Hay una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general.
- Los derechos de los niños disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos: en la noción de derechos humanos subyace la idea de que todas las personas por igual, incluido los niños, niñas y adolescentes, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos; y, 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, niñas y adolescentes.
- No hay dudas que a partir de la existencia de la Convención sobre los Derechos del Niño se ha producido una internalización de los derechos del niño, como comprensivo de los derechos humanos: la Convención sobre los Derechos del Niño no es otra cosa que la versión de la Declaración Universal de Derechos Humanos en personas de hasta 18 años de edad. De manera que los niños, niñas y adolescentes son titulares de derechos humanos fundamentales.
- Con la Convención sobre los Derechos del Niño se estableció definitivamente un sistema internacional de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con matices propios, que es de aplicación inmediata para resolver procesos judiciales por su incorporación al derecho interno peruano.



AUTOEVALUACIÓN

Luego de concluir la lectura de la segunda unidad, responda las preguntas siguientes:

1. Con la Convención sobre los Derechos del Niño se estableció definitivamente un sistema internacional de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que hay que conocer.

(V) (F)

2. Los primeros textos relativos a los niños contenían un reconocimiento de derechos que se han reconocido como clásicos; destacándose, además, una serie de deberes básicos que asume la Humanidad.

(V) (F)

3. La Declaración de Ginebra pretendía evitar a los niños los sufrimientos causados por la Guerra; mientras que, la Declaración de 1959 exigía la adopción de medidas legislativas que tiendan a la protección de los niños.

(V) (F)

4. La Convención no considera al niño como alguien que requiere protección y asistencia especiales, ni lo reconoce como sujeto de derechos y libertades, y con capacidad para participar en la toma de decisiones en los asuntos relativos a su persona.

(V) (F)

5. 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 otorgar a los niños un trato diferente que no es per se discriminatorio.

(V) (F)



AUTOEVALUACIÓN

6. La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado que contiene el catálogo mínimo de derechos específicos de la infancia, sin carácter vinculante para los Estados.

(V) (F)

7. La Convención sobre los Derechos del Niño debe ser interpretado de acuerdo con los principios de la buena fe, con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

(V) (F)

8. En la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño debe preferirse una interpretación a favor del interés superior del menor, por ser éste el objeto y fin específico del tratado.

(V) (F)

9. La Convención sobre los Derechos del Niño no tiene, dentro del sistema jurídico peruano, rango constitucional.

(V) (F)

10. La aplicabilidad inmediata de los tratados en el Derecho interno sumado al rango constitucional de las normas contenidas en tratados de derechos humanos, evidencian la fuerza normativa de la Convención sobre los Derechos del Niño.

(V) (F)



LECTURAS

Lectura Obligatoria:

- 1) BELOFF, Mary. Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular. En, Los derechos del niño en el sistema interamericano. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004. Páginas 1 a 45.
- 2) BARATTA. Alesandro. Infancia y Democracia. En, Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Tomo I. Bogotá, Editorial Temis, 2004. Páginas 27 a 54.

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASO SUGERIDO

- CASACIÓN N°756-2005 PUNO. Violencia Familiar.

UNIDAD II



EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:
HERRAMIENTA EFICAZ PARA LA PROMOCIÓN
DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y
ADOLESCENCIA

PRESENTACIÓN

El estudio de esta segunda unidad tiene por objeto determinar el contenido y la función del interés superior del niño reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, en aras de fortalecer el paradigma de la "protección integral".

Su finalidad es apreciar al interés superior del niño como la herramienta eficaz para la promoción de los derechos de la infancia y adolescencia, lo que debe ser obligatoriamente considerado por los órganos jurisdiccionales en sus razonamientos jurídicos, intentando determinar con 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 medios jurídicos para darles la adecuada protección.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cuál es el contenido del principio del interés superior del niño, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, en aras de fortalecer el paradigma de la "protección integral"?
2. ¿Cuál es la función del principio del interés superior del niño, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, en aras de fortalecer el paradigma de la "protección integral"?
3. ¿Qué implicancias genera reconocer al principio del interés superior del niño como la herramienta eficaz para la promoción de los derechos de los niños y adolescentes?

“13. Interés superior del niño. El artículo 3 establece el principio de que el interés superior del niño será una consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños. En razón de su relativa inmadurez, los niños pequeños dependen de autoridades responsables, que evalúan y representan sus derechos y su interés superior en relación con decisiones y medidas que afecten a su bienestar, teniendo en cuenta al hacerlo sus opiniones y capacidades en desarrollo. El principio del interés superior del niño aparece repetidamente en la Convención (en particular en los artículos 9, 18, 20 y 21, que son los más pertinentes para la primera infancia). El principio del interés superior del niño se aplica a todas las medidas que afecten a los niños y exige medidas activas, tanto para proteger sus derechos y promover su supervivencia, crecimiento y bienestar como para apoyar y asistir a los padres y a otras personas que tengan la responsabilidad cotidiana de la realización de los derechos del niño”

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Observación General N°7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia. CRC/C/GC/7/Rev.1 del 20 de septiembre de 2006. Página 6-7.

El Comité de los Derechos del Niño ha insistido en que el interés superior del niño es uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño; aunque no es un concepto nuevo en el ámbito de los instrumentos internacionales de derechos humanos. La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 ya lo definía en su Principio 2:

“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”.

No obstante, la previsión del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño 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”.

El citado artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño subraya que las autoridades administrativas y legislativas, 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. De ello, se advierte que las interpretaciones de aquello que constituye el “interés superior del niño” no pueden en ningún caso modificar o reemplazar cualquier derecho garantizado por otros artículos de la Convención; así como también, el mencionado concepto adquiere un significado especial cuando otras disposiciones más específicas de la Convención no pueden aplicarse.

En sus *Orientaciones generales para los informes que deberán presentar los Estados*⁷⁵ y en los exámenes de tales informes, el Comité de los Derechos del Niño ha subrayado que el principio del interés superior del niño debe incorporarse en los programas y políticas nacionales relacionados con la infancia así como en las actividades parlamentarias y administrativas, en el ámbito nacional y local, y en especial los relativos a las asignaciones presupuestarias. La valoración de las repercusiones sobre los niños y la integración de los resultados en las leyes, las políticas y la práctica se convierten por lo tanto en una obligación. De acuerdo con ello, el concepto del interés superior del niño no debe plantearse sólo desde un punto de vista legal, debe ser una consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños.

El Comité de los Derechos del Niño ha propuesto los criterios que permitan juzgar en qué consiste, en general o en casos particulares, este interés, a partir de los

⁷⁵ Las Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados Partes con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, fueron aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño en su 343ª sesión celebrada el 11 de octubre de 1996. El texto completo se puede ver en: 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, 2001. Páginas 627 y siguientes.

valores y los principios generales de la Convención que deben aplicarse en cualquier circunstancia. Así, en la Observación General N° 14 (2013) sobre “*El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*”⁷⁶ ha precisado que el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño; resaltando que tiene una triple acepción: a) Un derecho sustantivo: se trata “*del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general*”; b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: “*si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño*”; y, c) Una norma de procedimiento: “*siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados*”⁷⁷. De acuerdo con ello, 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. La determinación del interés superior corresponde al espíritu de la Convención en su totalidad y, en concreto, al énfasis que ésta 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*”⁷⁸.

Asimismo, destaca que el interés superior del niño no siempre será el factor único y decisivo a considerar; puede que haya conflicto entre los intereses de diferentes niños o grupos de niños, o entre los intereses de los niños y los de los

⁷⁶ Aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

⁷⁷ Vid. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 14 (2013) sobre El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Punto 6. Página 4.

⁷⁸ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *Op cit.* Página 40.

adultos. No obstante, el interés del niño será, en todo caso, objeto de consideración. Es necesario, por tanto, demostrar que se han investigado los derechos del niño y que se le ha dado consideración primordial. Sólo así, se adoptará el interés superior del niño como principio rector en la aplicación de la Convención; esto es, valorando las repercusiones sobre los niños de las medidas adoptadas.

Complementariamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado el carácter regulador de la normatividad de los derechos del niño de este principio; el que *“se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”*⁷⁹. De ello, se concluye que el interés superior del niño es aludido como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. Para tal propósito, *“es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño”*⁸⁰. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. De acuerdo con ello, ha opinado que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, *“implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”*.⁸¹

De ello se tiene que, el principio del interés superior del niño exige armonizar completamente la legislación vigente con las disposiciones de la Convención a fin de ser adecuadamente incorporado en el derecho interno, de manera que pueda ser invocado ante los tribunales. En aplicación de ello, se llegará a modificar sustancialmente diversos aspectos del acontecer jurídico, tomando en consideración el indicado principio rector; así como, permitirá la interpretación de las normas del derecho positivo interno, otorgándoles en muchas ocasiones una nueva y vivificada perspectiva y, en otras, considerándolas inaplicables.

⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Nota 56.

⁸⁰ *Ibidem*. Nota 59.

⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Conclusión 2.

Igualmente, este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico; solucionando, de esta manera, la disociación existente, en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización. Siendo así, *“el interés superior del niño representará la valoración prevaleciente en la especie a decidir, con alcances particulares”*⁸².

Sin embargo, la calificación de “superior” en modo alguno implica desconocer los intereses de los otros componentes del grupo familiar, pues los requerimientos del niño deben armonizarse con las necesidades de toda la familia, dentro de una lógica de integración. En todo caso, se busca destacar los derechos de la infancia, a menudo olvidados por los adultos en las situaciones conflictivas. Se trata de determinar la preeminencia de los derechos de la infancia en su confrontación con otros derechos que pudieran menoscabarlo o desvirtuarlo, o respecto de normas o disposiciones de las que pueda resultar tal situación. Al efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra una tutela genérica y abierta, mediante la cual el interés del niño encontrará reconocimiento en cada caso concreto.

Como se aprecia, de los criterios expuestos por los órganos supervisores y jurisdiccionales del sistema universal e interamericano de protección internacional de los derechos de los derechos humanos, respectivamente, el rasgo central y distintivo de la Convención sobre los Derechos del Niño lo constituye 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, por lo tanto, desde esta perspectiva, la acción jurisdiccional del Estado dirigida a dar protección a los niños, debe dejar de tutelar a los sujetos, para comenzar a proteger sus derechos considerando su superior interés.

Con ello, se impone a los órganos jurisdiccionales ordinarios la obligación de aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño en sus razonamientos jurídicos, intentando determinar con 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 medios jurídicos para darles la adecuada protección.

⁸² D’ANTONIO, Daniel Hugo. Convención sobre los derechos del niño. Comentada y anotada exegéticamente con jurisprudencia nacional y extranjera. Buenos Aires, Astrea, 2001. Página 47.

Siendo así, la Convención sobre los Derechos del Niño pone de relieve un tema relativamente nuevo en la teoría del derecho: la consideración del interés superior del niño para hacer efectivos sus derechos fundamentales. Con ello ha puesto en debate la forma de dar protección jurídica a los derechos de los niños y adolescentes, e implica un cambio de mirada con respecto a la consideración jurídico legal de la infancia, al concebir al niño no como objeto de tutela sino como sujeto de derechos; resaltando un principio que toma mayor protagonismo: el principio del interés superior del niño.

A partir de ello, resulta evidente que el "interés superior del niño" es de vital importancia para una interpretación y una aplicación racional de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, se sostiene que las normas de la Convención que hacen referencia al interés superior del niño han sido cuestionadas por su vaguedad, lo cual permitiría el ejercicio discrecional del poder estatal. En este sentido, se ha considerado que 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 extra-jurídico... 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 debilitan la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra"*⁸³. Sin embargo, un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones otorgada a la autoridad pública resulta acorde con el paradigma de la situación irregular caracterizado por una relación autoritaria entre el Estado y los niños⁸⁴. Indudablemente, este

⁸³ 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 BELOFF, MARY (comps.), Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998), Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998. Página 70. En similar sentido, se consideró que "[l]a noción general del interés superior del niño, que constituye la base de toda intervención en contra de niños que se comportan de manera delictiva, elude una definición jurídica precisa y da una discreción muy amplia a jueces y otras autoridades. Faltan criterios objetivos y la situación facilita abusos graves bajo el pretexto del: interés superior", Sophie Ballestrem en DÍAZ OJEDA, Augusto, El interés superior del niño a la luz de la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, Propuestas de proyectos legislativos sobre niños y adolescentes, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, p. 241.

⁸⁴ La relación entre el Estado y los niños, desde comienzos del siglo XX, estuvo regida por el paradigma de la situación irregular. En dicho paradigma, los niños eran considerados "objetos" carentes de autonomía personal y el Estado podía actuar sin frenos normativos cuando éstos se encontraban en la vaga y amplia "situación irregular" quedando la libertad de la infancia sujeta a la discrecionalidad de la autoridad pública. Describiendo este paradigma, se sostiene que "la ideología de la situación irregular convierte al niño y al joven en objeto, no en sujeto de derechos, en un ser dependiente, que ha de ser sometido a la intervención protectora y educadora del Estado, la cual es profundamente selectiva...[y] provoca una identificación entre protección al niño y sanción, sobre la base de un pretendido objetivo de beneficencia o bienestar", BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Perspectivas de un derecho penal del niño, Revista Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, Argentina, 1997-A, p. 65. Para una descripción detallada de las características de este paradigma, ver BELOFF, Mary. La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

margen de discrecionalidad se contrapone con el paradigma de la "protección integral", el cual tiene como una de sus principales consecuencias normativas la contención del poder estatal limitando la discrecionalidad de las autoridades públicas en la relación Estado-niños⁸⁵.

Es por ello, que estando previsto, en forma expresa, el interés superior del niño, su admisión normativa no supone referirse a un principio carente de contenido. Pero, teniendo en cuenta las críticas esbozadas en este punto, su contenido debe ser acorde al paradigma de la "protección integral", lo cual implicará reducir los márgenes de discrecionalidad de la autoridad pública, y a su vez, asegurar la vigencia efectiva de los derechos de los niños. De este modo, se

en el ámbito interno, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, CELS/ Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

Afortunadamente, estamos en un proceso de transición de paradigmas evidenciada y motivada por instrumentos normativos internacionales como la Convención y los otros documentos del ámbito de las Naciones Unidas -las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad y las directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil conocidas como Directrices de Riadh-, enmarcados en el movimiento pro-derechos humanos surgido tras la segunda Guerra Mundial. Estos instrumentos están embebidos de un nuevo paradigma, denominado de la "protección de integral", en el cual los niños son considerados "sujetos" de derechos y se establecen baremos normativos claros y precisos para la intervención estatal impidiéndose de este modo la discrecionalidad en el accionar de las autoridades públicas y limitándose al máximo los supuestos en que los niños puedan verse privados del ejercicio de su libertad. En este sentido, nos enseña Baratta que "la protección integral quiere evitar la construcción social que separa a los 'menores' de los niños y se dirige a los niños y adolescentes como sujetos con derechos humanos originarios... La doctrina de la protección integral constituye... también el resultado de un amplio movimiento social en favor de los derechos de los niños y de las reformas de los derechos de la infancia, que se han realizado y que se están realizando en América Latina y en Europa", BARATTA, Alessandro, Infancia y Democracia en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998), Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998 ps. 41 y 42. Para una caracterización detallada de las consecuencias normativas del paradigma de la "protección integral", BELOFF, Mary. La aplicación directa de la Convención..., en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos... *Op cit.*

⁸⁵ Esta relación entre la discrecionalidad y el paradigma de situación irregular es señalada por García Méndez cuando afirma que "[s]i consideramos el carácter de revolución copernicana del cambio de paradigma de la situación irregular a la protección integral, sobre todo en el sentido de disminución radical de la discrecionalidad de la cultura y prácticas de la 'protección' (recuérdese que la historia es muy clara en mostrar las peores atrocidades contra la infancia cometidas mucho más en nombre del amor y la protección, que en nombre explícito de la propia represión), es necesario admitir que el derecho (la Convención) ha jugado un papel decisivo en la objetivación de la infancia con los adultos y con el Estado" GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, en Infancia, ley y Democracia: Una cuestión de Justicia, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia... *Op cit.* páginas 16 y 17. Debe agregarse la relación inevitable entre discrecionalidad de la actuación estatal, autoritarismo y opresión de los sectores vulnerables, al respecto se considera que "[l]a discrecionalidad omnímoda del derecho de menores legitimada en la bondad protectora de sectores débiles y sobre todo incapaces, constituyó una fuente preciosa de inspiración para el derecho penal y constitucional del autoritarismo... La historia y la experiencia confirman que no existe un solo ejemplo consistente que demuestre que la discrecionalidad (predominio de cualquier tipo de condición subjetiva) haya efectivamente funcionado (al como debería ser, si nos atenemos a su discurso declarado) en beneficio de los sectores más débiles o vulnerables", GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, en Infancia, ley y Democracia... en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia..., *Op cit.* páginas. 20 y 28.

contribuirá a consolidar este paradigma dando menos espacios para la actuación tutelar del Estado. Se trata, pues, de determinar los alcances del interés superior del niño dentro del sistema internacional de protección de derechos del niño previsto en la Convención sobre Derechos del Niño, por disponer la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución que los Derechos Fundamentales se interpretan conforme a los tratados sobre Derechos Humanos.

Precisamente, en la determinación de la función y el contenido del interés superior del niño reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, en aras de fortalecer el paradigma de la "protección integral", el Tribunal Constitucional juega un rol importante en su calidad de máximo intérprete de la constitucionalidad. El asunto no le ha sido ajeno y aunque sus sentencias no son muchas, las existentes reflejan ese proceso de formación hacia el concepto de lo que debe entenderse por interés superior del niño.

1. El interés superior del niño en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos de la Infancia.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite 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 deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.

Por su parte, 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 niños⁸⁶.

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; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto,

⁸⁶ Así 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. Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. 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”.

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".

Es en este marco que se propone analizar la noción del "interés superior del niño", fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención.

Generalmente, 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 extra-jurídico.

Por esta 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.

Por ello, urge desarrollar una interpretación que supere estas objeciones, favoreciendo una concepción jurídica precisa del "interés superior del niño" que reduzca razonablemente la indeterminación 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.

De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el "interés superior del niño" deberá regirse por la

interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la propia Convención.

Se parte de 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. Es 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. Es en consecuencia más examinado respecto a un punto preciso o aplicado en la jurisprudencia, que verdaderamente explicado de manera sistemática.

2. El proceso de formación histórica del “interés superior del niño”.

Resulta claro que la referencia al panorama histórico advierte del sentido que se busca alcanzar con el concepto del “interés superior del niño”, lo que resulta de utilidad para su interpretación.

El desarrollo del “interés superior del niño” como concepto jurídico es el resultado de la evolución social y jurídica en torno a la infancia⁸⁷. 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.

Hoy, con la Convención sobre los Derechos del Niño, la cuestión es distinta. Por un lado, frente a una concepción tradicionalista, que concedía al niño un status 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 perspectiva, 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. Por otra parte, el “interés superior del niño” es uno de los principios y valores emergentes del Estado de Derecho que irradia energía jurídica, no sólo al ordenamiento jurídico en general, sino también a la actuación de los órganos estatales e instituciones públicas. Desde esta perspectiva, el “interés superior del niño” consiste en su

⁸⁷ Cfr. ALVAREZ VELEZ, Ma. Isabel. *Op cit.* Página 21 y siguientes. La autora citada realiza una excelente referencia a la situación de los derechos del niño antes y después de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959.

consideración en la formulación de las políticas públicas y en la legislación relativa a la infancia.

El panorama histórico, anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño, muestra que antes del siglo XIX los ordenamientos jurídicos regulaban la situación de la infancia sólo a partir de las atribuciones de los padres sobre sus hijos. Es a partir del siglo XIX que se fue construyendo el concepto. La respuesta del Derecho respecto a la niñez se centró en el intento de plasmar este concepto en el ámbito de los ordenamientos nacionales relativos a la familia, reconociendo progresivamente al “interés superior del niño” a partir de 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 sólo a la esfera del derecho de familia.

Es a partir de la promulgación de los primeros instrumentos internacionales referidos a la protección de los derechos de la infancia, 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...*”. Posteriormente, 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.*”.

Es en el segundo Principio de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, de las Naciones Unidas, en el que 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.*”.

En la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, el concepto es considerado para reglar la conducta de los padres en la educación y 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 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”.*

Esta breve síntesis del proceso de formación del concepto del “interés superior del niño” nos 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. El matiz es de talla: de una definición negativa: no hacer daño al niño; se ha llegado a una prescripción positiva: asegurarse del bien del niño.

3. El “interés superior del niño” en la Convención sobre Derechos del Niño.

Como queda expuesto, el apogeo de este interés por el niño desemboca en la novedosa posición, consagrada por la Convención sobre los Derechos del Niño, que ubica al niño en la situación de un objeto de protección al mismo tiempo que de un sujeto de derecho. Es esta situación de sujeto de derecho la que va a obligar a una modificación importante en las mentalidades, en las leyes nacionales y en los instrumentos internacionales.

Es este nuevo estatuto, que opera una verdadera revolución en la manera de considerar al niño, el que justifica la introducción de un nuevo concepto jurídico: “el interés del niño”. Se ha pasado del interés por el niño a la necesidad de inventar un instrumento de medida que se llama el “interés superior del niño”.

3.1 Generalidades.

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.

La determinación del interés superior corresponde al espíritu de la Convención en su totalidad y, en concreto, al énfasis que ésta 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”*⁸⁸.

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”*.

3.2 El “interés superior del niño” en los trabajos preparatorios de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como se ha expuesto, la referencia a los trabajos preparatorios son reconocidos como uno de los principios generales complementarios para la interpretación de los tratados sobre Derechos Humanos, siempre que de la aplicación de los principios generales principales de interpretación se obtenga un resultado oscuro o ambiguo. A pesar de ello, resulta útil analizarlos a fin de tener presente la voluntad o intención expuesta durante la elaboración del texto.

En 1978, debido a que la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 carecía de una exhaustiva enumeración de los derechos de los niños, así como por su carácter, ya analizado, de texto sin obligaciones jurídicas para los Estados partes, el Gobierno de Polonia presentó a la Comisión de Derechos Humanos un proyecto sobre una Convención de las Naciones Unidas, relativa a los Derechos del Niño⁸⁹.

⁸⁸ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *Op cit.* Página 40.

⁸⁹ La propuesta de Polonia fue presentada en la reunión 1438^o, el 13 de febrero de 1978, a través del Documento E/CN.4/L.1366/Rev.1 y apoyada además por Austria, Bulgaria, Colombia, Jordania, Senegal y Siria. Se pretendía que fuera adoptada en 1979, que había sido declarado, en conmemoración al XX aniversario de la Declaración de 1959, Año Internacional del Niño.

Posteriormente, y a los efectos de lograr que se aprobara dicha Convención, la Misión Permanente de la República Popular Polaca ante la oficina de las Naciones Unidas, con sede en Ginebra, envió, el 5 de octubre de 1979, a la división de Derechos Humanos, un nuevo proyecto de Convención para que fuera distribuido entre todos los Gobiernos.

En ese año y a petición de la Asamblea General, la Comisión de Derechos Humanos, en su sesión 1479ª, creó un grupo de trabajo, también con sede en Ginebra, de composición no limitada, con el fin de elaborar dicha Convención. Los trabajos comenzaron utilizando como texto base el segundo documento elaborado por Polonia⁹⁰.

El Grupo de Trabajo analizó el contenido del artículo 3, que constaba de tres párrafos en el proyecto polaco. Con respecto al primer párrafo –que es el que interesa para efectos del presente trabajo– se establecía que en todos los asuntos que puedan afectar al niño “la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Se argumentó que con esta noción se proporciona una pauta de comportamiento de todos los llamados a aplicar la Convención, como un importante criterio de interpretación.

Sobre este punto, un grupo de representantes presentó una enmienda, para modificar lo aprobado en primera lectura⁹¹, en virtud de la cual, el interés superior del niño, no debía ser la única consideración, sino una de las más importantes a la hora de adoptar cualquier medida de carácter oficial. Esta propuesta fue aprobada por considerarse que *“aunque el interés superior del niño debería ciertamente ser una razón primordial en el actuar de los que le rodeen, no debería ser única, ya que en determinados momentos, al aplicar este criterio, se pudiese producir una colisión entre derechos, lo que sólo podría ser solucionado ante cada caso concreto”*⁹².

De otro lado, también se discutió si por razones humanitarias, el interés superior del niño, debía ser también, una consideración primordial en las medidas que no tuvieran carácter oficial, esto es, en las decisiones que adoptaran los padres, tutores o instituciones sociales, aunque, finalmente pareció poco conveniente imponer obligaciones a los padres o tutores a través de un instrumento de carácter internacional.

⁹⁰ Como ya se señaló, las actas de las sesiones y los documentos presentados por los distintos representantes, han sido publicadas en la obra de DETRICK, S. *The United Nations Convention on the Rights of the child (A guide to the “Travaux Préparatoires”*. Dordrecht, Martinus Nijhoff Publisher, 1992.

⁹¹ El texto aprobado en primera lectura aparece en Documento E/CN.4/1989/WG.1/wp.2, de 24 de noviembre de 1988.

⁹² DETRICK, S. *Op cit.* Página 43. Se trata de una traducción libre del texto contenido en la obra citada.

Finalmente, a pesar de los arduos debates, se aceptó el texto primitivamente propuesto, suprimiendo en la redacción definitiva la palabra “oficiales”, y estableciendo que el principio del “interés superior del niño” afectará a todas las medidas que tomen “las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”.

3.3 “The best interests” significa: ¿“los mejores intereses” o “el interés superior”?

Previo al análisis del texto del artículo 3, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño, resulta relevante advertir las dificultades presentes al considerar su traducción; lo que influye, decididamente, en la determinación del contenido semántico de la expresión “interés superior del niño”.

En efecto, la versión oficial en inglés de la citada norma expresa: *“In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration”* (el subrayado es nuestro).

Una traducción libre del indicado texto es: “En todas las acciones concernientes a los niños, ya sea llevadas a cabo por instituciones públicas o instituciones privadas que se dediquen al bienestar social, tribunales, autoridades administrativas u organismos legislativos, los mejores intereses del niño deben de ser una consideración primaria (o primordial)” (el subrayado es nuestro).

Sin embargo, la versión oficial en español señala: *“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”* (el subrayado es nuestro).

Resulta claro que la posibilidad de realizar una traducción libre del texto en inglés, queda descartada desde que existe una versión oficial al español.

No obstante, es relevante destacar que en la versión en inglés el término “interés” está utilizado en plural (“interests”) y no en singular (“interest”), como aparece en la versión oficial al español. De otro lado, la palabra inglesa “best” significa al español “mejor” y, dentro de la gramática inglesa, puede ser empleada como un adjetivo calificativo para referirse a un sujeto tanto en singular como en plural. En este caso “the best interests” significaría al español: “los mejores intereses”. Esta sería una traducción literal del texto.

A pesar de ello, el empleo de la palabra “superior” en la versión oficial al español surgiría de considerar el significado del término “mejor” en singular, en la lengua española: “*superior a otra cosa y que la excede en una cualidad natural o moral*”⁹³. Quizás por ello, se refiere al “interés superior”. Empero, con la utilización de este superlativo se podría inferir que, en cualquier circunstancia, el interés del niño siempre debe primar sobre cualquier otro interés; haciéndose, de esta manera, 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 razón⁹⁴.

Por ello, se ha sostenido que “*sería más ajustado hacer mención al “mejor interés del niño”, pues no siempre el superior interés de un niño puede ser el mejor*”; atribuyendo la utilización del término “superior” a una “no muy feliz traducción del inglés “best interests of the children””⁹⁵.

3.4 El texto del artículo 3, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Se sabe que, 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 sentido ordinario y natural de los términos; conforme al cual, los términos de un tratado deben ser interpretados conforme a su sentido natural y usual. Esto es, precisamente, lo que se realizará seguidamente.

La versión oficial en español señala: “*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

⁹³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima primera edición. Tomo II. Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1992. Página 1348.

⁹⁴ Este ha sido el alcance que se otorga al “interés superior del niño” en la judicatura de la especialidad familiar. Baste con apreciar el Acuerdo N°1 adoptado en el Pleno Jurisdiccional de Familia realizado en la ciudad de Ica en el año 1997, en el que se analizó los criterios a adoptar en caso de conflicto entre el interés superior del niño y las garantías del debido proceso. En esa oportunidad se concluyó por consenso: “en caso de conflicto, debe prevalecer el interés superior del niño sobre las garantías del debido proceso, cuidando que no se afecte el derecho de defensa”. En, GACETA JURÍDICA. Compendio de legislación sobre familia y menores. Lima, 2001. Página 452.

⁹⁵ DUTTO, Ricardo J. El mejor interés del niño, la Constitución nacional y la jurisprudencia. Zeus, N°5530, 15/10/96. En idéntico sentido, ROGGIANO, Julio y ZALDARRIAGA, Jorge. Los derechos del niño: una bella declaración ¿y ahora? En, Revista de la Asociación Argentina de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores. N°1, Marzo de 1996.

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. Ello 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 un concepto muy general que define todas las intervenciones que se hagan con respecto a los niños. Se comprende bien aquí que las autoridades judiciales y administrativas deben, en todas sus decisiones, aplicar este principio. Es el 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.

Lo que es muy interesante en esta parte de la frase es el término "órganos legislativos". Esta adjunción tiene una importancia capital: 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. Es pues por estas dos palabras (órganos legislativos), que 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. A ello se apunta, con esta frase.

Sin embargo, de este texto no se aprecia referencia alguna a la autoridad privada de los padres. ¿Se propone, entonces, con el artículo 3 el hecho de no interferir en la esfera parental (las decisiones familiares) en favor de la obligación de la aplicación del principio del interés superior del niño? Se puede cuestionar legítimamente si esta redacción es oportuna, porque nos parece que en las intervenciones familiares, el mismo principio debería intervenir como medio para medir la decisión. A nuestro parecer, el legislador, por respeto al principio establecido al artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁹⁶, 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. Pero 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 sólo 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 ciertamente 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 niño⁹⁷.

De otro lado, la frase "... una consideración a la que se atenderá será..." 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. ¿Qué significa esta expresión? Si se vuelve a hacer un análisis literal, se aprecia que en la legislación se emplea la expresión "*una consideración*" y no la locución "*la consideración*". 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).

⁹⁶ El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece: "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".

⁹⁷ El artículo 18, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: "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".

Ahora, bien ¿la palabra "una" utilizada en lugar del artículo "la" debilita el principio? A nuestro parecer no lo debilita, sino que le otorga su sitio justo, puesto que establece la obligación de considerar en todas las decisiones oficiales el interés superior del niño; el hecho de examinar este principio, no es cuestión de una elección sino de una obligación. Más tarde, este criterio compite con otros criterios que tienen también un valor. Es la existencia de varios intereses en presencia que induce al elemento niño a ser considerado y a llegar a ser uno de los criterios en la evaluación de los intereses eventualmente divergentes. El hecho de no dar sistemáticamente la razón al niño es un factor de equilibrio: No sería deseable que el interés del niño fuera superior a cualquier otro interés y lo aventajase sistemáticamente. Esto fundaría la “república” de los niños. Una posición tal sería contraria a la finalidad de la protección que se debe a los niños y provocaría irremediablemente la desaparición de los derechos del niño.

Por último, la expresión "... el interés superior niño". Se vuelve a subrayar, primero, el singular de esta alocución, mientras que la versión inglesa utiliza el plural (*interests*). Esta alocución es utilizada, a nuestro parecer, como una expresión general vinculada a la noción del "interés del niño". ¿Se debe acordar una importancia particular al calificativo "superior" (*best*)? Se han hecho algunas críticas concerniendo la utilización de este superlativo, infiriendo que el "interés superior" (*the best interests*) 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 posición 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 Estado⁹⁸.

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

⁹⁸ Al respecto, Grosman señala que “la calificación “superior” en modo alguno implica desconocer los intereses de los otros componentes del grupo familiar, pues los requerimientos del niño deben armonizarse con las necesidades de toda la familia, dentro de una lógica de integración”. Destaca la misma autora, que la expresión “ha tenido la intención de energizar los derechos de la infancia, a menudo olvidados por los adultos en las situaciones conflictivas”. GROSMAN, Cecilia. Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones familiares. En, La Ley, 1993-B-1089.

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."*

3.5 El “interés superior del niño” en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño.

También se sabe que, 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; conforme al cual, 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. De ello, nos ocuparemos ahora.

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

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).

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 con el o 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”*⁹⁹.

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 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”*¹⁰⁰.

De otro lado, 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 kafalah). 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, sólo en tercer lugar, una institución apropiada”*¹⁰¹.

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

⁹⁹ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *Op cit.* Página 131.

¹⁰⁰ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *Op cit.* Página 236.

¹⁰¹ *Ibidem.* Página 269.

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 deseosas de adoptar a un niño o que autorizan la adopción únicamente cuando se declare al niño legalmente abandonado”*¹⁰².

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.

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 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”*¹⁰³.

¹⁰² *Ibidem*. Página 282.

¹⁰³ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. Informe sobre el décimo periodo de sesiones, octubre / noviembre de 1995. CRC/C/46, párrafo 219.

Del breve repaso efectuado a las reglas puntuales precedentes, se comprueba que 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).

3.6 El “interés superior del niño” como mecanismo para lograr el objeto y fin de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Se sabe que, 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 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)*”¹⁰⁴. En otras palabras, en cualquier proceso de interpretación debe tenerse siempre en cuenta el objeto para el cual fue creado el tratado; el mismo que puede ser apreciado, con mayor evidencia, en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se registra la evolución actual del pensamiento jurídico cuando se afirma 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 deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Es en virtud del citado principio de igualdad, que se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de los niños, con el propósito de prepararlos para una vida independiente en sociedad¹⁰⁵. Así 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*

¹⁰⁴ DE LA GUARDIA y DELPECH. Op cit. Página 222.

¹⁰⁵ Vid. O'DONELL, Daniel. La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido. En, Boletín del Instituto Interamericano del Niño. Julio 1990. N°230. Página 11.

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. Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. 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 ello 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, se puede decir que si el bien del niño es el bienestar del niño del que se habla en el Preámbulo de la Convención, el interés superior del niño es el instrumento jurídico concebido por la Convención, que tiende a alcanzar este estado idealizado y que funda la garantía del niño en que se tenga en cuenta su interés de manera sistemática. Ello resulta, de considerar el objeto y fin del mencionado tratado.

Se puede decir, entonces, 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)¹⁰⁶.

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".

¹⁰⁶ *Ibidem*. Página 47.

3.7 Valoración general del “interés superior del niño” en el texto, el contexto y respecto del objeto y fin de la Convención sobre los Derechos del Niño.

De la consideración del “interés superior del niño” en el texto, el contexto y respecto del objeto y fin de la Convención sobre los Derechos del Niño, se aprecia que esta noción reviste varias características:

Conforme a la mayoría de los artículos de la Convención, el artículo 3, primer párrafo, constituye un derecho subjetivo como tal y, además, un principio de interpretación que debe ser utilizado en todas las formas de intervención con respecto a los niños y que confiere una garantía a los niños de que su suerte será examinada conformemente a ese principio de interpretación.

Esta disposición impone sin embargo una obligación a los Estados: la de tomar en cuenta el interés superior del niño por parte del Estado, desde que una decisión oficial debe ser tomada.

El artículo 3, primer párrafo, de la Convención no puede ser estudiado separadamente. Pertenece a un todo (la Convención de los Derechos del Niño) y funda un nuevo estatuto: el niño sujeto de derecho. Esta dependencia confiere a este concepto una dimensión particular, en especial si se le enlaza al principio de no-discriminación (artículo 2) y a la obligación de tomar en cuenta la palabra del niño (artículo 12).

La referencia al objeto y fin de la Convención debería ser una noción que permitiera afirmar mejor que lo resuelto en la aplicación del interés superior del niño no es la situación hic y nunc, sino más bien la situación del niño, en la perspectiva de su futuro. Por definición, el niño evoluciona; en consecuencia, su interés debería separarse de la ley del “todo enseguida”, para privilegiar una visión de futuro. En el momento en el que se escuche al niño sobre sus aspiraciones en el marco del artículo 12 de la Convención, se debe estar atento a este aspecto de exploración.

No obstante, el concepto del interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado que debe ser precisado por la práctica y que debería serlo por las reglas de aplicación.

Al final de este análisis de la noción y de la descripción de sus funciones y de sus características, se puede intentar una definición. De acuerdo con ello, el “interés superior del niño” es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en todos los aspectos de su vida. Para ello y como regla general, funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una

garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.

Esta definición tiene el mérito de resumir lo que ha sido explicado hasta aquí y de sintetizar el concepto.

4 El interés superior del niño en la dogmática jurídica.

El esfuerzo realizado en el apartado anterior, permitió encontrar una definición¹⁰⁷ del interés superior del niño a partir del texto y el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, sigue vigente la pregunta ¿qué es, ciertamente, el “interés superior del niño”?; ¿en qué consiste y con arreglo a qué criterios puede o debe determinarse?

Ello es así, por cuanto -como ya se ha expuesto- el “interés superior del niño” constituye un concepto jurídico indeterminado. En efecto, en el artículo 3, primer párrafo, de la Convención, el “interés superior del niño” aparece tipificado, expresado legalmente como concepto jurídico indeterminado, por medio de una cláusula general con la que se lo establece como principio y también como mandato o expresión concreta para supuestos de hecho específicos.

Siendo así, primero se impone la necesidad de revisar brevemente la idea de “interés” en el plano jurídico; para regresar, luego, a determinar las ventajas e inconvenientes de tratar con un concepto jurídico indeterminado.

4.1 La idea de “interés” en el plano jurídico.

El término (jurídico) y el concepto de interés son muy usados y conocidos, pero pocas veces se ha tratado de definirlo o concretarlo conceptual o normativamente.

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*

¹⁰⁷ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra “definición” es una “proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de una cosa material o inmaterial”. En cambio, la palabra “concepto” alude a la “idea que concibe o forma el entendimiento”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Op cit.* Tomo I. Páginas 529 - 672.

*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*¹⁰⁸.

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

Coincidentemente, 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”*¹⁰⁹.

Lo que se deja expresado es 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 (afectos, aspiraciones, impulsos inconscientes) 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”*¹¹⁰.

4.2 Los efectos de la indeterminación del “interés superior del niño”.

Como se ha expuesto, 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 standards 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*

¹⁰⁸ IHERING, Rudolph von. Del interés en los contratos. (Trad. esp. De Adolfo Posada). Buenos Aires, 1947. Página 77. Véase, con más amplitud, sobre esta cuestión, RUIZ RESA, J.D. El concepto de interés en Ihering. En, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Número 3. 2000. Páginas 435 y siguientes (de donde se ha tomado la anterior cita de Ihering).

¹⁰⁹ Caso Juan Carlos Callegari Herazo. STC 090-2004-AA/TC, del 5 de julio de 2004. Fundamento jurídico 11.

¹¹⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. El interés del menor. Madrid, Dykinson, 2000. Página 56.

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 hijo o no. El hallazgo de esa solución, la única adecuada, sólo es posible al trasladar el concepto indeterminado, en la aplicación de la ley, a la realidad y circunstancias concretas del caso”¹¹¹.

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, sobre todo, va a dar relevancia inusitada a los datos y circunstancias del caso concreto, porque éstos 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 éste 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”¹¹².*

De acuerdo con 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).

Esta técnica tiene ventajas e inconvenientes. La principal ventaja radica 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 implicadas y situaciones que pueden presentarse y válido tanto en el momento de su enunciado como en el futuro.

Sin embargo, 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

¹¹¹ Ibidem. Página 57.

¹¹² Caso Juan Carlos Callegari Herazo. STC 090-2004-AA/TC, del 5 de julio de 2004. Fundamento jurídico 10.

quien haya de aplicar el concepto indeterminado, a sus consideraciones valorativas y opinión personal; y, la necesidad de su concreción a cada caso específico. Ello 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.

¿Consecuencias de todo esto? Múltiples y preocupantes: desde cierta injusticia subjetiva y objetiva (tratamiento distinto de los iguales, o idéntico trato por 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.

4.3 Planteamientos metodológicos en busca del “interés superior del niño”.

La insatisfacción de la técnica aludida en el punto anterior, impone la búsqueda de otras soluciones, tanto desde el punto de vista puramente intelectual como desde el normativo y jurisprudencial.

Pero ello no importa prescindir de una consideración relativamente general e inicial del “interés superior del niño” porque será necesario precisar el significado y contenido de este concepto indeterminado, como labor previa a su aplicación concreta.

El camino que se propone es el de intentar, en primer lugar, 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 tribunales, por culpa y a consecuencia de conceptos jurídicos indeterminados y su necesaria determinación en cada caso concreto.

Permítase traer aquí, una muestra de esta última técnica que se propone, que tiene, sin duda, puntos de vista y aportaciones interesantes.

4.3.1 El método del “dynamic self-determinism” de John Eekelaar.

Eekelaar¹¹³ se propone 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 ello, afirma que *“quien adopta las decisiones se inspira en criterios y convicciones sobre las circunstancias que se consideran óptimas para el desarrollo del niño”*¹¹⁴. De esta manera, el “interés superior del niño” hace así una implícita 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. El hecho de que ese resultado (lo que llegará a ser el menor) ha sido en buena medida determinado por él mismo, es invocado para demostrar que tal resultado coincide con el “interés superior del niño”. *“El proceso es dinámico porque se aprecia 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”*¹¹⁵.

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

4.3.2 El método “tópico” de Theodor Viehweg.

Siguiendo a Viehweg¹¹⁶, se explica que el principio del “interés superior del niño” debe ser entendido de un modo funcional, como posibilidad de orientación y como hilo conductor del pensamiento.

¹¹³ 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. Abril, 1994 (8). Página 47.

¹¹⁴ *Ibidem*. Página 49.

¹¹⁵ EEKELAAR, John. *Op cit*. Página 55.

¹¹⁶ Vid. VIEHWEG, Theodor. Tópica y jurisprudencia. (Trad. español de Luis Díez Picazo). Madrid, Taurus Ed., 1964. Página 56.

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”*¹¹⁷.

De acuerdo con 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.

4.3.3 El método “sincrético” de Abdullahi An-an’im.

Se trata de una posición que aborda el enfoque de interculturalidad. De acuerdo con An-an’im¹¹⁸, 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.

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

4.3.4 El método “funcional” de Philip Alston y Gilmour Walsh.

Alston y Walsh¹¹⁹, proponen deducir el concepto del “interés superior del niño” a partir de los roles fundamentales que desempeña, según la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹¹⁷ *Ibidem*. Página 142.

¹¹⁸ *Vid.* AN-NA’IM, Abdullahi. Cultural transformation and normative consensus on the best interests of the child. Página 62 y ss. En, ALSTON, Philip (editor). *The best interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*. Oxford, University Press, 1994.

¹¹⁹ *Vid.* ALSTON, Philip y WALSH, Gilmour. *Children, rights and the law*. Oxford, Clarendon Press, 1992. Páginas 34 y ss.

Destacan, en primer lugar, que el “interés superior del niño” puede apoyar, justificar o aclarar, junto con otros artículos de la Convención, un enfoque concreto con respecto a 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.

A partir de todo 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

4.3.5 El método “garantista” de Miguel Cillero Bruñol.

Para Cillero Bruñol¹²⁰, el Interés Superior del Niño tiene por objeto principal el limitar y el orientar todas las decisiones según los derechos de los niños; por ello constituye un principio jurídico garantista.

Siendo el “interés superior del niño” un principio jurídico garantista, se sostiene que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. Al proponer la Convención el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra, identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio 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 sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.

4.3.6 El método “hermenéutico” de Francisco Rivero Hernández.

Para Rivero Hernández¹²¹, debe optarse por una interpretación sociológica y finalista de las normas e instituciones implicadas en el interés del menor, en las

¹²⁰ Vid. 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 BELOFF, MARY (comps.), Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998), Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998. Página 79 y ss.

¹²¹ Vid. RIVERO HERNANDEZ, Francisco. El interés del menor. Madrid, Dykinson, 2000. Página 89 y ss.

que éste 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 lo debe abordar 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.

4.4 Valoración general de los planteamientos metodológicos.

No cabe duda que todos los planteamientos metodológicos expuestos pretenden revelar 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. El “interés superior del niño” tiene, así, un valor jurídico eminentemente instrumental en la decisión acerca de un derecho o conflictos de derechos.

Claro está que algunos de los métodos expuestos no se resisten a la crítica, por destacarse que no hay verdaderas ideas o valoraciones generales (o 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 casos¹²². 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 humanos¹²³.

¹²² Para una crítica del método e ideas de Eekelaar, Cfr. COADY, C.A.J. Theory, right and children: a comment on O'Neill and Campbell. Página 50 y ss. En, ALSTON, Philip (editor). The best interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights. Oxford, University Press, 1994.

¹²³ Para una crítica del método e ideas de An-na'im, Cfr. MURGA, María E. Acerca de la trascendencia política del respeto de los derechos de los niños y adolescentes. En, Minoridad y familia. N°11. Página 15 y ss.

Pero, lo que resulta evidente es que no se limitan al plano del concepto (“Interés superior del niño”) ni al del mero enunciado normativo. 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).

Con ello, cobran vital 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. Esto es sencillamente porque 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 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 eso, 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. 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. Para ello, se revisarán los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que haya sido aplicado.

5 El “interés superior del niño” en la interpretación del Comité de los Derechos del Niño.

Como se ha señalado, el Comité de los Derechos del Niño ha propuesto los criterios que permitan juzgar en qué consiste, en general o en casos particulares, este interés, a partir de los valores y los principios generales de la Convención que deben aplicarse en cualquier circunstancia. Así, en la Observación General N° 14 (2013) sobre “*El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*”¹²⁴ ha precisado que el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo

¹²⁴ Aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

holístico del niño; y es que que “la plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana”¹²⁵.

El Comité resalta la triple acepción del interés superior del niño: a) Como derecho sustantivo: se trata “del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general”; b) Como principio jurídico interpretativo fundamental: “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”; y, c) Como norma de procedimiento: “siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados”¹²⁶.

De acuerdo con ello, ha subrayado que la determinación del interés superior corresponde al espíritu de la Convención en su totalidad y, en concreto, al énfasis que ésta 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. Asimismo, destaca que el interés superior del niño no siempre será el factor único y decisivo a considerar; puede que haya conflicto entre los intereses de diferentes niños o grupos de niños, o entre los intereses de los niños y los de los adultos. No obstante, el interés del niño será, en todo caso, objeto de consideración. Es necesario, por tanto, demostrar que se han investigado los derechos del niño y que se le ha dado consideración primordial. Sólo así, se adoptará el interés superior del niño como principio rector en la aplicación de la Convención; esto es, valorando las repercusiones sobre los niños de las medidas adoptadas. En ese sentido, el Comité precisa que para “dar pleno efecto al interés superior del niño, deben tenerse en cuenta los parámetros siguientes: a) El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño; b) El conocimiento de los niños como titulares de derechos; c) La

¹²⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Párrafo 5.

¹²⁶ *Op. cit.* Párrafo 6.

naturaleza y el alcance globales de la Convención; d) La obligación de los Estados partes de respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención; e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo”¹²⁷.

En cuanto al concepto de interés superior del niño, se explica que es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso; reconociéndolo, a su vez, como flexible y adaptable. Por ello, debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. “La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil”¹²⁸. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general.

En relación a los otros principios generales de la Convención, el Comité precisa que el interés superior del niño exige, respecto del derecho a la no discriminación, que “los Estados que se adelanten a tomar medidas apropiadas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos enunciados en la Convención”¹²⁹, mediante la adopción de medidas positivas encaminadas a corregir una situación de desigualdad real. Con relación al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, indica que “los Estados deben crear un entorno que respete la dignidad humana y asegure el desarrollo holístico de todos los niños”¹³⁰. En lo que se refiere al derecho a ser escuchado, explica que la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. “Ambos derechos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior”¹³¹. Por eso, cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, debe tenerse en

¹²⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Párrafo 16.

¹²⁸ *Op. cit.* Párrafo 34.

¹²⁹ *Op. cit.* Párrafo 41.

¹³⁰ *Op. cit.* Párrafo 42.

¹³¹ *Op. cit.* Párrafo 43.

cuenta la evolución de las facultades del niño; esto es, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior.

Destaca el Comité que para evaluar y determinar el interés superior del niño a fin de tomar una decisión sobre una medida concreta, se deben seguir los pasos siguientes:

- a) En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás. *“La evaluación del interés superior consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño”*¹³².
- b) En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho. Por *“determinación del interés superior se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior”*¹³³.

El Comité estima que los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, son los siguientes.

1. La opinión del niño: Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior.
2. La identidad del niño: Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. *“La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad”*¹³⁴. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades

¹³² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Párrafo 47.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Op cit*. Párrafo 55.

universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades.

3. La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones: El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención. Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño. *“Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso. Así, antes de recurrir a la separación, se debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño. Los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres. Del mismo modo, los niños no se separarán de sus padres en razón de una discapacidad del menor o de sus padres”*¹³⁵. La separación ha de barajarse solo en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del niño o un riesgo para la seguridad del niño. Cuando se separa a un niño de su familia, en las decisiones que se adopten acerca de la periodicidad y la duración de las visitas y otras formas de contacto deben tenerse en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad de conservarlas. El Comité considera que *“las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular”*¹³⁶. Por eso, *“es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos”*. La conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio. Esas relaciones abarcan a la familia ampliada, como los abuelos, los tíos y tías, los amigos, la escuela y el entorno en general, y son particularmente importantes cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes.
4. Cuidado, protección y seguridad del niño: Al evaluar y determinar el interés superior de un niño o de los niños en general, debe tenerse en cuenta la obligación de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean

¹³⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Párrafo 61.

¹³⁶ *Op cit.* Párrafo 67.

necesarios para su bienestar. *“El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad”*¹³⁷. Aplicar el enfoque del interés superior del niño en el proceso de toma de decisiones entraña evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento; sin embargo, el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño.

5. Situación de vulnerabilidad: Las situaciones de vulnerabilidad del niño están referidas a tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, etc.

*“El objetivo de la determinación del interés superior de un niño o de los niños en situación de vulnerabilidad no debe referirse solo al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la Convención, sino también en otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas, como los contemplados en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otros instrumentos”*¹³⁸.

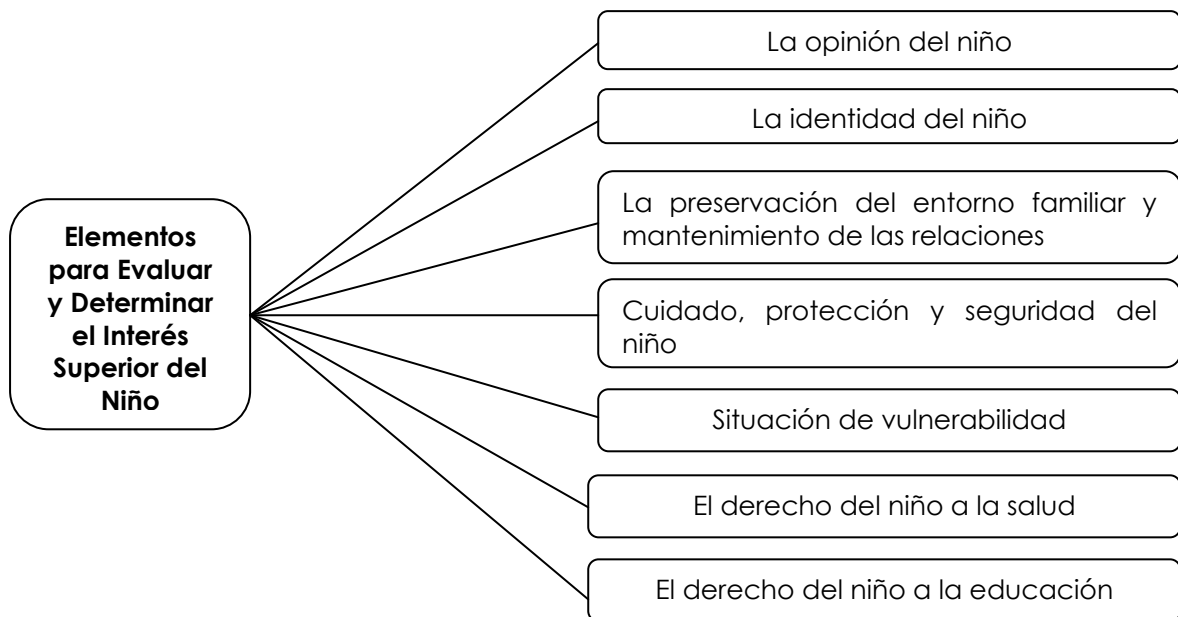
6. El derecho del niño a la salud: El derecho del niño a la salud y su estado de salud son fundamentales para evaluar el interés superior del niño. Sin embargo, *“si hay más de una posibilidad para tratar una enfermedad o si el resultado de un tratamiento es incierto, se deben sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios, y también debe tenerse en cuenta debidamente la opinión del niño en función de su edad y madurez”*¹³⁹. En este sentido, se debe proporcionar al niño información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado.
7. El derecho del niño a la educación: El acceso a una educación gratuita de calidad, incluida la educación en la primera infancia, la educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas, redundan en el interés superior del niño. *“Todas las decisiones sobre las medidas e iniciativas*

¹³⁷ *Op cit.* Párrafo 71.

¹³⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Párrafo 75.

¹³⁹ *Op cit.* Párrafo 77.

relacionadas con un niño en particular o un grupo de niños deben respetar su interés superior con respecto a la educación”¹⁴⁰.



El Comité explica que la evaluación básica del interés superior es una valoración general de todos los elementos que guardan relación con el interés superior del niño, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros. En ese sentido, precisa que no todos los elementos serán pertinentes en todos los casos, y los diversos elementos pueden utilizarse de diferentes maneras en los distintos casos. Señala que *"al ponderar los diferentes elementos, hay que tener en cuenta que el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos facultativos, y el desarrollo holístico del niño"*¹⁴¹. Al evaluar el interés superior del niño, hay que tener presente que sus capacidades evolucionan. Por lo tanto, se deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia, en lugar de adoptar decisiones definitivas e irreversibles.

De otro lado, el Comité precisa que para garantizar la observancia efectiva del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial a que se atienda, se deben establecer y aplicar salvaguardias procesales que estén adaptadas a sus necesidades; ello, en la medida que el concepto de

¹⁴⁰ *Op cit.* Párrafo 79.

¹⁴¹ *Op cit.* Párrafo 82.

interés superior del niño es en sí mismo una norma de procedimiento. Al efecto, exige que se establezcan “procesos oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan, incluidos mecanismos de evaluación de los resultados”¹⁴²; destacando las siguientes:

1. El derecho del niño a expresar su propia opinión: Un elemento fundamental del proceso es la comunicación con los niños para lograr que participen de manera provechosa en él y determinar su interés superior. Al efecto, se deberá “informar a los niños sobre el proceso y los posibles servicios y soluciones duraderas, reunir información proporcionada por los niños y pedirles opinión”¹⁴³; la que debe ser tomada en cuenta, en función a su edad y madurez.
2. La determinación de los hechos: Los hechos y la información pertinentes para un determinado caso deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación del interés superior del niño. “Entre otras cosas, se pueden mantener entrevistas con personas cercanas al niño, con personas que estén en contacto con el niño a diario y con testigos de determinados incidentes”¹⁴⁴. La información y los datos reunidos deben verificarse y analizarse antes de utilizarlos en la evaluación del interés superior del niño o los niños.
3. La percepción del tiempo: Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. “El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión”¹⁴⁵. Por ello, todas las decisiones sobre el cuidado, el tratamiento, el internamiento y otras medidas relacionadas con el niño deben examinarse periódicamente en

¹⁴² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Párrafo 87.

¹⁴³ *Op cit.* Párrafo 89.

¹⁴⁴ *Op cit.* Párrafo 92.

¹⁴⁵ *Op cit.* Párrafo 93.

función de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y su desarrollo.

4. Los profesionales cualificados: Los niños constituyen un grupo heterogéneo, cuyas características y necesidades solo pueden ser evaluadas adecuadamente por profesionales especializados. Por eso, *“en la medida de lo posible, en la evaluación del interés superior del niño debería participar un equipo multidisciplinario de profesionales”*¹⁴⁶. La evaluación de las consecuencias de las distintas soluciones debe basarse en los conocimientos generales (es decir, en las esferas del derecho, la sociología, la educación, el trabajo social, la psicología, la salud, etc.).
5. La representación letrada: El niño necesitará representación letrada adecuada cuando los tribunales y órganos equivalentes hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior. *“En particular, cuando se someta a un niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior, el niño debe disponer de representación letrada, además de un curador o representante de su opinión, cuando pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión”*¹⁴⁷.
6. La argumentación jurídica: Cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. *“En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño”*¹⁴⁸. Se agrega que *“si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado”*¹⁴⁹, y, *“si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado”*¹⁵⁰. Por eso, no basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño. Se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del

¹⁴⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Párrafo 94.

¹⁴⁷ *Op cit.* Párrafo 96.

¹⁴⁸ *Op cit.* Párrafo 97.

¹⁴⁹ *Ibidem.*

¹⁵⁰ *Ibidem.*

niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones.

7. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones: Se deben establecer mecanismos en el marco del ordenamiento jurídico para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior del niño o los niños. *“Los mecanismos deben implementarse si se considera que se han incumplido las garantías procesales, los hechos no son exactos, no se ha llevado a cabo adecuadamente la evaluación del interés superior del niño o se ha concedido demasiada importancia a consideraciones contrapuestas. El órgano revisor ha de examinar todos esos aspectos”*¹⁵¹.
8. La evaluación del impacto en los derechos del niño: La evaluación del impacto en los derechos del niño puede prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos, y debería complementar el seguimiento y la evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos del niño. *“Como mínimo, se deben utilizar la Convención y sus Protocolos facultativos como marco, en particular para garantizar que las evaluaciones se basen en los principios generales y tengan especialmente en cuenta los efectos diferenciados que tendrán en los niños la medida o medidas que se examinen”*¹⁵².

6 El “interés superior del niño” en la interpretación del Tribunal Constitucional.

Las reflexiones precedentes son, unas, eminentemente jurídico-formales; otras se han limitado al aspecto teórico, referidas a cualquier menor y a su “interés superior”, en general. Mas en la vida corriente, la cuestión no es ya de conceptos indeterminados ni se plantea en aquellos términos, sino que va referida al interés de un niño concreto en una situación determinada y condicionada por muy variadas circunstancias.

Para concretarlo, se debe partir de la idea matriz de que el “interés superior”, a efectos jurídicos, está inicialmente en la protección de sus derechos

¹⁵¹ *Op cit.* Párrafo 98.

¹⁵² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Párrafo 99.

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. Veamos cómo ha procedido el Tribunal Constitucional en los casos, pocos es cierto, en los que le tocó aplicarlo.

6.1 El “interés superior del niño” y el derecho a vivir en una familia.

Como se recordará, el artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño 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 kafalah). 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. Se ha dicho que esto sugiere una jerarquía de opciones: en primer lugar, los familiares; en segundo lugar, una familia sustituta; y, sólo en tercer lugar, una institución apropiada.

Pues bien, al Tribunal Constitucional le tocó pronunciarse sobre un caso¹⁵³ en el que, sin mencionar expresamente la norma citada, se refirió a los alcances de su contenido.

Se trata del proceso de hábeas corpus que siguiera doña Lady Rodríguez Panduro contra la Ministra del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (Promudeh) y el Jefe de la Oficina de Adopciones con el objeto de que le sea entregada la menor L.E.P.D.L.R., de 3 años y 6 meses de edad, quien se encuentra internada en la Aldea Infantil Virgen del Pilar de la ciudad de Tarapoto.

El 20 de diciembre de 1998 nació la menor, quien a los pocos días de nacida fue entregada por su madre biológica, doña Loidith Chumbe Trigozo, a la demandante para que la críe como su hija, quien la registró como tal ante la Municipalidad Provincial de Mariscal Cáceres, de acuerdo a la partida de nacimiento que obra a fojas 3 de autos, la que mantiene todos sus efectos por no haber sido cuestionada. Casi 2 años después de este hecho, la madre biológica denunció a la demandante por raptor y reclamó la entrega de la menor. Ello motivó que se iniciara en su contra un proceso penal por los delitos contra el estado civil, en la modalidad de parto simulado y alteración o supresión de filiación de menor; proceso en el que fue absuelta por la Corte Superior de Justicia de San Martín mediante sentencia de fecha 3 de julio de

¹⁵³ Caso Lady Rodríguez Panduro. STC 2165-2002-HC/TC, del 14 de octubre de 2002.

2001, por considerar que la demandante actuó de buena fe, buscando salvaguardar la integridad de la menor.

La demandante, al haber sido condenada en primera instancia en el proceso que se menciona en el párrafo anterior, procedió a entregar a la menor a su madre biológica, con intervención del Fiscal Provincial de Mariscal Cáceres-Juanjuí. Sin embargo, ninguno de los padres biológicos de la menor cumplieron con sus obligaciones y posteriormente la entregaron a sus abuelos paternos, quienes tampoco asumieron responsabilidad sobre la integridad de la menor, teniéndola en completo estado de abandono. Es por ello que la Fiscal Provincial de Bellavista, mediante resolución de fecha 11 de abril de 2001, dispuso que la menor sea puesta en custodia en el Albergue de Menores Virgen del Pilar; y, el Juzgado Mixto de Bellavista, por resolución de fecha 28 de setiembre de 2001, declaró el estado de abandono de la menor, disponiéndose como medida de protección la continuación de su internamiento.

Ante tales hechos, el Tribunal Constitucional aprecia la demostración de solidaridad de la demandante para con una recién nacida, en delicado estado de salud y abandonada por su madre biológica, *“quien no ha mostrado mayor interés por la menor según se corrobora con la resolución de fojas 14 de autos, expedida por el Fiscal Provincial de Bellavista, en la que se señala que la menor le fue entregada hasta en dos oportunidades, sin que haya asumido alguna responsabilidad respecto de su cuidado y protección”*. Agrega que, *“doña Lady Rodríguez Panduro durante casi 2 años brindó amor, cuidados y protección a la menor, haciéndola partícipe de su entorno familiar, y luego se preocupó por indagar si la madre biológica cumplía con su obligación de cuidarla, constatando que no lo hacía, por lo que dio aviso de ello a las autoridades, quienes confirmaron el hecho. Es decir, la demandante ha actuado en todo momento como una verdadera madre para la menor”*¹⁵⁴.

Por tales razones, el Tribunal Constitucional, *“teniendo en consideración que la Constitución Política establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, y que tanto la comunidad como el Estado protegen especialmente al niño en situación de abandono; y asimismo, que el Código de los Niños y Adolescentes prescribe que en toda medida que adopte el Estado concerniente al niño se considerará el interés superior de éste y el respeto a sus derechos, y que todo menor tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el*

¹⁵⁴ Caso Lady Rodríguez Panduro. STC 2165-2002-HC/TC, del 14 de octubre de 2002. Fundamento jurídico 4.

seno de una familia”¹⁵⁵, declaró fundada la demanda y ordenó que la niña debe ser entregada a la demandante.

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.

Aquí, 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 aprecia 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 opciones posibles en el ejercicio del derecho cuestionado (la continuación del internamiento en un albergue de menores o la entrega de la niña a la demandante, quien ha actuado en todo momento como una verdadera madre para la menor), se ha determinado dónde está el mejor beneficio o interés del menor en la situación de referencia. Opciones e interés contemplados desde la perspectiva del niño, como sujeto de derecho que vive su problema en un lugar y momento determinados.

Pero, de este pleito en que ha entrado en juego ese interés, se comprueba que no se lo reclama 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 ello se tiene que, este último es, además de contenido de aquéllos, un parámetro o criterio en la valoración de un derecho, relación jurídica o situación concreta, o en la solución de un conflicto de derechos.

6.2 El “interés superior del niño” y el derecho a la educación.

Aquí los problemas que se han presentado están referidos a casos en los que los Directores de Centros Educativos (estatales y particulares) han impedido (negando o cancelando la matrícula) que niños sigan sus estudios escolares, afectado el derecho a la educación de estos últimos.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

Al respecto, el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala expresamente que:

“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... d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas. e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar”.

Se apreciará que el Tribunal Constitucional, en estos casos, ha sido más explícito en su argumentación acerca de cómo actúa el “interés superior del niño” en esta situación. En especial, 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: éstas 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 las sentencias que repasaremos, se advierte también que 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 aprecia 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 opciones posibles en el ejercicio del derecho cuestionado (el traslado a otro centro educativo por la negativa del Director del actual Centro Educativo, que no permite la matrícula, o la continuación de estudios escolares en el mismo Centro Educativo, defensa del derecho a la educación), se ha determinado dónde está el mejor beneficio o interés del menor en la situación de referencia.

Nuevamente, de estos pleitos en que ha entrado en juego ese interés, se comprueba que no se lo reclama como objeto de una pretensión, sino que se ha discutido sobre cierto derecho en que ese interés está implicado: el derecho a la educación. Y en ese debate sobre derechos reclamados, se ha decidido de acuerdo con el “interés superior del niño”. De ello se tiene que, este último es, además de contenido de aquéllos, un parámetro o criterio en la valoración

de un derecho, relación jurídica o situación concreta, o en la solución de un conflicto de derechos.

a) STC 052-2004-AA/TC, del 1 de setiembre de 2004.

Se trata del proceso de amparo que interpone doña Martha Elena Cueva Morales a favor de su menor hijo J. J. C. C. (7), y la dirige contra Richard Astoquilca Mayhuire, director de la Escuela Primaria de Menores N°5006-Alberto Secada Sotomayor, alegando que se ha lesionado el derecho a la educación del favorecido, pues el demandado se ha negado a ratificar su matrícula en el referido centro educativo.

El emplazado aduce que no ha tenido ninguna responsabilidad en el proceso de matrícula, ya que mediante memorándum N°70-2002-CE-5006-ASS designó a la subdirectora del plantel, doña Hilda Esther Lucas Marzal, para que se encargara de organizar y ejecutar el proceso de matrícula del año académico 2003, agregando que ella, mediante informe N°02-CE.5006-ASS-CD-HELM, le comunicó que la demandante nunca se apersonó a ratificar la matrícula de su hijo.

Previamente, el Tribunal Constitucional precisa que resulta indiscutible que, si efectivamente el demandado hubiera impedido que el beneficiario se matriculara para seguir en el siguiente año escolar, se habría afectado el derecho a la educación del favorecido; siendo que no sólo se trata de un deber de los padres para con sus hijos, sino también de un derecho –el de educación– que cabe oponer y exigir al Estado. *“Si la Constitución ha establecido que los padres tienen el deber de brindar educación a sus hijos, respecto del Estado ha declarado que éste está en la obligación de proteger especialmente al niño y al adolescente (art. 4°). Naturalmente esta protección especial implica primeramente la obligación de permitirle ingresar a un centro educativo, así como que se adopten todas las medidas necesarias y oportunas destinadas a impedir que “nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas” (art. 16°). Evidentemente, se incumple ese deber especial, por ejemplo, cuando el Estado, a través de sus órganos y funcionarios competentes, niega a un menor la posibilidad de continuar sus estudios, sin existir motivos razonables para ello”*¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Caso J. J. C. C. STC 052-2004-AA/TC, del 1 de setiembre de 2004. Fundamento jurídico 3.

En el presente caso, se destaca desde un punto de vista estrictamente formal, la inexistencia de un documento con el cual se acredite que el demandado se ha negado a matricular al beneficiario del amparo. No obstante, el Tribunal Constitucional considera que tal apreciación no dejaría de ser una evaluación estrictamente formal, *“pues, por una parte, el impedimento de matrícula de un menor, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean al presente caso [como es el hecho de que la demandante haya presentado una serie de denuncias por maltrato físico de un docente], rara vez podría materializarse mediante un documento; por otro, porque encontrándose en discusión el derecho a la educación de un niño, el asunto debe ventilarse a partir del deber especial de protección que, en este tema, tienen los jueces y autoridades administrativas”*¹⁵⁷. Ello resulta de interpretar y aplicar el derecho a la educación de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, conforme lo establece la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

De acuerdo con ello, el Tribunal Constitucional estima que es particularmente relevante el sentido y propósito que, a estos efectos, está llamado a cumplir el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a tenor del cual: *“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”*.

Agrega que “de esa “consideración especial” que deben tener los jueces y autoridades administrativas cada vez que se encuentre en discusión el ejercicio de determinados derechos del niño, es decir, de observarse siempre una solución que tenga en cuenta ese “interés superior del niño”, se desprende que tales funcionarios estatales deben estar dotados de una especial sensibilidad a la hora de resolver los problemas en que pudieran encontrarse envueltos; bien se trate de aspectos que pudieran calificarse de sustantivos, bien de asuntos que pudieran caracterizarse como procesales. En este sentido, por ejemplo, del artículo 3.1 de la Convención citada se deriva una exigencia en materia de interpretación y aplicación de las reglas procesales. Estas, en efecto, 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

¹⁵⁷ Caso J. J. C. STC 052-2004-AA/TC, del 1 de setiembre de 2004. Fundamento jurídico 7.

que el niño continúe privado del ejercicio de determinados derechos fundamentales”¹⁵⁸.

Esa exigencia derivada del artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, esto es, la de adoptar medidas que atiendan al “interés superior del niño”, imponía que el demandado, independientemente del resultado de este proceso, e incluso de las denuncias a las que antes se ha hecho referencia, adoptara todas aquellas medidas necesarias, oportunas y adecuadas para tratar de ratificar la matrícula supuestamente negada. Sin embargo, no se ha actuado así. Por tales razones, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda y ordena que el Director de la Escuela Primaria de Menores N°5006 Alberto Secada Sotomayor ratifique la matrícula del menor J.J.C.C.

b) STC 199-2004-AA/TC, del 28 de junio de 2004.

Se trata del proceso de amparo que interpone doña Gloria Edmee Gonzales Inca contra la directora del Centro Educativo Particular Hosanna, doña Geny Vega Armas; y contra el promotor y director general del mismo, Yoon Il Hwang; solicitando que se declare inaplicable a sus menores hijos, Jonathan David Pérez Gonzales y Esteban Pérez Gonzales, la disposición contenida en la carta de fecha de abril de 2003, que declara cancelada la matrícula de sus hijos; y que, en consecuencia, se disponga la inmediata restitución de la matrícula en el citado centro educativo.

Manifiesta la demandante haber matriculado a sus dos menores hijos en dicho centro educativo particular con objeto de que cursen estudios durante el año 2003, uno en el quinto año de nivel primario y, otro, en el quinto año de nivel secundario, cancelando, a tal efecto, los respectivos derechos de matrícula. Añade que el colegio realizó, con fechas 25 y 27 de marzo de 2003, reuniones de padres de familia, con la finalidad de explicar los alcances del reglamento, pero que ella no pudo asistir debido a motivos laborales y de índole personal; y que el día 26 de marzo de 2003 se le hizo llegar una hoja impresa del Reglamento Interno del Colegio y de los Deberes de los Padres de Familia, la misma que contenía una relación de obligaciones para los padres, que, a su criterio, no eran muy claros y en alguna forma restringían los derechos de los padres en la marcha pedagógica y/o administrativa del colegio, razón por la cual envió una carta a la Directora del plantel con fecha 4 de abril de 2003, la misma que fue redactada en términos totalmente respetuosos, no obstante lo cual recibió como respuesta la cancelación de la matrícula de sus hijos a partir

¹⁵⁸ *Ibidem*. Fundamento jurídico 8.

del 9 de abril de 2003, por haberse negado a firmar un reglamento que, a su entender, tenía una serie de restricciones.

La Directora y el Director General del CEP Hosanna se apersonan al proceso y contestan la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, aduciendo que la decisión de cancelar la matrícula de los niños fue tomada a raíz de que la recurrente no quiso firmar y aceptar el Reglamento de los Deberes de los Padres, lo que era obligatorio; y que, por lo tanto, tal negativa generaba la causa legal para la cancelación de la matrícula; asimismo, por el mal comportamiento de los menores y, finalmente, por la actitud conflictiva de la madre; siendo, por ello, una decisión razonada, justa y legal (sic). Además, señalan que las reglas cuestionadas jamás tuvieron la intención de limitar o desconocer algún derecho de los padres o de los alumnos, sino de mantener y garantizar el orden y la buena marcha del colegio.

Merituados los argumentos de las partes, así como las instrumentales obrantes en el expediente, el Tribunal Constitucional consideró que la presente demanda resulta legítima en términos constitucionales, habida cuenta de que si bien el colegio emplazado, como toda institución educativa, tiene la plena y absoluta facultad para establecer o normar su propio régimen de funcionamiento y de disciplina, no puede imponer dicha organización y estructura disciplinaria desconociendo derechos fundamentales; más aún, si el hecho de que un padre o madre de familia, como el caso de la recurrente, presente una simple carta solicitando aclaración, no puede tomarse como una falta de respeto ni como un atentado a la disciplina del colegio que haga responsable a dicha persona, ni mucho menos, y como ha ocurrido en el presente caso, a sus menores hijos

Agrega que la carta de respuesta del Centro Educativo refleja una serie de excesos en los que resulta pertinente reparar, en especial el de informarse de las actividades programadas y aceptar los compromisos en torno de los deberes y obligaciones no tiene nada de excesivo, siempre que las informaciones sobre tales actividades o las que correspondan a la suscripción de tales compromisos se proporcionen en forma adecuada; pero cuando ocurre lo contrario y existe la necesidad de precisar detalles o aspectos por parte del colegio, existe no solo el derecho de los padres de formular peticiones aclaratorias, sino la obligación del colegio de proporcionarlas adecuadamente a fin de evitar errores o incorrectas interpretaciones. Esto último no se observa en la entidad emplazada, sino, todo lo contrario, el deseo de imponer las cosas manu militari, sin ninguna voluntad de discusión o siquiera precisión. En este aspecto queda claro que ha sido vulnerado el derecho de la recurrente de solicitar sin expresión de causa la información que requiere; de formular peticiones individual o

colectivamente por escrito ante la autoridad competente, así como su derecho de participar en el proceso educativo de sus hijos. Por ello, destaca que existe en el proceder del colegio demandado, *“una notoria trasgresión de los principios de razonabilidad y proporcionalidad como componentes del debido proceso sustantivo a cuyo respeto y observancia se encuentran obligadas todas las personas e instituciones, sean estas públicas o privadas. Es más, hay una equivocada concepción de lo que representa el manejo de una institución educativa y el trato digno que merecen tanto los padres como sus menores hijos. Tan irrazonable ha sido su actitud que, pese a reconocer que se trataba de dos menores cuyas calificaciones eran óptimas (según se corrobora de sus libretas de notas, obrantes a fojas 7 y 8 de los autos) no le ha importado causarles perjuicio, incluso pese a que ya habían iniciado el año escolar”*¹⁵⁹.

El Tribunal Constitucional resalta que quienes conducen los centros de enseñanza deben saber armonizar su funcionamiento con los derechos de toda persona, sea que se trate de los alumnos o de los de padres de familia. Por estas consideraciones, declara fundada la demanda y ordena que se proceda a matricular al menor Jonathan David Pérez Gonzáles, en el año escolar que le corresponda, en el Centro Educativo Particular Hosanna, y dispone lo propio respecto del menor Esteban Pérez Gonzáles, solo en el supuesto de que no haya concluido sus estudios secundarios.

6.3 El “interés superior del niño” y el derecho a la libertad personal.

Aquí los problemas que se han presentado están referidos a determinar la concurrencia de las condiciones de legalidad que deben rodear a toda privación preventiva de la libertad. Ello es así, por cuanto el derecho a la libertad personal implica que toda restricción a ella debe realizarse como último recurso y tiene que estar fundada siempre en la ley aplicada por órgano jurisdiccional competente.

El artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a ser protegido contra la privación ilegal o arbitraria de su libertad, pudiendo impugnar la legalidad de tal medida ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial. Así, se señala que los Estados Partes velarán por que: *“b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se*

¹⁵⁹ Caso Gloria Edmee Gonzales Inca. STC 199-2004-AA/TC, del 28 de junio de 2004. Fundamento jurídico 3.

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”.

De acuerdo con las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990, por privación de libertad se entiende “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública” (regla 11, inciso b).

Con relación a la detención y prisión preventiva, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (“Reglas de Beijing”), aprobadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 29 de noviembre de 1985, disponen que “sólo se aplicará prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve. Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa” (regla 13). Se precisa que la detención y prisión preventiva serán dictadas “... sólo tras cuidadoso estudio y se reducirá al mínimo posible... en el caso de que el menor sea condenado por acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada... en el examen de los casos se considerará primordialmente el bienestar del menor” (regla 17).

Complementariamente, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad declaran “... En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir la máxima prioridad a la más rápida tramitación posible a esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible...” (regla 17).

Se apreciará que el Tribunal Constitucional, en estos casos, ha sido menos explícito en su argumentación acerca de cómo actúa el “interés superior del niño” en esta situación. Sin embargo, pero no con mucha dificultad, se puede concluir que su principal preocupación fue la de determinar la concurrencia de las condiciones de legalidad que deben rodear a toda privación preventiva de la libertad, considerando en tal evaluación el “interés superior del niño”.

En las sentencias que repasaremos, se advierte también que 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.

Nuevamente, de estos pleitos en que ha entrado en juego ese interés, se comprueba que no se lo reclama como objeto de una pretensión, sino que se ha discutido sobre cierto derecho en que ese interés está implicado: el derecho a la libertad personal.

a) STC 2623-2003-HC/TC, del 18 de junio de 2004.

Se trata del proceso de hábeas corpus interpuesto por don Donato Villacorta Sánchez, a favor de su hijo Alex Evert Villacorta Oviedo, contra la titular del Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Cuzco, solicitando que se disponga la inmediata libertad del beneficiario; quien se encuentra internado en un Centro de Rehabilitación de Menores, desde el 4 de noviembre de 2002 hasta la fecha de interposición de la demanda, sin que se haya resuelto su situación jurídica.

El demandante refiere que su hijo fue injustamente comprendido en la Investigación N°2002-908-10-0801JF02C, por el presunto delito contra la libertad sexual en agravio de menor, en la cual la emplazada dispuso su internamiento en el Centro de Menores de Marcavalle, lugar donde se encuentra detenido por más de ocho meses, lo que contraviene el artículo 221° del Código del Niño y el Adolescente, que prescribe que toda investigación debe concluir, como máximo, a los 50 días del internamiento. Alega que el representante del Ministerio Público, al emitir el Dictamen Parcial N°12-03-2da-FPCF-CUZCO, varió el tipo penal instruido, tipificado como violación, por el de lesiones puesto que los médicos legistas concluyeron, en el dictamen evacuado, que no hubo violación sexual del supuesto agraviado; por lo que, solicitó que la emplazada, de oficio, modificara la situación jurídica del adolescente, aduciendo que, a la fecha, había vencido en exceso el mencionado plazo de 50 días de internamiento.

Por su parte, la emplazada declara que no existe vulneración constitucional; que la investigación contra el beneficiario se ha tramitado con arreglo a ley, de acuerdo con los plazos y las garantías procesales establecidas. De otro lado, señala que se dictó auto de acción promovida con fecha 4 de noviembre de 2002, en virtud del cual se dispuso el internamiento del favorecido en el Centro

de Menores de Marcavalle, y no en el mes de octubre, como maliciosamente ha afirmado el accionante.

El Tribunal Constitucional señala que, en general, el hábeas corpus es un mecanismo procesal específico de tutela de la libertad y seguridad personales y derechos conexos; siendo que, en el presente caso, se está ante un hábeas corpus traslativo, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona, o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal del detenido. En tal sentido, es materia de análisis los plazos en los que se ha llevado a cabo la investigación a que se encontraba sujeto el beneficiario.

De acuerdo con ello, el Tribunal Constitucional indica que del estudio de autos se comprueba *“que el internamiento preventivo del adolescente fue dispuesto mediante auto de acción promovida de fecha 4 de noviembre de 2002 (f. 24-26), y que la presente demanda fue interpuesta el 14 de julio de 2003 (f. 1-6); de lo que se desprende que, a esta fecha (14.7.03), habían transcurrido más de siete meses de internamiento del beneficiario, sin que hubiera concluido el procedimiento; en consecuencia, el plazo máximo de 50 días se encontraba vencido en exceso. En ese sentido, lo expresado por la emplazada respecto de que el proceso ordinario se tramitaba con arreglo a ley, no justifica que se prive de libertad al beneficiario más tiempo que el establecido por ley, más aún cuando el detenido recobró su libertad al haberse declarado fundada la demanda de hábeas corpus y ordenado la variación de la medida de internamiento por la de custodia a cargo de sus progenitores. Siendo así, se acredita la vulneración constitucional que sustenta la demanda”*¹⁶⁰.

Por tales consideraciones e invocando el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes que señala *“(…) que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, se considerará el principio del interés superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”*, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda.

b) STC 2063-2005-PHC/TC, del 29 de abril de 2004.

Se trata del proceso de hábeas corpus interpuesto por doña Alicia Aurora Chávez Villanueva, a favor de su menor hijo, contra los magistrados de la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima y la Fiscalía de Familia de

¹⁶⁰ Caso Alex Evert Villacorta Oviedo. STC 2623-2003-HC/TC, del 18 de junio de 2004. Fundamento jurídico 4.

Lima, alegando que se ha violado el derecho a la libertad individual del beneficiario.

Manifiesta la actora que las madres de cinco niños interpusieron denuncia calumniosa contra el beneficiario de la acción por el supuesto delito de violación sexual en agravio de los cinco menores. Refiere que, luego de expedida la resolución que abrió investigación con mandato de comparecencia, esta fue apelada por las denunciantes y revocada por la Sala de Familia, que dispuso, sin la motivación debida, la detención preventiva y captura de su hijo.

A su turno, las magistradas emplazadas manifiestan que la resolución que revoca el mandato de comparecencia y, reformándolo, dicta medida de internamiento preventivo, estuvo debidamente motivada, cumpliéndose las normas procesales vigentes; agregando que el beneficiario mostraba actitudes que ponían en riesgo la investigación.

El Tribunal Constitucional, revisando la demanda, señala que se ha invocado el hábeas corpus reparador, el mismo que se encuentra estipulado en el inciso 7) del artículo 25° del Código Procesal Constitucional: este tipo de hábeas corpus opera ante la detención o prisión en contravención de la Constitución y las leyes, vale decir, cuando no se cumplen los requisitos establecidos en el literal “f”, inciso 24), del artículo 2° de la Constitución y las normas del Código Procesal Penal.

Destaca el Tribunal Constitucional, en primer lugar, que en los informes psicológicos emitidos por el Ministerio de Salud aparece que tres de los menores han sido víctimas de abuso sexual; luego, explica que la Sala de Familia ha motivado la revocatoria de comparecencia sobre la base de los informes psicológicos mencionados y de las declaraciones de los menores, de las que se desprende que el actor, con engaños, inducía a los menores a entrar en su domicilio. *“También ha considerado la Sala que el accionante ha negado en todo momento su comisión en el delito y ha presentado diversa documentación tratando de eludir la acción de la justicia. Por otro lado, la Sala ha resuelto conforme a ley, y aduciendo al principio del interés superior del Niño y del Adolescente”*¹⁶¹.

En consecuencia, comprobándose la presencia de elementos probatorios que vinculan al adolescente como autor o partícipe de la comisión del acto infractor y considerando la existencia de riesgo razonable de que eludirá la

¹⁶¹ Caso Alicia Aurora Chávez Villanueva. STC 2063-2005-PHC/TC, del 29 de abril de 2004. Fundamento jurídico 5.

acción de la justicia por haber negado rotundamente la comisión de los hechos, no obstante las declaraciones de los niños –vecinos del adolescente infractor, quien podría intentar intimidarlos- y los informes psicológicos, el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda.

6.4 Valoración general de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Igualmente, resulta evidente que 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: sólo 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 “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: éstas 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 caso, 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 aprecia 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 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. Opciones e interés contemplados desde la perspectiva del niño, como sujeto de derecho que vive su problema en un lugar y momento determinados.

Pero, de este pleito en que ha entrado en juego ese interés, se comprueba que no se lo reclama 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 ello se tiene 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.

Esta revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, permite precisar los criterios acerca de cómo puede abordarse la determinación del “interés superior del niño” *in concreto*:

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

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.

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.

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.

Este 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.

De otro lado, en el concepto propuesto se alude a criterios de objetividad para la determinación in concreto del “interés superior del niño”, que resulta coincidente con lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha destacado el carácter regulador de la normatividad de los derechos del niño de este principio; el que “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”¹⁶². De ello, se concluye que el interés superior del niño es aludido como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. Para tal propósito, “es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño”¹⁶³. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. De acuerdo con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha opinado que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”¹⁶⁴.

A qué criterios de objetividad nos referimos: a tomar conocimiento de la opinión del niño, a conocer qué trato le brindan las personas de su entorno (familiares, conocidos), a la empatía con estas personas para con él, a las condiciones

¹⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Nota 56.

¹⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/2002. Nota 59.

¹⁶⁴ *Ibidem*. Conclusión 2.

económicas y sociales que le rodean, al grado de desarrollo educativo alcanzado, entre otros aspectos.

De ello, se tiene que quien ha de aplicar dicho concepto, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional, debe 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. Valoración, en general, 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 éste. Para ello, 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 –de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución- y, en particular,¹⁶⁵:

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

Tenga en cuenta 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,

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”

La objetividad que se demanda al momento 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 niño¹⁶⁶. 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,

¹⁶⁵ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Op cit. Páginas 239 y ss.

¹⁶⁶ Debe anotarse que la discrecionalidad y la arbitrariedad son conceptos antagónicos que no se pueden confundir: la discrecionalidad debe basarse en motivaciones y justificación suficientes (discutibles a veces, pero considerables en todo caso), mientras que lo arbitrario no tiene motivación respetable o se reduce a la de la voluntad de quien lo impone.

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.

7. La funcionalidad del interés superior del niño.

Se puede afirmar que la noción del interés superior del niño, tal como está definida en la Convención sobre Derechos del Niño, es una noción que tiene dos funciones "clásicas": el de controlar y el de encontrar una solución (criterio de control y criterio de solución).

Así, el criterio de control determina que el interés superior del niño sirva para velar 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.

De otro lado, el criterio de solución importa que la noción misma del interés superior 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 superior del niño". Es la pasarela indispensable entre el derecho y la realidad psicológica.

7.1. El interés superior del niño como 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 cual, implica que los principios jurídicos garantistas *"se imponen a las autoridades, esto es, son obligatori[o]s especialmente para las autoridades públicas y van dirigid[o]s precisamente (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño debe meramente 'inspirar' las decisiones de las autoridades"*¹⁶⁷.

Por lo tanto, el principio del interés superior del niño, reconocido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica un deber del Estado

¹⁶⁷ CILLERO BRUÑOL, Miguel. *Op cit.* Página 80.

frente a los niños en aras de efectivizar sus derechos subjetivos. Ahora, ¿cuál es el contenido mínimo de este deber del Estado?

Una vez determinada su función, su contenido resulta ser la satisfacción de todos los derechos del niño. Agregándose que *"reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño"*¹⁶⁸. 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".

Sin embargo, cabe precisar que 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 artículo¹⁶⁹.

De esta manera, 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.

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 ha sostenido 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 derechos"*¹⁷⁰. Agregando que *"[e]n 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"*.

No obstante, la propia Convención sobre los Derechos del Niño establece que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente a determinados intereses

¹⁶⁸ CILLERO BRUÑOL, Miguel. *Op cit.* Página 81.

¹⁶⁹ El artículo 4 dispone que "[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...".

¹⁷⁰ CILLERO BRUÑOL, Miguel. *Op cit.* Página 82.

colectivos y a derechos individuales de terceros¹⁷¹. Por ello mismo, 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.

Cabe precisar que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce ciertos derechos sin permitir su limitación¹⁷², lo cual implica la existencia de un conjunto

¹⁷¹ A continuación se enumeran los artículos de la Convención en donde se admite la limitación de derechos de los niños por la protección de intereses colectivos y derechos de terceros.

El Artículo 10 inciso 2 establece que "...los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención".

El artículo 13 dispone que "[e]l niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

Inciso 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas."

El artículo 14 inciso 3 regula que "La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás".

El artículo 15 inciso 1 establece que "Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

Inciso 2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás".

¹⁷² A continuación, se transcriben parcialmente los artículos de la Convención que prevén derechos de los niños, en los cuales, no se prevé su limitación en forma expresa.

El artículo 6 inciso 1 dispone que "Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

Inciso 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".

El artículo 7 inciso 1 establece que "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad...".

de derechos que deben prevalecer siempre frente a los intereses colectivos y los

El artículo 8 inciso 1 regula que "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas...".

El artículo 14 inciso 1 dispone que "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia...".

El artículo 24 inciso 1 establece que "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios...".

El artículo 27 inciso 1 regula que "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social...".

El artículo 28 inciso 1 dispone que "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...".

El artículo 31 inciso 1 establece que "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...".

El artículo 40 inciso 1 dispone que "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Inciso 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

- a. Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
- b. Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
 - i. Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
 - ii. Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
 - iii. Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley [...]
 - iv. Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
 - v. Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
 - vi. Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
 - vii. Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento...".

derechos de terceros. Es decir, 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. 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. En este sentido, reconociéndose su carácter de grupo vulnerable, se acentúa la necesidad de un redimensionamiento de las políticas públicas del Estado para articular debidamente las relaciones entre niños y adultos.

7.2 El interés superior del niño como pauta interpretativa.

En otras normas jurídicas de la Convención sobre los Derechos del Niño, 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 esta manera, el interés superior del niño consagra el criterio sistemático de interpretación. Al respecto, "[l]os 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"¹⁷³. 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"¹⁷⁴.

¹⁷³ CILLERO BRUÑOL, Miguel. *Op. cit.* Página 81.

¹⁷⁴ CILLERO BRUÑOL, Miguel. *Op. cit.* Página 81.

Cabe indicar que 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 otro lado, cuando 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. De este modo, se relativizan ciertos derechos en aras de garantizar los derechos que se consideran superiores dentro del sistema normativo diseñado. Estos derechos de jerarquía superior son los que constituyen el "núcleo duro" de la Convención.

En conclusión, 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. Debe destacarse que sólo 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 este modo, 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 definitiva, 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. Ello resulta 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.



RESUMEN DE LA UNIDAD II

- El Comité de los Derechos del Niño ha precisado que el interés superior del niño es uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- El Comité de los Derechos del Niño ha precisado que el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño; resaltando que tiene una triple acepción: a) Un derecho sustantivo; b) Un principio jurídico interpretativo fundamental; y, c) Una norma de procedimiento.
- La determinación del interés superior corresponde al espíritu de la Convención en su totalidad y, en concreto, al énfasis que ésta 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.
- El principio del interés superior del niño se constituye en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico. De esta manera impone a los órganos jurisdiccionales ordinarios la obligación de aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño en sus razonamientos jurídicos, determinando con 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 medios jurídicos para darles la adecuada protección.



AUTOEVALUACIÓN

Luego de concluir la lectura de la tercera unidad, responda las preguntas siguientes:

1. El Comité de los Derechos del Niño ha precisado que 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.

(V) (F)

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos destaca el carácter regular del interés superior del niño para asegurar la efectiva realización de los derechos previstos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

(V) (F)

3. El contenido del interés superior del niño debe ser acorde con el paradigma de la "protección integral", para ampliar los márgenes de discrecionalidad de la autoridad pública, y a su vez, asegurar la vigencia efectiva de los derechos de los niños.

(V) (F)

4. La Convención sobre los Derechos del Niño debe ser interpretada de acuerdo con los principios de la buena fe, con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éste y teniendo en cuenta su objeto y fin.

(V) (F)

5. La particular situación de vulnerabilidad y dependencia en la que se encuentra el ser humano en tal fase de la vida, lo que justifica objetiva y razonablemente el otorgar a los niños un trato diferente que no es discriminatorio.

(V) (F)



AUTOEVALUACIÓN

6. El interés superior del niño constituye un derecho subjetivo exigible ante los órganos jurisdiccionales.

(V) (F)

7. El interés superior del niño es el instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en todos los aspectos de su vida, en la decisión acerca de un derecho o conflictos de derechos.

(V) (F)

8. El interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado que no puede ser precisado en cada caso particular, porque al individualizarlo se busca garantizar los derechos fundamentales de la infancia a través de las opciones y decisiones que se adopten.

(V) (F)

9. El interés superior del niño se encuentra en el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales.

(V) (F)

10. La Convención sobre los Derechos del Niño no reconoce un núcleo duro de derechos específicos de la infancia, por cuanto todos los derechos que contempla tienen límites intrínsecos.

(V) (F)



LECTURAS

Lectura Obligatoria:

- 1) 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 BELOFF, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998), Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998. Página 79 y 99.

- 2) SALANOVA VILLANUEVA, Marta. El derecho del menor a no ser separado de sus padresEl interés del menor. Madrid, Dykinson, 2000. Páginas 87-243.

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASOS SUGERIDOS

- EXP. N.º 2165-2002-HC/TC. LIMA.

(Disponible en el anexo de casos)