

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
ESCUELA DE POSGRADO



TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO
CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993”**

Área de Investigación:

Constitucionalismo y la Protección Supranacional

Autor:

Br. Sernaqué Gago, José Antonio

Jurado Evaluador:

Presidente: Ortecho Villena, Víctor Julio

Secretaria: Benites Vásquez, Tula Luz

Vocal: Lozano Peralta, Raúl Yván

Asesor:

Carruitero Lecca, Francisco Rogger

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7615-153X>

TRUJILLO – PERÚ

2021

Fecha de sustentación: 21/10/2021

DEDICATORIA

A mi apreciada familia, por quienes cada día trato de superarme, ellos son mi fortaleza y quienes hacen posible que quiera ser una mejor persona.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi profundo y más sincero agradecimiento a mi Padre Celestial por su constante compañía y por permitirme la vida.

Así mismo, a cada persona que en forma directa o indirecta han hecho posible este logro, para ellos mi agradecimiento por su paciencia, orientación y sacrificio.

El autor.

RESUMEN

La presente investigación titulada “El interés superior del niño en la Constitución Política del Perú de 1993”, establece la importancia de enunciar en nuestra Carta fundamental esta institución jurídica como un principio y un derecho. La problemática planteada fue: ¿por qué es importante que se enuncie el interés superior del niño en la Constitución Política del Perú de 1993?; como hipótesis se infirió, que al enunciarse en nuestra Constitución Política del Perú el interés superior del niño como un principio y un derecho, se estaría justificando la relevancia que tiene ante el Estado, exhortando la creación de políticas y normativas adecuadas de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes. Para su análisis usamos los métodos lógico y jurídico: deductivo e inductivo, dogmático, hermenéutico y comparativo. Se empleó la técnica del análisis bibliográfico y documental; los instrumentos de investigación usados fueron: fichas bibliográficas y el análisis de documentos. Se concluyó que el Código de los Niños y Adolescentes contiene a este principio; y que los Códigos: Civil, Penal, Procesal Civil y Penal son normas supletorias en cuanto se refieran a los menores, pero trascendería su importancia si se encontrara enunciado en nuestra Carta Magna.

Palabras claves: Interés superior, Derecho, Principio, Constitución Política.

ABSTRACT

The present investigation is titled "The superior interest of the child in the Political Constitution of Peru of 1993", it establishes the importance of stating in our Fundamental Charter this legal institution as a principle and a right. The problem statement is as follows : is it important that the best interests of the child be stated in the 1993 Political Constitution of Peru ? The inferred hypothesis is that, if the best interests of the child are enunciated in our Political Constitution of Peru as a principle and a right, its importance would be justified, and it would allow the State to promote adequate protection policies and regulations in favor of children and adolescents. Teenagers. For its analysis we use the logical and legal methods : deductive and inductive, dogmatic, hermeneutical and comparative. The technique of bibliographic and documentary analysis was used ; The research instruments used were : bibliographic records and the analysis of documents. It was concluded that the Code of Children and Adolescents contains this principle; and that the Codes: Civil, Penal, Civil Procedure and Penal are supplementary norms as far as they refer to minors, but their importance would transcend if they were enunciated in our Magna Carta.

Keywords : Best interests of the child, Law, Principle, Political Constitution.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado:

De mi especial consideración.

Sernaqué Gago José Antonio, siguiendo lo dispuesto por la Oficina de Postgrado de la Universidad Privada “Antenor Orrego” para la sustentación de Tesis, presento a su honorable jurado mi trabajo de investigación denominado: **“El interés superior del niño en la Constitución Política del Perú de 1993”**, investigación que ha sido elaborada siguiendo las reglas metodológicas aplicables a la naturaleza del presente trabajo.

De esta forma someto a vuestro análisis el presente documento, el cual espero reúna las exigencias requeridas para su aprobación.

Agradezco por la deferencia que brinden al presente, expresando mi especial consideración y alta estima.

Atentamente.

Sernaqué Gago, José Antonio

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| DEDICATORIA..... | iv |
| AGRADECIMIENTO..... | v |
| RESUMEN..... | vi |
| ABSTRACT..... | vii |
| PRESENTACIÓN..... | viii |
| ÍNDICE..... | ix |
| | |
| CAPITULO I: INTRODUCCIÓN..... | 11 |
| 1.1. El problema..... | 11 |
| 1.1.1. Planteamiento del problema..... | 11 |
| 1.1.2. Enunciado..... | 13 |
| 1.2. Hipótesis..... | 13 |
| 1.3. Variables..... | 13 |
| 1.3.1. Variable independiente..... | 13 |
| 1.3.2. Variable dependiente..... | 13 |
| 1.4. Objetivos..... | 13 |
| 1.4.1. General..... | 13 |
| 1.4.2. Específicos..... | 13 |
| 1.5. Justificación..... | 14 |
| 1.5.1. Relevancia Social..... | 14 |
| 1.5.2. Implicaciones prácticas..... | 14 |
| 1.5.3. Valor teórico..... | 14 |
| 1.5.4. Unidad metodológica..... | 15 |
| 1.6. Antecedentes..... | 15 |
| | |
| CAPITULO II: MARCO TEÓRICO..... | 18 |
| | |
| SUBCAPÍTULO I: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO UN PRINCIPIO Y UN DERECHO FUNDAMENTAL..... | 18 |
| 1.1. Criterios de interpretación denominado Principio del Interés Superior del Niño..... | 19 |

| | |
|--|-----------|
| 1.2. El Interés Superior del Niño como un derecho fundamental..... | 20 |
| SUBCAPÍTULO II: LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS PAÍSES..... | 29 |
| 2.1. La jurisprudencia contenciosa de la Corte..... | 29 |
| 2.2. El interés superior del niño, jurisprudencia y nociones teóricas | 30 |
| 2.3. Delimitación doctrinal sobre el Interés Superior del Niño..... | 36 |
| 2.4. La visión de la jurisprudencia española..... | 39 |
| SUBCAPÍTULO III: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA EN TORNO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO..... | 41 |
| SUBCAPÍTULO IV: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: DERECHO IRRENUNCIABLE, INTERPRETATIVO, ESENCIAL, INDETERMINADO Y DINÁMICO..... | 60 |
| SUBCAPITULO V: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN SITUACIONES CONCRETAS..... | 62 |
| CAPITULO III: METODOLOGÍA..... | 76 |
| 3.1. Materiales..... | 76 |
| 3.1.1. Material bibliográfico..... | 76 |
| 3.2. Técnica e instrumentos de recolección de datos..... | 76 |
| 3.2.1. Técnicas..... | 76 |
| 3.2.1.1. Análisis bibliográfico..... | 76 |
| 3.2.1.2. Análisis de documentos..... | 76 |
| 3.2.2. Instrumentos..... | 77 |
| 3.2.2.1. Fichas bibliográficas..... | 77 |
| 3.2.2.2. Análisis de documentos..... | 77 |
| 3.3. Procedimientos..... | 77 |

| | |
|--|-----------|
| 3.4. Diseño de Contrastación..... | 78 |
| 3.5. Procesamiento y análisis de datos..... | 78 |
| 3.5.1. Métodos lógicos..... | 78 |
| 3.5.1.1. Método deductivo..... | 78 |
| 3.5.1.2. Método inductivo..... | 79 |
| 3.5.2. Métodos jurídicos..... | 79 |
| 3.5.2.1. Método dogmático..... | 79 |
| 3.5.2.2. Método hermenéutico..... | 79 |
| 3.5.2.3. Método comparativo..... | 79 |
| CAPITULO IV: RESULTADOS Y DICUSIÓN..... | 80 |
| 4.1. Estudio Constitucional..... | 80 |
| 4.2. Estudio Jurisprudencial..... | 85 |
| CAPÍTULO V: PROPUESTA..... | 88 |
| 5.1. Propuesta legislativa..... | 88 |
| CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES..... | 95 |
| CAPÍTULO VII: RECOMENDACIONES..... | 98 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 99 |

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. El problema

1.1.1. Planteamiento del problema

El Interés Superior del Niño como un principio y un derecho, así como su vinculación en el ámbito constitucional es uno de los contenidos más desarrollados, ya sea en nuestro ordenamiento jurídico como en el resto del mundo; al tratarse de un precepto regulado por reglas cuyo objetivo es el de proteger en cada periodo de su vida, el desarrollo del menor buscando su bienestar, sin incurrir en la privación de sus derechos, por lo que es responsabilidad de todos los operadores de justicia la adopción de protocolos adecuados para una correcta intervención con los niños, niñas y adolescentes (Rivera, 2018).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos emite sentencias cuyo carácter es vinculante para todos los Estados, en ellas ha establecido que el interés superior del menor es imprescindible; sentando bases sólidas para la emisión de resoluciones que emitan los tribunales de justicia referentes a los menores de edad, para que no sea tomado a la ligera. Los autores indican que la CIDH ha establecido que son los mismos operadores de justicia de un Estado quienes deben aclarar las confusiones que pudieran surgir de la interpretación errónea de este derecho superior, para que no sea vulnerado. (Alegre et al, 2014).

Nuestra Constitución Política del Perú, vigente desde 1993, establece en su artículo 4º que: “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. *Protege también a la familia y fomenta el matrimonio; y los reconoce como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad...*”; la Convención estableció estos parámetros y nuestro país los acogió e incluyó dentro del

ordenamiento la protección del menor, y es nuestra Carta Magna quien tutela en primera instancia este Principio.

El Tribunal Constitucional peruano ya lo ha considerado, indicando que las decisiones de los tribunales de justicia únicamente invocan el principio del interés superior y estiman que de esta manera justifican tan elevado derecho; sin considerar que una vez más se viola la garantía y protección que nuestro marco legal brinda al menor. Nuestra Carta Magna en un sentido garantista lo ha determinado como un valor superior y lo ha consagrado como un derecho fundamental al cual todos los poderes públicos deben aspirar en proteger. (Sokolich, 2013).

Lo indicado nos lleva a establecer la interrogante siguiente: ¿es necesario que se enuncie en forma detallada en nuestra norma fundamental el interés superior del niño como un principio y un derecho, y de esta manera garantizar la protección de los niños, niñas y adolescentes?

1.1.2. Enunciado

¿por qué es importante que se enuncie el interés superior del niño en la Constitución Política del Perú de 1993?

1.2. Hipótesis

El artículo 4° de nuestra Constitución Política del Perú no desarrolla en su plenitud el interés superior del niño como un principio y un derecho, restándole su importancia; no permitiendo que el Estado promueva políticas y normativas adecuadas de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes.

1.3. Variables

1.3.1. Variable independiente: Constitución Política del Perú de 1993

1.3.2. Variable dependiente: El interés superior del niño

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo General

- Determinar por qué es importante que se enuncie el interés superior del niño en la Constitución Política del Perú de 1993.

1.4.2. Objetivos Específicos

- Analizar doctrinalmente por qué el interés superior del niño es considerado un principio y un derecho.
- Establecer que otras normas de nuestro ordenamiento jurídico contemplan el interés superior del niño y se convierten en normas supletorias.
- Proponer la incorporación explícita del “interés superior del niño” a nuestra Constitución Política del Perú.

1.5. Justificación

1.5.1. Relevancia Social

Al tratarse de un derecho inherente al ser humano y más aún de un menor que requiere la protección en conjunto del Estado, el interés superior del niño debe ser visto como el máximo derecho fundamental que involucra como mínimo los aspectos de desarrollo educativo, físico, psicológico y emocional; debiéndose buscar sean tutelados por el Estado, pues protegiendo a los niños, niñas y adolescentes nos aseguramos de tener adultos física y emocionalmente sanos para una sociedad mejor. (Torrecuadrada, 2016).

1.5.2. Implicaciones prácticas

El ser humano por su naturaleza nace con derechos, el ordenamiento jurídico de cada Estado los reconoce y protege; los tratados

internacionales de igual manera. El menor es quien se considera sujeto de derecho en esta investigación, y por ende debe ser considerado en riesgo debiéndosele tomar en cuenta al momento de actuar legalmente. (Alegre et al, 2014)

1.5.3. Valor Teórico

El interés superior del niño es un principio garantista; esta definición nos lleva a imaginar que es una prioridad, y que las acciones a tomarse en todos los ámbitos deben garantizar la satisfacción integral de sus derechos. Este derecho trasciende el aspecto legislativo y judicial, pues se extiende a todos los responsables de impartir justicia ya sean públicas o privadas, considerándose de importancia también el entorno familiar del menor. (Alegre et al, 2014)

1.5.4. Unidad metodológica

Nuestra investigación está orientada a tratar de definir conceptos, verificando si estos se relacionen entre sí; delimitaremos la unidad de análisis en el interés superior del niño y cuál sería su importancia de incorporarse en nuestra legislación, extrayendo la información más relevante de la documentación analizada.

1.6. Antecedentes

Internacional

En Ecuador (Ambato), SALAZAR O., Ricardo (2018). Criterios jurisprudenciales, el interés superior del niño y los derechos de protección y seguridad jurídica. [Tesis de Maestría]. Concluyó:

Que si se vulnera el interés superior, ya que la legislación existente en ese país permite a los magistrados interpretar libremente las leyes; causando se vulneren los derechos de los menores afectados.

En España (Catalunya), SANTAMARÍA P., María (2017). La delimitación del interés superior del niño ante una medida de protección institucional. [Tesis Doctoral]. Concluyó:

Que este derecho se encuentra en el ordenamiento jurídico español de conformidad a lo dispuesto por la Convención de Derechos del Niño y las reglas marcadas por la Comunidad Europea, por lo que no cabe duda que este principio si ha sido incluido en el ordenamiento, teniendo dicho Estado las herramientas para proteger a un niño en el caso de una posible separación familiar.

En Ecuador (Ambato), YANES S., Lucila (2016). El interés superior del niño en los procesos de niñez y adolescencia en la ciudad de Ambato. [Tesis de Maestría]. Concluyó:

Que el derecho fundamental en estudio se motiva más en las demandas que en las sentencias emitidas; los juzgadores toman muy a la ligera este derecho vulnerando así el interés superior del niño.

Nacional

En Perú (Lima), HUAMANÍ H., Mariela (2020). La vulneración del interés superior del niño en la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada. [Tesis de Maestría]. Concluyó:

Que si se vulnera el interés superior del niño en la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada en razón a que se presume la paternidad matrimonial, impidiéndosele al niño que conozca a su verdadero padre biológico y a partir de él pueda establecer su filiación la cual determina su identidad y los demás derechos inherentes a ésta; vulnerándose el interés superior del niño.

En Perú (Lima), YUPANQUI Z., Sara (2018). El principio del interés superior del niño y adolescente en las sentencias de alimentos de los juzgados de Lima Sur 2018. [Tesis de Licenciada]. Concluyó:

Que, si existe una vulneración del principio del interés superior del niño en los procesos de alimentos, los juzgadores no le dan el significado de criterio rector a este derecho en sus sentencias; el Estado peruano no protege adecuadamente al menor, siendo necesaria una normativa más acorde a la perspectiva doctrinal para evitar su exposición.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

SUBCAPÍTULO I: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO UN PRINCIPIO Y UN DERECHO FUNDAMENTAL

La Convención referente a los Derechos del Niño, se adoptó en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y constituye una norma internacional de carácter vinculante para todos los Estados Partes referente a los criterios que se deben adoptar para con la infancia. Dicho instrumento, se inspira en la denominada “Doctrina de la Protección Integral” que reconoce a los niños, niñas y adolescentes derechos de índole civil, cultural, económico, político y social: que se sustentan en cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el respeto de la opinión del niño en las diferentes situaciones que le podrían causar daño. El Principio del Interés Superior del Niño, contenido por el artículo 3° de la Convención y replicado por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescente peruano, establece que todas las acciones donde se involucren a los “niños”, deben ser adoptadas por las instituciones públicas o privadas, así como por los órganos legislativos y estos considerar como un deber supremo el velar por el interés superior del niño. (Sokolich, 2013).

1.1. Criterio de interpretación denominado Principio del Interés Superior del Niño

Ibañez (2010) a la Corte Interamericana de Derechos Humanos se le consultó sobre el denominado Principio del Interés Superior del Niño, indicaron: este principio regulador de la normativa sobre los derechos que atañen a los niños, niñas y adolescentes, se cimientan de la dignidad del ser humano, en la esencia misma de ser niño y en el requerimiento de protección que estos por su condición misma necesitan, de allí que la Convención tenga este alcance sobre derechos del niño; al respecto, la Corte se manifestó indicando que 1) el interés superior del niño es un punto de partida con la finalidad de permitir que todos los derechos detallados en la Convención sean de efectiva realización y que al ser observados se logre de forma más amplia el desenvolvimiento de sus potencialidades. Bajo

estos lineamientos han de efectuarse todas las actuaciones ya sean por parte del Estado o de la sociedad con todo lo que se requiera para proteger al niño, así como en la promoción y preservación de sus derechos. (ii) La segunda, que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el menor necesita de atenciones propias a su edad, la Convención señala en su artículo 19° que este debe recibir medidas especiales protectoras, considerando siempre que son individuos débiles, inmaduros e inexpertos.

1.2. El interés Superior del Niño como un derecho fundamental

Chávez y Chevarría (2018) el amparo que requieren los menores de edad, se fue forjando con la consecuente acogida de diversos textos internacionales. En su nacimiento, se restringían a limitar la importancia de resguardar sus derechos con la finalidad que puedan desenvolverse en las diversas fases de su vida; este apoyo no fue idóneo, toda vez que el niño era considerado como un ser incapaz y débil; por lo que se hizo necesario su reconocimiento como sujetos de derecho, naciendo allí su interés superior, el mismo que debería ser tomado en consideración al momento en que se tomen decisiones que les afecten. Por estas consideraciones es que la legislación internacional, se sirve del término “niño” cuando debe referirse en forma indistinta a todos los menores de 18 años, ya sean niño, niña o adolescente.

Chávez y Chevarría (2018) los antecedentes legales del “interés superior del niño” son:

- La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Sociedad de Naciones - antecesora de la ONU- en 1924:

Cuando concluye la Primera Guerra Mundial, los menores de edad se encontraban vulnerables en su integridad física y mental, su proyecto de vida no era muy claro por lo que a través de este texto internacional se establecieron deberes a la sociedad con el fin de asegurar las mejores condiciones para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adaptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en 1948:

Al concluir la Segunda Guerra Mundial y con la finalidad de unificar criterios sobre derechos humanos fundados estos en los principios de libertad, igualdad, fraternidad, dignidad, justicia y paz; las naciones del mundo firman esta Carta impulsando así en nacimiento de los derechos fundamentales.

El numeral 2 del artículo 25° permite el reconocimiento de derechos hacia los menores de edad: “(i) el menor de edad tiene derecho a recibir cuidados y asistencia especiales; (ii) que los hijos/hijas extramatrimoniales tienen el derecho a recibir igual protección social que los hijos matrimoniales”.

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se aprobó en la Novena Conferencia Internacional Americana de 1948, convirtiéndose en la primera Declaración en nuestro continente que reconoce derechos de protección especial para los niños, niñas y adolescentes. El artículo VII de esta declaración establece que los niños tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especial.

Como se puede apreciar ningún documento de los ya mencionados hace referencia expresa sobre el interés superior del niño; es en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 en que por primera vez se les menciona.

La Asamblea General de la ONU aprueba esta declaración al percibir la necesidad de que se impulse a nivel mundial la protección de estos derechos. Apreciamos en su Preámbulo que los niños requieren de una protección especial, aquí se incluye la protección legal, así como de los cuidados especiales que por su condición de vulnerabilidad mental y física requieren.

Esta declaración, le otorga a cada niño la titularidad de derechos que como menores de edad deben recibir; se destaca que los niños deben tener una infancia feliz y gozar de los derechos y libertades que en ella se enuncia; así

mismo llama a la reflexión a los padres/madres, a toda la familia, a la sociedad en su conjunto y a las autoridades sin excepción a que reconozcan los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La Declaración Universal de los Derechos del Niño, enuncia diez principios básicos para la protección del menor, pero se vio por conveniente enunciar cuatro, que se encuentran relacionados al tema en estudio:

- (i) **Principio I:** todo niño, niña y adolescente debe disfrutar de los derechos enunciados en la Declaración sin excepción, distinción o discriminación.
 - (ii) **Principio II:** enuncia el interés superior del niño, niña y adolescente, e invita al legislador para que los tenga en cuenta al momento de emitir normas y que en ella se proteja el bienestar del menor.
 - (iii) **Principio VI:** para el pleno desarrollo de la personalidad de cada niño, niña y adolescente, es necesario que se le brindé amor y comprensión; así como un ambiente de afecto, de seguridad moral y material; así como la seguridad de que no se le privará de la compañía de su madre por su corta edad, salvo que exista una justificación para dicha medida.
 - (iv) **Principio VII:** resalta la importancia que tiene el interés superior del niño como principio rector, concepto que debe ser valorado por quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación.
- Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, redactado en la Asamblea General de la ONU en 1966, misma que en el numeral 4 del artículo 23° establece que el rol fundamental del Estado Parte es adoptar las medidas necesarias para que se fortalezca la igualdad de derechos de los padres y la división equitativa de las responsabilidades en el hogar, ya sea que se encuentren casados o divorciados. Este mismo artículo garantiza la protección de los hijos en caso de disolución del matrimonio de sus padres.
 - Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, fue adoptado en 1966 por la Asamblea General de la ONU en 1966, en el numeral 3 del artículo 10° establece el deber de los Estados parte de adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños, niñas y adolescentes

para asegurar su normal desarrollo. En su artículo 12 los Estados parte reconocen (i) el derecho e toda persona incluidos los niños, niñas y adolescentes a disfrutar de un nivel alto de salud física y mental; y, (ii) su deber de tomar las medidas necesarias para asegurar la plena efectividad de este derecho, como impulsar el sano desarrollo de los menores de edad.

- Convención Americana sobre Derechos Humano “Pacto de San José de Costa Rica”, refrendada en 1969 por los Estados Americanos durante la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos; en su artículo 17 numeral 4 se resalta la importancia de que, en caso de disolución del matrimonio, los Estados Parte adopten ciertas disposiciones para asegurar la protección de los hijos, teniendo como base únicamente a sus intereses y conveniencias. A diferencia de lo establecido en el artículo 23° numeral 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en esta Convención se hace mención expresa al interés de los hijos; y en su artículo 19° establece que todo menor de edad tiene derecho a que su familia, la sociedad y el Estado adopten ciertas medidas de protección que requiera debido a su condición en desarrollo.

A través de la Opinión Consultiva OC-17 del 28 e agosto de 2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó los artículos 8° y 25° de la Convención, en donde se deberían establecer si las medidas especiales del artículo 19° eran los límites al arbitrio o discrecionalidad de los Estados con relación a los menores de edad cuando se encuentren en un proceso judicial. Precizando que la regla no es separar a los menores de edad de sus padres por el simple hecho de que la autoridad determine que su familia no tiene las condiciones requeridas para educarlos o mantenerlos; se sostuvo que la separación será válida únicamente cuando exista un peligro con causa justificada que atente contra sus derechos.

- “Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General de la ONU en 1985”, en su argumento establece que todos los menores de edad “[...] necesitan especial cuidado y ayuda para su desarrollo pleno, así como

asistencia legal en casos de conflicto para asegurarle tranquilidad, paz, libertad, dignidad y seguridad”. Su ítem denominado “Orientaciones fundamentales” afirma que los Estados Parte serán los encargados de promover el bienestar de los menores de edad, así como de sus familias.

- “El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) adoptado por la Asamblea General de la OEA en 1988”, en los literales c. y d. número 3 artículo 15, mediante el cual los Estados se obligan en proteger adecuadamente a la familia, poniendo énfasis en los menores a través de: 1) el acogimiento de disposiciones que aseguren el pleno desarrollo de sus capacidades; y 2) promover la realización de proyectos que fortalezcan la capacitación de las familias para crear un ambiente adecuado en el cual los menores de edad desarrollen ciertos valores como la comprensión, la solidaridad, el respeto y la responsabilidad.
- “La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989, mediante la Resolución 44/25 (A/RES/4425) de la Asamblea General de la ONU, que entró en vigor el 2 de setiembre de 1990”. Es el instrumento más importante en la defensa de los derechos del niño, niña y adolescente pues tiene carácter obligatorio para los Estados Parte que lo han ratificado.
- Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad), adoptadas por la Asamblea General de la ONU en 1990, señala en su acápite tercero que a los menores de edad no debe considerárseles como individuos fáciles de controlar, sino que más bien deben ser considerados como sujetos cuya función sea activa y participativa dentro de la sociedad. Por ello, su numeral 2 resalta la necesidad de que la sociedad procure “[...] un desarrollo armonioso de los adolescentes, y respete y cultive su personalidad a partir de la primera infancia”

En el numeral 12 precisa que dicho desarrollo se logrará siempre que la sociedad y los gobiernos le brinden ayuda a la familia como la prestación de servicios adecuados, incluidas las guarderías para “[...] cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental”

Su acápite 52 establece que los Estados deben dictar y adaptar legislación que les permita fomentar y defender los derechos y el bienestar de los niños, niñas y adolescentes.

Para Ravetllat (2012) este principio ya ha sido incluido tanto en textos nacionales e internacionales de importancia en la defensa y promoción de los derechos del niño. La persistente apelación de las normas a tal atención, tiene una excusa de importancia ya que son los niños, niñas y adolescentes quienes se encuentran en una situación más particular de vulnerabilidad que los adultos, como en la dificultad que se les presenta por su edad en poder guiar plenamente sus vidas de manera autosuficiente; es por ello que presentan el requerimiento de protección en esta etapa crucial de su desarrollo como ser humano.

Según Ravetllat (2012) este principio conlleva un valor muy elevado, y por sus características de vulnerabilidad es digno de atención, promoción, provisión y protección por el ordenamiento jurídico de cada país en el que se encuentren. Lamenta el autor al indicar que lejos de ser una definición pacífica de aclaración, es objeto de diversas controversias, influenciando estas negativamente en su eficacia práctica, permitiéndose de esta manera la vulneración de este principio superior como es el interés del niño.

Rivero citado por Ravetllat (2012) tal y como afirma el autor, en el momento que intentamos describir como se debe concretar este citado interés superior, es cuando aparece una primera divergencia. Quien son responsables de decidir ya sean representantes legales o jueces, estos no actúan de forma limpia e imparcial, sino que, antes bien, en la mayoría de las situaciones, aún actuando con la mejor predisposición, no logran limitarse a sus propias opiniones e intereses, y responsable o irresponsablemente enfrentan la situación sin valorar el citado interés, no pudiendo mantenerse imparciales, afectando al menor, así como sus necesidades y sentimientos.

Carbonnier citado por Ravetllat (2012) los autores definieron la vulneración del interés superior como una idea de delicado cumplimiento, lo que se ha venido

observando a lo largo del tiempo, toda vez que los operadores de justicia, apoderados y quienes se involucran en la vida de un menor, lo hacen en forma arbitraria y muchas veces abusando del derecho.

Pérez citado por Ravetllat (2012); se refirieron al interés superior del niño como una idea compleja a pesar que este principio establece derechos a la niñez; pudiéndose observar que los autores son prudentes al referirse sobre el término “interés” del menor al momento en que sus “derechos” fueron reconocidos; pues encuentran más preguntas que respuestas; indican que el término en sí permite crear duda, lo que nos lleva a encontrar respuestas no apropiadas o de entender ambiguo.

Ravetllat (2012) concluimos entonces que el principio del interés superior del niño, parte desde el mismo niño como persona, como sujeto de derechos, al niño se le debe ver como un tesoro para la sociedad, otorgándole el valor que se merece como individuo activo de nuestro entorno social, cuya dignidad se encuentra implícita por el simple hecho de ser una persona humana.

SUBCAPÍTULO II

LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS PAÍSES.

2.1. La jurisprudencia contenciosa de la Corte

Ibáñez (2010) la Convención y su Reglamento establecen los criterios a tenerse en cuenta sobre su competencia contenciosa para conocer un determinado hecho, “resaltamos que solo los Estados Parte y la Comisión pueden someter un caso ante la Corte; las personas no pueden acudir directamente a la Corte, primero deben presentar su petición ante la Comisión y completar los pasos previos ante ésta”; la demanda se presenta y una vez evaluada su veracidad queda lista para que el caso en concreto sea ventilado ante el órgano correspondiente, quien decidirá si se vulneró el derecho alegado y si este se encuentra contemplado de la Convención Americana o en los tratados vinculantes, de ser así se procede a otorgarle las garantías necesarias al agraviado como las correspondientes reparaciones a las víctimas. Una vez emitida la resolución final con las disposiciones convenientes, se pasa a la etapa de supervisión del cumplimiento de la sentencia, para lo cual el Tribunal efectúa seguimiento de lo ordenado, previo a esto en la sentencia debe haber ordenado al Estado infractor que en un tiempo prudencial dé cuenta de las acciones que adoptó, emitiendo los informes respectivos con el cumplimiento de lo dispuesto por la Corte.

2.2. El interés superior del niño, jurisprudencia y nociones teóricas.

Conceptualizar la expresión “interés superior del niño” es un trabajo arduo, al enfrentarnos a lo que en derecho se conoce como una definición jurídica inconcreta o una disposición común; por lo que dicha definición no se debe interpretar en una forma inmóvil, sino que debe entenderse en una forma activa y adaptable. (Ravetllat,2012).

Ibáñez (2010) la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó criterios relevantes con relación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes; aún que es un inicio esta comparación entre el Sistema Universal de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, pero el análisis jurisprudencia hace mención a siete aspectos que debemos tener en cuenta, estos son:

i. Definición de niñez y adolescencia

El artículo 19° de la Convención Americana no precisa un concepto sobre lo que es en sí un “niño”, por lo que el Tribunal tubo que remitirse al Sistema Universal, enfatizando que: la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 1°, “considera como niño a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”; indicando así mismo la Corte Interamericana que de conformidad al artículo 19° de la Convención “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”; el Tribunal estableció que adoptando la normativa internacional y el criterio ya establecido por la Corte, entendemos por “niño” a toda persona que no ha cumplido los 18 años de edad, ahondando precisó que la mayoría de edad acarrea la condición del ejercicio pleno de los derechos, situación que le permitirá actuar plenamente. Significando que la persona podrá ejercer en forma directa sobre sus derechos subjetivos, así como que podrá asumir en plenitud sus obligaciones y ser responsable de las consecuencias por sus acciones. Esa Judicatura marcó un hito al establecer que los menores de edad no cuentan con esa facultad pero que si “son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”.

- ii. Existencia y remisión a un corpus juris en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes

La Corte vinculó lo establecido por ellos con el Sistema Universal, indicando que tanto el Sistema Universal como lo ya pronunciado por el Sistema Interamericano constituyen el corpus juris, cuerpo de leyes que debe ser tomado en cuenta si se trata de interpretar los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. La Corte incluye al artículo VII de la Declaración Americana como parte del corpus juris, el cual se refiere al derecho que tienen todos los niños de recibir “protección, cuidados y ayuda especial”, derechos que se encuentran con la denominación de “Derechos de protección a la maternidad y a la infancia”.

- iii. Los responsables del cumplimiento de los deberes con relación a la niñez y adolescencia

El Tribunal ha resaltado que de conformidad a lo establecido en el artículo 19° de la Convención Americana, son los Estados Parte los encargados de proteger a la sociedad, a las familias y a todo niño sin excepción. Indica además que “el niño tiene derecho a vivir con su familia, y que es ella la llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”.

Cuando se refiere a los Niños, niñas y adolescentes, la Convención ha indicado que, en cuanto al deber de protección, éste debe estar vinculado a la familia y a la sociedad; el Estado se encuentra implícito en esta obligación de respetar los derechos de cada individuo que se encuentra bajo su jurisdicción; el artículo 19° de la Convención señala que este deber trasciende la esfera del Estado, estableciendo un mensaje sobre la especial protección que ellos requieren desde las primeras etapas de su vida así como el respeto de los demás integrantes de la sociedad.

iv. Las medidas de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes

La Corte citó algunas medidas concernientes al cumplimiento de los deberes de protección anotados en el artículo 19° de la Convención Americana, sin que éstas representen una reforma al contenido de lo establecido por la Convención; estableció que dentro de las medidas de protección a que alude el artículo 19° de la Convención, se debe incluir la asistencia especial a todo menor que por algún motivo no cuenten con la protección familiar, debiendo garantizarse su subsistencia y pleno desarrollo, así como un nivel de vida acorde que le permita a todo niño víctima de abandono o explotación un retorno seguro a la sociedad. Ya lo ha manifestado la Corte, cuando indica que son los Estados quienes están en la obligación de establecer pautas de carácter positivo y así asegurar que los derechos del menor estén asegurados. En lo que respecta a este tema, cabe significar que, en la línea de la jurisprudencia ya establecida por el Tribunal, las medidas adoptadas por el Estado no solo comprenden las de naturaleza positiva sino también las de índole negativa, definidas estas como la abstención del Estado con la finalidad de evitar hipotéticas situaciones de vulneración de los derechos de los Niños, niñas y adolescentes.

En la opinión consultiva sobre la Convención, la Corte ha establecido que la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen las bases con las que se establece su desarrollo y bienestar, asegurando su crecimiento pleno.

El Comité de los Derechos del Niño de la ONU, ya se ha pronunciado al respecto, ellos concluyeron que “el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social”.

En lo que respecta a medidas de protección, es de suma importancia la vinculación que hace la Corte sobre determinados derechos anotados en

la Convención para los niños, niñas y adolescentes. La Corte indicó que se debe vincular el artículo 17° y el 19° de la Convención, artículos que “reconocen que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”. Por otro lado, también señala la Corte que debe tomarse en cuenta el artículo 11° de la Convención (Protección de la honra y de la dignidad), estableciendo que “la protección de la familia y de sus miembros se garantiza también en el artículo 11.2 de la Convención, que consagra la prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la familia”.

- v. Continuidad en el tiempo para el cumplimiento de las obligaciones que protegen a los niños, niñas y adolescentes

La Corte señaló que los derechos de la niñez y adolescencia abarca a todos los derechos humanos. Por ello la Corte involucró a la llamada “obligación de prevención”, refiriéndose a que es obligación del Estado evitar las violaciones a los derechos humanos; más aún cuando se trate de conflictos internos, mismo que se observan en varios países de nuestro continente. La Corte hizo un llamado de atención a todos los países para evitar la brutalidad en contra de menores de edad, ya que ellos han quedado huérfanos, desplazados o ultrajados, vemos también que su integridad física y psicológica se ha visto vulnerada.

- vi. La caracterización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como un derecho adicional

La Corte y su jurisprudencia se ratificaron en el sentido de que los niños, niñas y adolescentes, así como los adultos por su condición de ser seres humanos son sujetos de derecho; esta condición es especial cuando son menores de edad. Es por ello que cuando se trata de derechos de los niños, niñas y adolescentes, la Corte hace uso del artículo 19° de la Convención Americana, donde indica que por tratarse de sujetos que se encuentran en pleno desarrollo, les asiste un derecho

complementario por no decirlo adicional y esto por requerir de una especial protección.

Los Estados Parte están obligados a asumir directrices especiales tendentes a garantizar el interés superior y velar por que se cumplan con responsabilidad.

vii. Criterios de interpretación denominado “interés superior del niño”

La opinión consultiva de la Corte obre los derechos de los niños fue que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad inherente a cada individuo, por ello y en consideración a sus características innatas y en busca del pleno desarrollo de sus potencialidades, se hace necesario como país adoptar los alcances de la Convención.

De la Fuente citado por Ravetllat (2012) el autor refiere que otorgar una conceptualización al “interés superior del niño”, sería lo opuesto a la propia razón que lo motiva; toda vez que, al encontrarnos frente a una definición jurídica indefinida, lo que nos lleva a preguntas ¿podemos establecer un texto formal sin que ello nos lleve a contradecir la propia esencia de la norma? Sin embargo, fijadas las bases que rigen el comportamiento social frente a la susodicha clausula general, se puede delinear conceptos que reflejen su verdadero significado.

2.3. Delimitación doctrinal sobre el Interés Superior del Niño

El escritor tras un análisis profundo de la coyuntura evaluada concluye que la normativa en cada Estado debe centrarse en este concepto jurídico indeterminado, para que garantice sus derechos fundamentales; buscando no solo crear legislación para el presente, sino que el futuro del niño se encuentre garantizado, salvaguardando su integridad, su formación, diseñando estrategias para el desarrollo de su personalidad. El autor eleva el significado de su personalidad jurídica y que esta va ligada al concepto de

persona, indicando que el interés superior del niño debe ser una proyección de su protección como individuo; que debe considerarse como un principio general que comprende todos los derechos fundamentales, para que logren su objetivo, garantizar una efectiva protección del menor y el libre desarrollo de su personalidad (Roca citado por Ravetllat, 2012).

Borrás citado por Ravetllat (2012) este autor bajo una visión más internacional sostuvo que el interés superior del niño engloba a todas las instituciones, que de alguna forma tratan de responder hacia una efectiva protección del menor, sin discriminar sobre tal o cual sea el contexto personal o familiar en el que el niño se encuentre.

Ravetllat (2012) los derechos del niño han evolucionado, convirtiéndose en una forma de derechos familiares; y todo gracias a que fueron incluidos y valorados en la Declaración de Ginebra de 1924.

Borrás citado por Ravetllat (2012) siguiendo la tendencia del autor, podemos apreciar como esta evolución se ha mantenido viva en algunos Convenios de La Haya, encontrándolos presente desde 1902 hasta 1996, en este año la Conferencia de la Haya asumió el Convenio relacionado a la competencia, la aplicabilidad de la ley, el reconocimiento, la ejecución, la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes.

Joyal, citado por Ravetllat (2012) conceptualiza el interés superior del niño como la unión entre sus necesidades y sus derechos, por lo que debe valorarse este concepto como principio de interpretación de la ley.

Expresa una definición un tanto sesgada, pues la presenta en forma parcial y con algunas limitaciones, la entiende como un concepto jurídico indeterminado y que su formación proviene de la conciencia de la autoridad judicial, pues es este quien efectúa una valoración lógica y de sentido común; y que siempre van ligadas al conocimiento, la experiencia y la sensibilidad del juzgador. Se infiere que el interés superior del niño es un

concepto abstracto, que lleva al juzgador a decidir basado en los medios probatorios que se incorporen en el proceso (Sánchez citado por Ravetllat, 2012).

Dolz-Lago citado por Ravetllat (2012) afirma que en este escenario se presentan los mismos inconvenientes que cuando tratamos de conceptualizar el interés público o el interés social. Comprendiéndose que el interés superior del menor se materializa en todo aquello que va a beneficiar a su titular el menor, y no en lo que le pudiera perjudicar. Este autor también hace mención a otro concepto, llamado beneficio, este nuevo concepto se unirá al interés superior del niño, surgiendo otro concepto el de educación y este a su vez al de libre desarrollo de la personalidad, conceptualizaciones que no podrán ser excluidos de nuestro contexto social y cultural porque de la suma de todos ellos depende el futuro de cada nación.

Ravetllat (2012); en la línea de lo mencionado la conceptualización de interés superior del niño no es otra cosa que la repercusión en los niños, niñas y adolescentes, de la incertidumbre en la protección de los derechos fundamentales en general. Basándonos de que el menor es titular de derechos fundamentales pues en él también hay personalidad jurídica desde el momento de su nacimiento conforme al Código Civil Español “mismo que establece en su artículo 29º: el principio del interés del menor se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye con la categoría de fundamentales para las personas”. Lo que lleva a inferir que este principio estará presente en las resoluciones judiciales que decidan sobre problemas en donde el menor se encuentre inmerso; entonces, no se encuentran frente a una noción vacía, su contenido permite consolidar la validez de los derechos de individuos que por su falta de madurez son incapaces de actuar por sí mismos, para reclamar su efectividad en forma independiente.

2.4. La visión de la jurisprudencia española

Los tribunales españoles no han sido claros ni precisos al resolver problemas reales en los que aparece implicado el interés del menor, vienen utilizando plantillas establecidas sentencia tras sentencia, sin intentar encontrar su significado superior. Estos autores se regocijan con esta confusión, pues la encuentran eficaz como elemento que permite al juez aproximarse a una posición en la que se puede encontrar a un menor y establecer con discernimiento lo más favorable para él. Lo más sorprendente es que la indecisión e imprudencia judicial sea exagerado, es decir, se interprete erróneamente, lo que conducirá a que las resoluciones judiciales se dicten con el calificativo de “desinterés superior del menor”. (Bo y Caballero citados por Ravetllat, 2012).

Es de poca relevancia la actuación del Tribunal Constitucional Español sobre este tema, le corresponde al Poder Judicial aplicar este principio. El mismo Tribunal Constitucional así lo ha expresado: en el Recurso de Amparo N° 5258/2000, es contundente al indicar que: la determinación cuál sea ese interés superior en el suceso indicado no corresponde al amparo propiamente dicho sino más bien al fuero común; sobre el particular caso en estudio, el Tribunal concluye que únicamente podrá verificar si se motivó el interés superior del niño en las sentencias enjuiciadas. El razonamiento utilizado por el Tribunal Constitucional en el Recurso anterior entiende que el análisis y estimación al estudiar el interés superior del menor en cada caso en concreto, es competencia de la jurisdicción ordinaria, así lo ha establecido la ley; el Tribunal Constitucional difícilmente revisa los hechos de cada caso, ya que no es su función. Lo que si realiza el Tribunal Constitucional Español es revisar si se ha vulnerado o no algún derecho fundamental del menor, si se hizo uso del principio del interés superior del niño para justificar la legitimación de los padres o tutores como sujetos capaces de accionar ante el Tribunal y solicitar se restablezca tal o cual derecho vulnerado.

La Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 134/1999, de 15 de julio y la Sentencia del mismo Supremo Tribunal 197/1991, de 17 de octubre, en las que se mencionan el derecho a la intimidad personal y familiar de unos menores”. Así mismo la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/200, de 29 de mayo, referente a que se determine el derecho de un padre a que sus hijos recibieran clases de religión frente a la oposición de la madre quien indicaba violencia contra el derecho a la libertad religiosa de los menores. Es el mismo Tribunal Constitucional quien con sus pronunciamientos resuelve las interrogantes sobre el interés superior del menor en las instancias inferiores, ya que el Recurso de Amparo no es competente para resolver principios indeterminados. (Ravetllat, 2012).

SUBCAPÍTULO III

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA.

Pacheco-Zerga (2017) nuestro país admitió la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, a través de la Resolución Legislativa N° 25278, de fecha 03 de agosto de 1990, misma que fuera ratificada el 14 de agosto de 1990. Y conforme a estos principios, extendió la protección al menor incluso antes de nacer y hasta que cumpla los 18 años edad, este documento internacional establece que el menor por su inmadurez tanto física como mental requiere del amparo y protección especial incluso antes de nacer. Lo indicado en la Convención ha sido recogido por nuestro ordenamiento jurídico, es por ello que tanto la legislación administrativa, civil, penal y laboral ya hacen referencia sobre ello. Esta disposición, se recogió desde el 24 de diciembre de 1992 en un solo instrumento jurídico especial “El Código de los niños y adolescentes”; código que ha sido modificado en los últimos años, para incluir temas como son violencia familiar, entre otros que afecten que afecten el desarrollo normal y la estabilidad emocional de los menores, aún que su estructura originaria se sigue manteniendo, sí como su carácter supletorio en situaciones donde se involucre los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La prioridad primordial del Estado, así como la de la sociedad civil y esto por mandato constitucional, según el artículo 4° - es la de proteger “especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. De conformidad con lo indicado, el Código del Niño y del Adolescente en vigencia describe al niño como “a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece”. “Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario”. El derecho a la vida del niño no nacido se ratifica en el primer artículo

del Código del Niño y del Adolescente que indica el derecho a la vida del niño y del adolescente desde el momento de la concepción y garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental. (Pacheco-Zerga, 2017).

Pacheco-Zerga (2017) El Tribunal Constitucional Peruano se ha pronunciado sobre el contenido de la Ley 27337 “Código de los Niños y Adolescentes”, resaltando que esta ley implementa los derechos y libertades de los niños; esta ley también regula el Sistema Nacional de Adopción, así como las funciones de todas las instituciones familiares, estableciendo el sistema de justicia especializada. El Código de los Niños y Adolescentes también parametrado la acción penal con relación a los menores, estableciendo un procedimiento especial en su Capítulo III estableciendo que, de tratarse de infracción a la ley penal, el niño será sujeto de medidas de protección y el adolescente de medidas socio-educativas (artículo IV). Lo indicado refleja el respeto a los derechos del niño y del adolescente y dispone que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, Gobiernos regionales, Gobiernos locales y todas las instituciones, como la sociedad en su conjunto, se estimará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente.

Con fecha 17 de junio de 2016, se publica en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, ley que recoge la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional en esta materia. Esta norma establece a este fundamento como un principio y un derecho, añade también que es una norma de procedimiento, misma que da al menor la potestad de exigir se reconozca su derecho. En esta norma, se enuncian cinco criterios de aplicación para este principio: el primero es el carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño; segundo, otorga la titularidad y reconocimiento de sus derechos; tercero, La Convención es de alcance mundial por su naturaleza e importancia al concebir los derechos del niño; último, la consideración, protección y realización de todos los derechos

reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y, finalmente, los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas que se deben adoptar para el pleno desarrollo del menor y que se prolongue en el tiempo. (Pacheco-Zerga, 2017).

También estableció ocho medidas de protección procesales para alcanzar estos objetivos: a) El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga. b) La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el Interés Superior del Niño. c) Tener cuidado en no dilatar los procesos para no alterar el desarrollo del menor. d) La participación de profesionales cualificados. e) El menor debe estar debidamente representado previo consentimiento de sus progenitores. g) La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del Interés Superior del Niño. h) Los instrumentos para observar y reconocer las iniciativas que permitan valorar decisiones concernientes a los niños. i) Los derechos del menor y las decisiones adoptadas al respecto. Los conflictos posibles que pudieran surgir entre el Interés Superior del Niño, desde una óptica individual, y los de un determinado sector de niños, deberán resolverse en forma individual caso por caso, haciendo una evaluación cuidadosa para no afectar los intereses de las partes, lo mismo será necesario hacerse si el interés superior del niño entra en conflicto con el derecho de otras personas. (Pacheco-Zerga, 2017).

Ahora bien, para Pacheco – Zerga (2017) los criterios del Tribunal Constitucional que a continuación se detallan, han sido asumidas por todos los operadores de justicia; presentamos una síntesis de la jurisprudencia constitucional más relevante en nuestro país, que guarda relación con la interpretación y argumentación en las áreas del Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Constitucional y Derecho Civil:

1. La Interpretación y la Argumentación Jurídica: Se dice que la Doctrina Constitucional es de carácter sólido, pues se basa en dos reglas: 1) establece que la protección del menor es un principio constitucional y que este los reconoce como derechos fundamentales; la dignidad del menor tiene por ende fuerza

normativa superior cuando de producción de normas se trate y también cuando se deban interpretar las mismas, por lo que el Estado, la sociedad y las familias deben asumirlo en forma imperativa. 2) el interés superior del niño como principio, debe ser asumido por los funcionarios y servidores públicos como carácter tuitivo, por lo que al momento de aplicar las normas se debe adecuar y flexibilizar las mismas, ya que su interpretación debe estar basada en lo más favorable para el menor al momento de solucionar un conflicto. Es el Tribunal Constitucional quien, desde hace más de diez años, precisó que el interés superior del menor es parte del conjunto de derechos constitucionales contemplados en el artículo 4° de nuestra Carta Magna, y que en forma supletoria se detalla en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Declaración de los Derechos del Niño principio 2° y en la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3° inciso 1. Lo que permite considerar como relevante para los operadores de justicia al momento de la aplicación de las normas, teniendo presente el principio de supremacía constitucional denominado “el interés superior del niño”, mismo que se enmarca en el artículo 4° de nuestra Carta Magna.

2. De lo anotado se desprenden entonces dos acepciones, la primera que el interés superior por ser un principio se pueden desprender normas que permitan la interpretación y aplicación de otras normas; así mismo dispone actuar para brindar garantías al menor, protegiendo su integridad. Apreciamos entonces que se trata de una norma que asegura el cumplimiento de otra norma de menor jerarquía y que permite las estrategias y directrices sobre cómo debe aplicarse e interpretarse el interés superior del niño, evitando que entren en colisión entre sí. En su planteamiento inicial permite al funcionario o servidor público contar con las herramientas necesarias a fin de evitar las contradicciones, ya sea al hacer uso de las leyes, así como al hacer uso de las directrices emitidas a favor del niño para salvaguardar su bienestar. Conforme lo establece el artículo 4to de la Constitución Política del Perú y lo establecido por tratados internacionales, los órganos jurisdiccionales están obligados a brindar una atención especial a los menores en todo procedimiento que pueda afectarlos, respetando sus derechos durante el proceso; siendo prioritaria tal atención, pues así lo establece inherentemente este

principio del interés superior del niño en todas las decisiones de los órganos jurisdiccionales. En esta tarea hermenéutica los operadores jurídicos han de aplicar el principio pro infante, que establecen pautas de cómo interpretar y aplicar una disposición relacionada con el significado que se le debe otorgar a un derecho de rango fundamental; ya que al menor como titular de un derecho se le deben otorgar las garantías y mejores condiciones para ejercerlo, es entonces que debe aplicarse el principio pro infante para que no se vea vulnerado el correcto ejercicio del derecho fundamental del menor; corresponderá al juzgador respetar las facultades que la ley otorga a los niños, salvo que en su discernir encuentre situaciones que por fuerza mayor tengan que aplicarse con todo el peso de la ley. Cabe señalar que esta reflexión sobre la prioridad o el predominio debe estar presente al momento en que se emitan nuevas disposiciones legales. No se puede olvidar que el principio del interés superior del niño ha sido recogido en el artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño y esta Convención, como todo tratado sobre derechos humanos, es directamente aplicable en el Ordenamiento peruano de conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú vigente. Concluyendo; los magistrados que impartan justicia en situaciones legales donde participen menores de edad, y deban decidir sobre los derechos y deberes de estos, tienen la responsabilidad de usar su buen criterio, aplicando las disposiciones de manera tal que se asegure el máximo disfrute de los derechos fundamentales del menor, conforme lo ha recordado la Corte Interamericana en su opinión consultiva 17/02 donde indica que el interés superior del niño es un principio regulador de toda norma que hable sobre derechos del menor y que este derecho se funda en la dignidad misma de la persona humana, y por ende en la condición propia de desprotección del menor conforme a su naturaleza ya establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el derecho administrativo, encontramos situaciones que podrían considerarse de posible vulneración de los derechos del niño; vemos que los municipios deben otorgar licencias de funcionamiento a entidades que se dedican al cuidado del menor en desamparo, requiere de una legislación constitucional y legal que permita amparar los intereses del menor en conflicto. Los gobiernos locales tienen

una razón de ser, fueron creados para resolver las necesidades de la población ya sea provincial o distrital, buscando un mejor acercamiento con el Estado y no en la adopción de decisiones fáciles y carentes de sensibilidad social. Por tanto, no se trata de un facilismo administrativo ante cualquiera que alegue el interés superior del niño, sino de que las autoridades deben ser conscientes de la trascendencia de esa gestión y de la responsabilidad que ellos asumirían en caso de negarlo en forma injustificada, ni tampoco conceder la licencia a aquellos que no cumplan con lo requerido por la ley. Es por tales situaciones que el Estado ha establecido el procedimiento de fiscalización posterior para observar, examinar y evaluar si las instituciones privadas dan cumplimiento al rol asignado por la Norma Fundamental. Gracias a su función fiscalizadora que el Estado adopta las medidas adecuadas para requerir a las instituciones la adopción de medidas acordes a los requerimientos de los menores en situación de desamparo. Con el único objetivo de velar por la niñez en abandono, el Tribunal Constitucional emitió sentencia pronunciándose sobre el fondo de una demanda de habeas corpus; reconociendo eso sí que de acuerdo al Código Procesal Constitucional no procede demandar una resolución administrativa cuando esta no es firme. Sin embargo, por tratarse de un derecho fundamental y un principio contemplado en nuestra Constitución obligó a ese Colegiado a ingresar al fondo del asunto, con el fin de estudiar la situación específica que se ha presentado, y, de este modo, definir si se han violado o no sus derechos fundamentales. Señaló también el Tribunal Constitucional que por el simple hecho de ser un fundamento constitucional la defensa del menor se hace obligatoria por encontrarse en formación integral, en tanto personas.

Nuestra Constitución establece un orden de jerarquía para los derechos y garantías de los ciudadanos, no admitiendo discusión que el Estado garantice la protección del menor y más aún cuando este se encuentre en situación de vulnerabilidad o abandono. Si una colectividad permite, de espaldas a su propia realidad, que la desprotección a la niñez se solventa con actitudes de indiferencia crónica, lo único que engendrarán serán situaciones de inseguridad. no le interesara en lo absoluto. Estas circunstancias nos deben de hacer reflexionar al momento de brindarle a cualquier empresa una autorización para desempeñar tal o cual actividad, más aún se esta actividad se encuentra ligada a la atención del niño en abandono y sirvan

sus ambientes para cobijarlo y desarrollar planes o programas para su atención no puede ser visto, desde una perspectiva carente de base constitucional y legal. Son las dependencias de fiscalización del Estado las encargadas de hacer cumplir la Constitución y las leyes, evaluando que los establecimientos privados respeten al menor y den cumplimiento a la Norma Fundamental.

En el Perú tenemos un garante supremo de la vigencia y validez de las normas constitucionales, a saberse el Tribunal Constitucional y por ello, le corresponde evitar que la infancia desamparada quede en la desatención material y jurídica. Pero no es el único órgano preocupado por los menores que al no encontrar una respuesta del Estado optan por refugiarse en las calles, tal es el caso de la Corte Interamericana que se pronunció en una sentencia en el caso Villagrán Morales y otros, donde indicó que es responsabilidad de todo Estado que se haga llamar democrático el deber de velar por el bienestar de los niños; son ellos la razón de ser de todas las instituciones públicas que defiende derechos. En el caso de locales como discotecas, salones de baile y similares, corresponde a las Municipalidades dictar las normas especiales, a fin de evitar que su funcionamiento ponga en peligro al menor. b) Los gobiernos locales son los idóneos para ordenar de ser el caso la clausura de un comercio al verificarse que viene realizando actividades reñidas contra la moral, las buenas costumbres y el orden público, lo cual sólo se puede verificar en casos concretos, teniendo en cuenta que la moral pública es un concepto amplio, pero no vacío de contenido. Las razones que justifican ese control se basan en que se encuentran en plena etapa de formación integral; por ser sujetos de derecho, la ley nos prohíbe exponerlos a peligro. De allí que sea conforme con el interés superior del niño que no se permita el ingreso de menores de 18 años de edad a esos lugares, excepto en aquellos locales debidamente adecuados y exclusivo para menores de 14 años.

En el **Derecho Constitucional**: Ya se ha pronunciado el Tribunal sobre el derecho a la educación, estableciendo que todo niño, niña y adolescente tienen derecho a acceder a una educación pública gratuita; a permanecer en ella y a que se les respete su dignidad; y a disfrutar de una educación de calidad. Desarrollaremos a continuación cada uno de estos puntos:

- a) Las instituciones educativas públicas o privadas por ley están obligadas a prohibir tratos degradantes para que un escolar sea admitido, esta situación vulnera su derecho a recibir una educación básica en la infancia. Perjudicando el derecho que tienen los padres de decidir a qué institución educativa puedan ir sus hijos, contraviniendo el artículo 13°, 1er párrafo, de la Constitución. Cuando se trate de instituciones educativas privadas, el derecho a la educación no se limita, la salvedad será hacer el pago de la respectiva matrícula. Evidentemente, ante la ausencia de dicho pago, la entidad educativa puede negar la matrícula, lo que no implicaría una lesión del derecho a la educación del menor, ni al derecho de los padres aludidos.
- b) Referente a la permanencia y respeto a la dignidad del escolar supone que este no pueda ser separado de la escuela por motivos desprovistos o reñidos con el principio de proporcionalidad. Este principio nos lleva también a establecer que las sanciones no pueden ser desproporcionadas, la ley a prohibido cualquier trato inhumano o cruel que pueda afectar la dignidad del menor. En cualquier caso, la hostilización o las sanciones excesivamente desproporcionadas afectan el proceso educativo.
- c) Referente a la calidad de la educación, el Tribunal Constitucional se basa en dos principios: el primero considera que el desarrollo cognitivo del educando es el objetivo explícito más relevante de la norma; el principio siguiente establece que el recibir una educación genera conductas y cualidades cívicas que permiten desarrollar en el menor afectividad y creatividad. El Estado tiene como responsabilidad vigilar que todos los niños, niñas y adolescentes accedan a una educación imparcial e inclusiva. Las consecuencias de este derecho también se reflejan en otra sentencia, en donde se resolvió el caso de una niña de cinco años a quien, por resolución administrativa, el tribunal dispuso que una menor a pesar de no tener la edad requerida para acceder a la primaria, sea incluida en el primer grado al comprobarse que contaba con los conocimientos y demostraba madurez psicológica idónea para optar a los estudios primarios, a pesar de no haber cumplido con el requisito de la edad mínima. Conforme lo establece el

artículo 13° de la Constitución Política del Perú, vigente de 1993, los padres de familia tienen el derecho de escoger la institución educativa a la cual irán sus hijos; y también establece que es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica (art. 16° de la Constitución Política del Perú, vigente de 1993), “sino que, además, encontrándose comprometida la posibilidad de continuar en el sistema estatal de educación primaria de un menor, este derecho –y, en el presente caso, las reglas procesales que regulan o podrían regular el proceso destinado a protegerlo” - debe interpretarse y aplicarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, conforme lo establece la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, vigente de 1993.

3. **Derecho Penal:** “El ordenamiento jurídico respecto al amparo del menor en esta materia ha evolucionado en el Perú, así como en otros países occidentales, respecto al denominado modelo tutelar al de responsabilidad o mixto”. En el modelo anterior, el menor carecía de garantías procesales, ya que el juez se comportaba como un padre, esto indicaba que esa era la mejor garantía posible, “con miras a asegurar la terapia de reeducación o resocialización” en los casos de inconductas sociales”. En el nuevo modelo, el menor se concibe como un sujeto de derechos al que se le reconocen garantías procesales y, además, no sólo debe responder por los actos que realice cuando es consciente de ello, sino que su opinión ha de ser tenida en cuenta por los juzgadores cuando se trate de tomar decisiones que los afecten”.

La Convención sobre los Derechos del Niño ha contribuido poderosamente al progresivo cambio de modelo en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados, incluyendo al Perú. Su principal aporte consiste en superar las concepciones paterno-autoritarias existentes hasta ese entonces, lo que ha supuesto una variación de patrones que implica el fin de la doctrina de circunstancias distintas a lo normal, asumiendo criterios de excesivo paternalismo. Este modelo se entiende desde tres aspectos: a) Excesiva protección por parte del juzgador al permitir que afloren su criterio de padre

más no de autoridad jurídica; b) el compilador administrativista, la amplia discrecionalidad del funcionario le hacía caer en la arbitrariedad; y c) la tendencia de la acción directa, que consideraba al niño como objeto de protección y no como sujeto de derechos y garantías. La jurisprudencia rescata algunos elementos que permiten proteger a los niños, niñas y adolescentes, estos serían:

- a) El menor es un sujeto de derecho y por lo tanto cuenta con protección constitucional.
- b) El Estado tiene la responsabilidad de implementar medidas de fortalecimiento del sistema sanitario, educativo, cultural, de seguridad, de justicia, fomentando el trabajo, creando un ambiente de producción para que los niños, niñas y adolescentes puedan desarrollarse adecuadamente. De forma complementaria, se establece la necesidad de que se adopten planes específicos sobre temas especiales enfocados hacia la infancia y adolescencia, tales como la trata de personas, programas de adopción, trabajo infantil, entre otros.
- c) La protección hacia el menor debe estar basado en el ordenamiento jurídico, para que la satisfacción de sus necesidades no se vea afectada si estos se encuentran en una institución de protección.
- d) La elaboración de medidas sancionadoras especiales para menores de 18 años que transgredan la ley.
- e) Nuestro sistema jurídico ha establecido un procedimiento que permite equilibrar la aplicación de la ley penal a las infracciones a ésta por parte de los menores infractores, asegurando la igualdad sin descuidar la justicia y la severidad al momento de aplicar sanciones.

Existe una variedad de principios que rigen la responsabilidad que tienen los niños, niñas y adolescentes ante la ley penal, estos son:

1. Principio de igualdad, que establece la no discriminación y obliga a efectuar un trato igualitario para todos, dándole a cada quien lo que le corresponde.
2. Los menores tienen sus propias ideas y pensamientos, debemos respetarlos fomentando la autocrítica y valoración personal.
3. Por parte del Estado el respeto al derecho a la vida, respetando también su libre desarrollo, así se evitará la delincuencia en los primeros años de la adolescencia.
4. La dignidad del niño, comprende a su vez un trato: i) adecuado a su dignidad y valor; ii) que consolide el respeto del menor hacia los derechos y libertades de los demás integrantes de la sociedad; iii) acorde a la edad de los niños, niñas y adolescentes, buscando su reinserción a la sociedad; iv) que prohíba y prevenga todas las formas de violencia en el trato de los que estén en conflicto con la justicia.
5. Considerar el debido proceso en los litigios judiciales y administrativos garantizando: i) la presunción de inocencia; ii) ser informado por escrito y a la brevedad por los cargos imputados; iii) la asistencia jurídica u social apropiada; iv) que los procesos judiciales sean breves y participen sus progenitores en forma directa; v) el respeto a la vida privada; y vi) a la imparcialidad en el proceso.

Por ello es que la Corte Interamericana estableció ciertas reglas para los procesos judiciales, al hablar de un juez con competencia para juzgar, que tenga libertad para ejercer un criterio jurídico y que sea imparcial; asegurando también el principio de la doble instancia y que al investigado lo ampare el derecho a ser considerado inocente hasta que no se demuestre lo contrario en juicio, la contradicción, audiencia y defensa. Asimismo, los menores de 18 años deben ser juzgados por órganos jurisdiccionales específicos, distintos a los de los mayores de edad.

No podemos negar que en nuestro país el índice de delincuencia juvenil es muy alto, esto debido a la gran cantidad de falta de oportunidades para los menores; así mismo los centros juveniles tampoco brindan las garantías que requiere un menor que busca ser resocializado, reeducado y reinsertado a la sociedad. Además, se le expone a la violencia de los niños mayores y más agresivos, pues el hacinamiento y la falta de personal especializado y suficiente son comunes en esos establecimientos.

Cuando un menor es víctima de un ultraje a su libertad sexual, se afecta muy severamente su integridad; por un lado, se afecta irreversiblemente el ámbito espiritual y psicológico de los menores, en cuanto resultan ser víctimas de episodios traumáticos que determinarán su personalidad y la manera en que se relacionarán con otros individuos. Los niños, niñas o adolescentes en ciertas circunstancias se exponen a ser contagiados por alguna ETS y permanecer con ella por vergüenza a lo que dirán los adultos. Es por ello que se requiere por parte del Estado las políticas adecuadas de actuación y legislación para prevenir este tipo de situaciones de salud comunitaria donde se vean afectados los menores, las circunstancias en las que suceden los hechos, el procedimiento judicial mediante el cual los órganos del Estado tratan de sancionar la comisión de estos ilícitos penales y brindar las garantías de protección a la víctima. De igual forma, es importante que los operadores jurídicos apliquen la legislación de conformidad con el principio de supremacía del interés del niño (artículo 4° de la Constitución Política del Perú, vigente de 1993), tomando en cuenta precisamente la fragilidad de la personalidad de estos. La ley N° 27055 (que modifica artículos del Código de los Niños y Adolescentes y también del Código de Procedimientos Penales, que habla sobre los derechos que tienen las víctimas de violencia sexual; la Ley N° 27115 (que fomenta la Acción Penal Pública en los Delitos Contra La Libertad Sexual, con la finalidad de impedir que el menor afectado tenga mayores repercusiones al ser víctima de un ultraje sexual, se dictaron ciertas disposiciones, entre ellas: i) el careo del menor con su agresor se efectuará sólo a pedido del menor afectado; ii) la víctima menor de edad no deberá acudir al lugar donde se realice la reproducción de los hechos; iii) se deberá

contar con la aceptación de la víctima si en caso se requiera de un peritaje médico legal; iv) los datos personales de un menor de edad se deben mantener en estricta reserva. Con la finalidad de evitar la “revictimización” se han implementado las cámaras Gesell o Salas de Entrevista Única, con las que se busca que los menores de edad no tengan que estar relatando el ultraje sufrido en repetidas ocasiones, aplicando aquí el interés superior en salvaguarda de su integridad.

Así mismo, los jueces deben tener presente que ordenar el internamiento de un niño, niña o adolescente en un centro especializado, alejado de su domicilio y lejos de su familia, no solo viola el artículo 4° de la Constitución Política del Perú vigente de 1993, sino que afecta el propio objeto y propósito de la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que el internar al menor en un centro juvenil le restringirá el que pueda acceder a los servicios más básicos e incluso puede fomentar el resquebrajamiento de la familia. Simultáneamente, es importante que el Tribunal Constitucional o cualquier otro juzgador considere si es factible en una localidad concreta ejercer este derecho, ya que no todas las ciudades cuentan con centros de internamiento para adolescentes.

El Código de los Niños y Adolescentes establece en su artículo 4° la necesidad de estar vigilantes en salvaguardar la integridad psíquica y el libre desarrollo del menor, pronunciamiento similar que ha expresado el Tribunal Constitucional al respecto.

Por ello, ante el eventual desacuerdo frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; fundamento en el que se basa debido a la carencia de medios necesarios para poder hacer valer sus privilegios por ellos mismos, siendo vulnerables por su corta edad y encontrarse expuestos a todo tipo de ofensas.

Todo lo expresado nos lleva a inferir que cualquier litigio en donde participe un menor, debe analizarse tomando en consideración su interés superior y que este debe verse como un derecho y principio constitucional por la fuerza

normativa que posee. Concluyendo con el presente análisis sobre la jurisprudencia constitucional, nos referiremos al Interés Superior del Niño en relación a la familia. El derecho a recibir alimentos es parte del deber de asistencia familiar, por lo que el procedimiento ha de velar especialmente para que se protejan adecuadamente los derechos del niño, niña y adolescente, para que no se centre únicamente en aspectos formales: las normas procesales deben cumplirse desde esta perspectiva. Por lo que en caso de llegare a percibir que la vista de causa o audiencia no se realizó por razones extremas comprobables y que los demandados están dispuestos a llegar a un entendimiento, sería contrario al interés superior del niño archivar el expediente sin dar trámite a la demanda de alimentos, pues está de por medio el interés de un menor alimentista, cuya vida y salud dependía, en gran medida, del resultado de ese proceso judicial – se trata de una demanda de amparo presentada contra la judicatura de familia quien dispuso se archive en forma concluyente un proceso por manutención, la razón de dicho archivamiento fue que la progenitora demandante, llego retrasada por dos minutos a la audiencia única de pruebas. Dicha magistrada no consideró que el retraso de la madre tenía sustento de salud y fueron presentados a su juzgado ese día. Negando se realice una nueva vista, la jueza resolvió que se remita al archivo lo resuelto de fecha 18 de febrero de 2011), mediante el cual se da por concluido el proceso, y no realizando análisis alguno de su pedido, aplicándose en estricto la norma supletoria, decisión que ha sido confirmada por la Juez revisora, contraviniendo la debida motivación, en el Exp. N° 04058-2012-PA/TU.

El Tribunal Constitucional ha citado extensa jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal de Justicia de Estrasburgo, con relación a los derechos del menor y su entorno familiar, encontrando estas citas en el Exp. N° 03325-2012-PHC/TC. Resaltando que cuando se restringe la vida en familia, al tratar de hacer cumplir la ley o haciendo que ésta se cumpla, estas medidas van a acarrear el quebrantamiento del fundamento de protección especial del niño. Es un fundamento en la vida de toda familia que se pueda adquirir experiencias por medio de la convivencia entre padres e hijos,

derecho que viene inherente en los niños de vivir en un entorno familiar sano donde se sienta protegido; entorno que debe ser fuerte y seguro para que el menor en caso se vea por razones extremas separado de su entorno, busque volver a ese hogar de protección.

Cumplimentando de esta manera todo lo que encierra el resguardar al menor, dando cumplimiento a tan elevado principio protector del interés superior del niño, amparo que le permitirá desarrollarse bajo un hogar y entorno familiar que asegure su seguridad. (Pacheco-Zerga, 2017).

SUBCAPÍTULO IV

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: DERECHO IRRENUNCIABLE, INTERPRETATIVO, ESENCIAL, INDETERMINADO Y DINÁMICO.

Para Torrecuadrada (2016), el interés superior del niño, es un principio jurídico interpretativo fundamental, ya que todo precepto que se tenga que administrar en situaciones de afectación de los derechos a un menor, ha de hacerse tomándose en cuenta su interés superior, lo que nos lleva a entender que la entidad a cargo de aplicar la ley deberá tomar con cuenta que al tratarse de menores de edad, las posibles interpretaciones de la norma estarán inclinadas a no afectar el interés del niño, sino más a satisfacer el mismo.

Por su parte, Carmona citado por Torrecuadrada (2016) lo define como un principio esencial, interdependiente respecto al conjunto de derechos proclamados en la Convención y de manera subrayada, respecto a los demás principios generales citados en dicha Convención; exclusivo del niño, armonizador; no absoluto; indeterminado; y dinámico. Analizaremos los dos últimos rasgos del principio del interés superior del niño: indeterminado y dinámico: El principio del interés superior del menor es un concepto jurídicamente indeterminado, de muy complicada enunciación y amplia ya que se puede considerar a todos los niños como a uno solo -un niño- o colectivo más o menos amplio - un grupo de niños o todos ellos -. Notamos en todo lo señalado que ningún menor ni agrupación de estos tiene las mismas características y sus necesidades difieren unos de otros; para algunos será más urgente evitar que sus padres se divorcien, para otros será el encontrar padres, otros presentarán alguna minusvalía y tratarán de hacer que ésta no interfiera en su entorno familiar, otros habrán sido ultrajados sexualmente y para todos estará presente el interés superior del niño en su beneficio.

Con respecto a lo señalado vemos complicaciones al encontrar edades y madurez diferente en los niños, quienes deben recibir respuestas diversas, encontrándonos también con situaciones de niños que se ven obligados a vivir en varias situaciones descritas, que afectan su normal desarrollo y que muchas veces por la

prisa son evaluados como situaciones similares, sin tomar en cuenta la evolución particular, nivel de desarrollo emocional y autonomía, así como su mismo entorno social. (Torrecuadrada, 2016).

Por su parte Meza (2014) expresa que, en su trabajo de investigación, se abocó al estudio de todos los derechos que abarca el Principio del Interés Superior del Niño, derechos que hemos venido viendo son irrenunciables. En nuestro país recibió con gran aceptación el concepto del interés superior del niño con la ilusión que sería aplicado en todo el Perú. El Interés Superior del Niño estuvo presente en la historia del derecho del menor, los magistrados han procurado siempre tomar decisiones a favor de los derechos del menor y más aun conociendo el grado de vulnerabilidad al que son expuestos ya sea por sus padres o por sus tutores legales quienes los exponen a largos procesos judiciales, en donde muchas veces se aprueban medidas que marcan su destino. Pero no podemos desvalorar el concepto moderno que tiene el Interés Superior del Niño, fue un importante aporte de la Convención de los Derechos del Niño.

SUBCAPÍTULO V

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN SITUACIONES CONCRETAS

Al respecto, Meza (2014) presenta casos sucedidos en nuestro territorio, estos estudios son considerados de importancia para nuestra investigación, por lo que a continuación los desarrollamos: **“(i) el derecho a la vida, a la identidad, crisis familiar (separación y divorcio de los padres), filiación, Alienación parental. (ii) Problema de los Niños Institucionalizados, los Niños de la Calle, el nuevo fenómeno del acoso escolar.**

(i). a. El derecho a la vida: En lo que atañe a este derecho, no basta con considerar el nacimiento de todos los concebidos, ni que se prohíba efectivamente el aborto, sino también que se reconozca los derechos que tienen los concebidos de acuerdo con la ley, desde que tienen vida y sin ser discriminados. Es legítima la definición del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes que habla sobre “el concebido” al reconocerle su condición de niño, desde que es concebido hasta la edad de doce años. Es por ello que el artículo 1° del Código Civil Peruano de 1984, fue rectificado para no incurrir en contradicción con el Código de los Niños y los Adolescentes, quedando de la siguiente manera: la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción y este es sujeto de derecho. Si nace vivo se le pueden atribuir derechos patrimoniales. A primera vista este enunciado nos lleva a considerar que el Código Civil Peruano fuera concepcionista, ya que establece que la vida comienza con la concepción; pero establece una condición, y lo dice muy claro: que, para ejercer los derechos económicos, hay que nacer vivo, lo que cambia cualquier malentendido hecha a la ligera, convirtiéndola en naturalista. Una exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos vigentes, obligaría a reformar el artículo 1° del Código Civil; el citado conflicto estuvo vigente mucho tiempo, es el caso que, al leer el Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes: Artículo I.- Se considera niño a todo ser humano desde su concepción

hasta cumplir los doce años de edad... El derecho a la vida tiene un sinnúmero de enunciados, entre ellos tenemos: Tenemos derecho a tener un nombre y una nacionalidad, a vivir sin ser discriminado, a tener buena alimentación para garantizar su pleno desarrollo, a vivir en vivienda digna, con su familia, en ambiente de paz y de amor. El recibir educación gratuita también está incluido en este derecho para todos y todas. También incluye el derecho al ocio, al descanso, al esparcimiento al que tiene derecho todo niño y todo ser humano. El derecho a la vida también tiene un sub capítulo muy importante en el referido al más alto nivel de salud, porque las enfermedades, especialmente si son graves, impiden el desarrollo integral de los niños y niñas. Debemos garantizar que los menores cuenten con buena salud, esa medida les permitirá practicar algún deporte o estudiar las letras, el arte, la música o las ciencias por vocación o por preferencia. Los jefes de los Estados Parte de las Naciones Unidas se reunieron en el 2000 y se comprometieron a erradicar la pobreza, lástima que no se haya cumplido este fin. En la sierra y selva peruana, hay lugares inaccesibles, lugares alejados, donde viven muchas familias en extrema pobreza, y en donde se ha disminuido el número de muertes de niños menores de un año, pero en donde aún se sigue informando que un gran número de niños peruanos menores de un mes anualmente vienen muriendo; se ha establecido que la mitad de las víctimas mueren por una pésima atención en el parto y la otra mitad son niños prematuros, que nacieron antes de tiempo algunos porque la madre se encontraba débil o porque las condiciones en su embarazo fueron malas; no podemos cerrar los ojos y hacer oídos sordos a esta necesidad, pues nuestra gente clama ayuda y pide la presencia de profesionales para ser atención a lo largo y ancho de nuestro territorio. También, derecho a la vida significa: que los niños deben vivir con su propia familia, todos tienen el derecho a tener una familia. Al no tenerla, se busca soluciones como la adopción; los niños desarrollan seguridad y autonomía cuando crecen en ambientes sanos, con padres idóneos.

(i). b. El derecho a la identidad: Es el derecho a tener nombres y apellidos; a esta facultad se le conoce como derecho a la identidad, nuestra Constitución Política del Perú, vigente de 1993, en su artículo 6° establece: Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. El estado civil de los progenitores está proscrito, así como la naturaleza de su filiación, en consecuencia, que da prohibido el registro de esa información en el acta de nacimiento o en cualquier otro documento que identifique a la persona. Concepto de identidad, que surge con la creación de la entidad especializada RENIEC, en mérito a la Ley N° 26497 referida al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC y su Reglamento. Nótese que el Código de 1984 se dio al amparo de la Constitución de 1979, pero en el Código solo se legisló la inscripción registral, más no se estudió debidamente los derechos de las personas a tener identidad o nombre, independientemente de la filiación correspondiente. No se ha profundizado en cuanto a la legislación vigente, que estudie la diferencia que debe existir entre el derecho al nombre y la filiación. El artículo 21° del Código Civil Peruano de 1984 no acata dicha diferencia conceptual., Desde 1963 es que se habla de no colocar el estado civil de los padres, así se observa en la Ley 14472 de ese año, y lo mismo repercute en la Constitución anterior a la nuestra, es decir la de 1979 y todo esto para evitar la discriminación entre los hijos. Si leemos el artículo 6° de la Constitución Política del Perú de 1993, el Código Civil Peruano, así como el Código de los Niños y Adolescentes, podríamos pensar que los legisladores peruanos pretendían respetar el nombre de los recién nacidos, pero si observamos nuestro contexto, más específicamente el “Reglamento de la RENIEC, en su artículo 37°, así como el artículo 21° primigenio del Código Civil Peruano de 1984, observamos que la ley peruana se haya alejada del principio del Interés Superior del Niño y del precepto constitucional referido.

El Código Civil Peruano de 1984 en su artículo 21°, modificado actualmente en su texto original, decía: Art. 21°. – “Al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya

reconocido. Si es reconocido por ambos, lleva el primer apellido de los dos. Lo mismo sucede en el supuesto de pedirse por vía judicial la filiación”.

La norma legal no concordaba con el artículo 6° de la Constitución vigente ni con lo decretado por el artículo 19° del Código Civil Peruano, pues impedía que se inscriban o registren los nombres completos de los hijos de aquellos padres que no eran casados y que no concurrían personalmente al registro.

El Reglamento de la RENIEC en su artículo 37°, decretaba que únicamente se inscribirá con sus respectivos apellidos a los niños, cuyos padres extramatrimoniales concurren personalmente a dicho registro. Muchas madres eran impedidas de registrar a sus hijos, teniendo que esperar la voluntad del padre, situación que les prohibía que sus hijos cuenten con los apellidos que prueben su verdadera identidad. El hecho de tener un nombre o apellido, sin que lo declare el progenitor no obliga ni vincula al supuesto padre; nuestro ordenamiento jurídico establece que el padre debe declarar voluntariamente ser progenitor del citado menor, esto, si no estuviere casado con la madre.

En el supuesto de existir vínculo matrimonial no hay inconveniente, los niños nacen bajo la protección del matrimonio. La ley establece que solo para quienes no hubieran contraído matrimonio, el reconocimiento de una hija o hijo debe efectuarse personalmente; o también el que tenga interés legítimo podrá promover un proceso judicial y lograr sentencia sobre la filiación anhelada. Para los hijos extramatrimoniales, la legislación primigenia de 1984 omitió diferenciar el derecho a la identidad o al nombre con la filiación, que es otra institución, perteneciente al Libro III del Código Civil, Derecho de Familia.

- (i). c. **Crisis familiar (separación y divorcio de los padres):** El resquebrajamiento del vínculo matrimonial o también llamada separación de los padres ocasiona dificultades en la institución familiar y son los hijos

quienes absorben estas consecuencias, más aún si de niños pequeños se trata. En las escuelas, los niños reciben la siguiente enseñanza: tenemos el derecho a vivir con nuestros padres. ... y el deber de respetarlos y quererlos. Tenemos el derecho de ir a la escuela...y el deber de estudiar y de respetar a todos los que estudian con nosotros. Vemos como su proyecto de vida se desmorona, al encontrar incertidumbre sobre su futuro por la separación de sus padres. Una de las instituciones jurídicas que hasta la fecha es estudiada, es la patria potestad a cargo del padre de familia. El divorcio no es una institución jurídica actual, está se estudió hace muchos años, data de la época de Justiniano haya por el año 542 d. C, y en esa época ya se veía los grandes problemas que acarrea. Como él era contrario a esta figura lo penalizó en el *communi consensu* capítulo I de la Novela 117; texto muy extenso, por lo que sólo nos referiremos al capítulo 7mo que trata sobre los efectos del divorcio y su vinculación con la guarda y custodia de los hijos, así como el derecho de recibir alimento por sus progenitores divorciados. En la antigüedad, el progenitor culpable de la disolución del matrimonio no tenía la custodia de los hijos, sino el otro progenitor. Había casos de falta de disponibilidad económica el padre, la ley decía que, en esos casos, los hijos pobres podían quedar bajo la custodia de la madre.

El Derecho Romano ha influido en el mundo entero, tal es así con el Código de Napoleón de 1804; la historia del Derecho nos ha enseñado que los derechos de las personas, especialmente la igualdad de todos los ciudadanos ha llevado a todos los pueblos a respetar con igual derecho al padre y a la madre, hoy ambos ejercen esa potestad familiar, deciden el destino de la institución familiar. Lo mismo ha sucedido en Italia, al modificarse la definición de patria potestad por el de responsabilidad de los progenitores en el 2013. Además, hay necesidad que ambos padres eduquen a sus hijos. Cuando hay separación o divorcio de los padres se señala por el juez con quién van a vivir los hijos.

En el Perú, aun cuando los hijos vivan con uno de sus progenitores, los dos conservan el derecho de ejercer la patria potestad, es decir, tomar decisiones importantes como autorizar los viajes o matrimonio de menores. También se da un régimen de visitas para que no haya ruptura del vínculo de unión de los niños, niñas y adolescentes con sus dos progenitores.

En las judicaturas civiles yacen un inmenso número de demandas sobre litigios referentes a la tenencia o a régimen de visitas, y muchos de estos casos derivados por meros capricho de algún progenitor que desobedece a lo dispuesto por la autoridad, sobre en quien debe recaer la tenencia del menor. En el 2009 llegó un caso al Tribunal Constitucional, la sentencia de fecha 07 de octubre de 2009, que declaraba fundada la demanda de la madre solo fue cumplida en parte, uno de los hijos – la niña – volvió a vivir con su madre, mas no el niño, pese a la orden del Tribunal Constitucional Peruano.

En el artículo 39.3 de la Constitución Española se establece que: el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, es recogido por el Código Civil Español en su artículo 110 que refiere: el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos. Así mismo, el artículo 39.2 de la Constitución Española se refiere a la protección integral de los hijos, que se traduce en la introducción a nivel legal del principio del interés superior de los hijos, como norma rectora de las relaciones paternofiliales, en concordancia con el artículo 154.II del Código Civil de España.

- (i). **d. Filiación:** Conforme lo establece el art. 415° de nuestro Código Civil, muy aparte de lo que indica el art. 402°, indica que el descendiente nacido fuera del matrimonio únicamente puede pedir de quien mantuvo intimidad sexual con su progenitora y de quien quedara ésta embarazada una asignación alimenticia hasta que cumpla los dieciocho años. Esta

asignación permanece si el descendiente, al alcanzar la mayoría de edad, no es capaz de sustentarse por sí mismo debido a una incapacidad ya sea física o mental. El emplazado está en su derecho de pedir se les aplique una evaluación genética o científica que le permita la certeza suficiente de filiación. Luego de esta evaluación y si es negativo el resultado el demandado quedará libre de tal responsabilidad. Lo que le permitirá reclamar ante el mismo juzgador la interrupción de dicha exigencia alimenticia, por no ser el progenitor del menor demandante; definición que no responde a la moderna concepción de la paternidad, en plural se refiere al hijo probable, situación que no es justa al existir pruebas genéticas y científicas con el ADN. La vigencia de un precepto que no garantiza la investigación científica, a cabalidad, facilita el incumplimiento de los deberes de la sociedad para con los niños y adolescentes más pobres, que de acuerdo a la educación o al status social de su familia, tendrán la oportunidad de defender sus derechos los que más estables emocional o psicológicamente se encuentren.

- (i). e. **Alienación parental:** Es el cambio de conciencia de los menores hacia uno de sus progenitores, toda vez que es influenciado por el otro padre para desarrollarle odio o rencor y así obstruir el vínculo con el padre que no lo tiene a su cargo, esta situación se encuentra más en situaciones de separación o divorcio. El psiquiatra clínico Richard Gardner e la Universidad de Columbia, New York, ha señalado que este síndrome surge debido a las disputas entre los padres, por la tenencia de los niños y que llega a semejarse a campañas de denigración que uno de ellos sostiene contra el otro. La alienación parental es grave pues impide la convivencia de los niños, niñas y adolescentes con ambos padres, en plena armonía, para favorecer su desarrollo integral. Es grave la situación, porque muchas veces, pese a sentencias expedidas por la judicatura, no se les da el debido cumplimiento. Los progenitores que utilizan esta forma inhumana de obligar a sus hijos a vivir alejados del otro padre o madre causan un grave problema psicológico y de seguridad, que afecta la personalidad de los

niños o adolescentes, que son forzados a construir una figura distinta del otro progenitor.

(ii). a. Problema de los Niños Institucionalizados: Muchas organizaciones sociales e están dedicando al cuidado de niños, ya sean huérfanos o hijos de familias muy pobres, tendríamos que diferenciar las instituciones las instituciones de carácter privado y público, es decir, las primeras financiadas con recursos de la población o de algunos benefactores, y las instituciones públicas o que pertenecen al erario fiscal, es decir, desarrollan su actividad como programa del presupuesto nacional, local o regional. Vemos que los niños llegan a estas instituciones de diferentes formas, las instituciones que pertenecen al Estado siempre están abarrotadas de niños, niñas o adolescentes que se encuentran inmersos en algún litigio judicial debido a su conducta o a su situación temporal o permanente. La mayoría de los casos son de menores infractores. Hay también casos de orfandad, porque la justicia debe resolver asuntos de familias incompletas, o casos en los que los pequeños quedan sin padres. Otro es el caso de niños que padecen de alguna enfermedad o discapacidad física o neurológica. Son los Centros de Atención Residencial del Instituto de Bienestar Familiar (INABIF) dependiente del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, centros conocidos como CAR o Centros de Asistencia Residencial; como se puede apreciar estas instituciones alberga una gran mayoría de niños, niñas y adolescentes y son los que han recibido alguna amonestación y no tienen familia, o son también los que han recibido alguna medida socio educativa. Estas medidas socio educativas están comprendidas por: la amonestación, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la libertad vigilada, la libertad restringida y la internación.

La libertad restringida obliga al infractor a asistir a un programa ya sea educativo, laboral o de ocupación temporal; medidas que muchas veces son difíciles de cumplir por el insipiente presupuesto con el que cuentan estos centros y no se pueda tener tutores ni contratar empleados del

Estado que puedan dedicarse al seguimiento de cada caso que vive la población infanto juvenil en las instituciones especializadas. Existen otros casos de mayor gravedad como es la infracción agravada o los internamientos, que no siempre se dan en las mejores condiciones, estos casos no siempre permiten que se cumpla con el objetivo de realizar una medida socio educativa, y se logre incorporar nuevamente a la vida diaria a cada menor.

El artículo 218° del Código de los Niños y Adolescentes dice: El Juez dictará sentencia absolutoria cuando: a) No esté plenamente probada la participación del adolescente en el acto infractor; b) Las circunstancias no corresponden a una infracción penal. Dadas estas circunstancias, y si el menor estuviera internado en un Centro Juvenil, deberá ordenarse de inmediato su libertad, entregándolo a sus progenitores o persona que lo cuida, lamentablemente no todos tienen padres o persona responsable de ellos y muchos son internados en un albergue. Considerando lo anotado, nos formulamos las siguientes interrogantes ¿qué sucede con un adolescente que sin ser autor o coautor de una infracción a la ley penal es internado en un Centro Juvenil?, ¿no es una infracción contra los Derechos Humanos esta medida?, ¿quién o quiénes deberían ser sancionados por esta arbitrariedad?; Consideramos que debería registrarse esta necesidad como prioritaria en la agenda del Estado, por lo que se hace difícil el retorno a sus hogares de los menores infractores a la Ley Penal; llegado a ese status por omisión de su familia o por omisión del Estado que no ha cumplido con lo establecido por la Convención, acuerdo ratificado por nuestro país.

- (ii). **b. Niños de la Calle:** Una simple mirada por cualquier ciudad de nuestra patria nos pone en alerta sobre la cantidad de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en estas condiciones. La sociedad benéfica que fuera instituida para proteger a los menores, en exclusión, poco o nada pueden hacer al trabajar aisladamente con el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, con el Ministerio de Inclusión Social, con los Centros

Juveniles del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; y eso que en el Perú como vemos tenemos duplicidad de servicios a la niñez, además de casi cien organizaciones privadas inscritas. Existe también una fundación con mandas (ofertas que se hace para brindar ayudas) para auxiliar a los niños ciegos, pero no existe una supervisión que informe sobre cómo se acciona y que resultados se obtuvieron de tanto apoyo. La realidad nos muestra el abandono permanente de los niños, niñas y adolescentes denominados niños de la calle.

(ii). c. El nuevo fenómeno del bullying: Este fenómeno siempre ha existido en nuestro país, no lo conocíamos con este nombre y no era tan agresivo como lo es ahora en nuestros días; hoy en día, se presentan casos de acoso escolar en varios centros educativos; incluso actualmente aparece el ciberbullying; la gran preocupación es que nuestros profesores no se encuentran debidamente preparados para resolver este tipo de conflictos en las aulas. Con este fenómeno apareció hace unos seis años la Jornada Escolar Completa, misma que ofrecía una forma de abordar este tipo de problemas, se destaca como un nuevo elemento a intervenir la figura del psicólogo, ellos cuentan con las herramientas para intervenir en estos casos de manipulación de unos escolares sobre otros; el bullying amenaza y perturba la tranquilidad de la familia y si este no se trata a tiempo puede acarrear frustración y llevar incluso hasta el suicidio.

Ruíz et al (2015) estos autores estudiaron los tipos de bullying de los que eran víctima los niños, niñas y adolescentes, encontrando que existen diferentes tipos de acoso, los más importantes son:

1. El maltrato físico, aquel que afecta la integridad física de la persona; existen dos tipos de maltrato físico: el directo que consiste en golpear o amenazar, y el indirecto en el que encontramos el difundir rumores, críticas, entre otros.
2. El maltrato verbal, es ocasionado a través de las palabras, también encontramos dos tipos: el directo que consiste en reirse de alguien

estando presente el afectado o llamarlo por sobrenombres tratando de ridiculizarlo; y el indirecto con el cual se difunden rumores, críticas o calumnias.

3. La exclusión social, tipo de bullying en el que se trata de aislar o separar a la víctima del grupo, excluyéndola. También tiene dos divisiones: directa, que consiste en sacarlo del juego o no dejarlo jugar; y la indirecta que es ignorar al menor como si no existiera.
4. El maltrato mixto, esta modalidad combina el maltrato físico y el verbal, consiste en amenazar para intimidar u obligar para que el menor haga cosas que no quiere, o chantajear.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1 Materiales

3.1.1. Material bibliográfico

Legislación nacional, Legislación internacional, Doctrina nacional y comparada del Tribunal Constitucional, Jurisprudencia nacional e internacional, Revistas especializadas en Derecho, Tesis relacionadas con la materia en estudio, Información contenida en páginas web especializadas en derechos humanos.

3.2 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.2.1 Técnicas

3.2.1.1. Análisis bibliográfico: Necesario su empleo al recopilar información doctrinal, jurisprudencial y normativo que guarde relación con las variables en estudio.

3.2.1.2. Análisis de documentos: Utilizado durante el estudio de las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional Peruano, el Tribunal Constitucional Español, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Convención y Pactos internacionales con el objetivo de identificar qué documento contiene el interés superior del niño y si este ha sido considerado en la legislación estudiada.

3.2.2. Instrumentos

3.2.2.1. Fichas bibliográficas: Empleadas para agilizar el mecanismo de recolección de información, permite compendiar de una forma más exacta las fuentes analizadas, identificándolas y seleccionándolas por su jerarquía.

3.2.2.2. Análisis de documentos: de normas jurídicas o reglamentos, de lo manifestado por doctrinarios y juristas; de lo expresado en la

Jurisprudencia Internacional y Nacional para llegar a un mejor conocimiento del tema en estudio, y así poder expresar su contenido, alcances y valoraciones cualitativas de las variables analizadas con mayor claridad.

3.3. Procedimientos

- **Paso 1:** Se indagó información contenida en libros, artículos de revistas y tesis de la biblioteca de la Universidad Privada Antenor Orrego, la Pontificia Universidad Católica, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Nacional Federico Villareal y repositorio SUNEDU sobre el problema en estudio.
- **Paso 2:** Se buscó información en las bibliotecas virtuales y en revistas indexadas físicas y on-line sobre las variables en investigación.
- **Paso 3:** Se ingresó a los buscadores jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Peruano, el Tribunal Constitucional de España, La Corte Interamericana de Derechos Humanos y Poder Judicial Peruano para extraer la jurisprudencia concerniente a los capítulos que integran el Marco Teórico.
- **Paso 4:** Se clasificó, procesó e interpretó la información obtenida para enriquecer el marco teórico de nuestra investigación.
- **Paso 5:** La presente investigación se elaboró en forma sistematizada con la información recabada en los diferentes capítulos y subcapítulos que sustenta el estudio.

3.4. Diseño de Contratación

Por ser una Investigación Dogmática Jurídica su esquema es el siguiente:



Donde:

C= Será la variable dependiente: Interés Superior del Niño

D= Será la variable independiente: Constitución Política del Perú

3.5. Procesamiento y análisis de datos

3.5.1. Métodos lógicos

3.5.1.1. Método deductivo: Al valernos de este método, podremos hacer uso de las reglas de la lógica, para que a través de ellas podamos inferir elementos particulares que caractericen el interés superior del niño y las consecuencias de su incorporación a nuestra Carta fundamental.

3.5.1.2. Método inductivo: este método permitirá llegar a conclusiones a partir del exhaustivo análisis de la jurisprudencia y normativa referente al interés superior del niño y la importancia de su inclusión en nuestra Carta Magna.

3.5.2. Métodos jurídicos

3.5.2.1. Método dogmático: Su empleo permite el análisis de los aportes doctrinarios referentes a nuestro estudio, mismo que explicará si es importante la inclusión del interés superior del niño en nuestra Constitución.

3.5.2.2. Método hermenéutico: Este método permitió la interpretación del interés superior del niño como un principio y un derecho y su importancia en nuestra legislación.

3.5.2.3. Método comparativo: Fundamental en nuestra investigación, con este método se pudo conocer el ordenamiento jurídico internacional, logrando contrastar dicha información con nuestra normativa relacionándola con las variables en estudio.

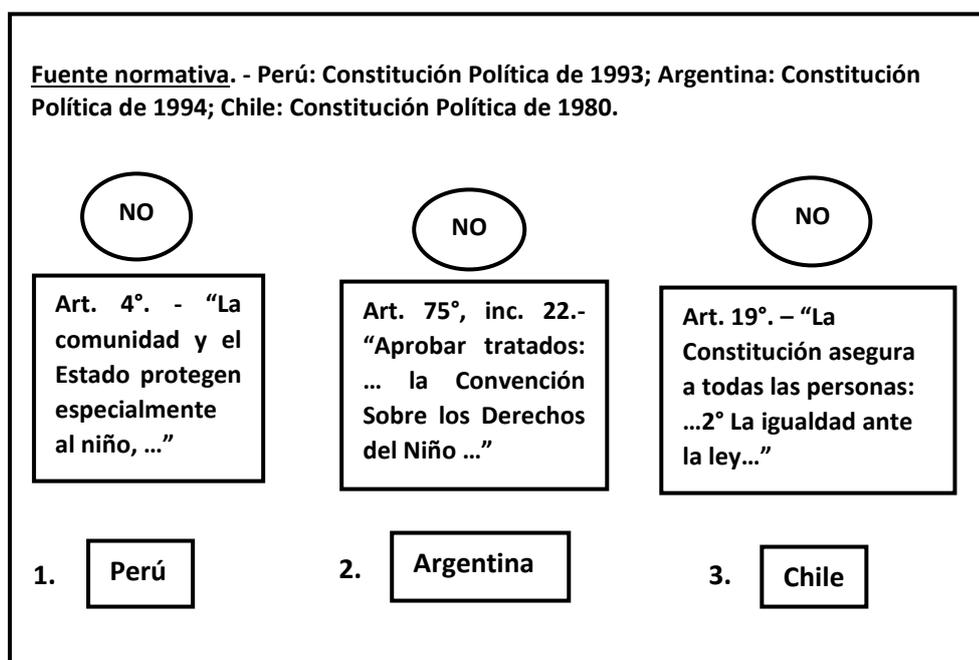
CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Estudio Constitucional

En este acápite se procedió a analizar de forma comparativa las Constituciones peruana, argentina y chilena en torno a las variables en estudio; encontrando el siguiente resultado:

4.1.1. ¿Se encuentra enunciado el interés superior del niño en la Constitución Política del Perú, de Argentina y de Chile?

Gráfico



Fuente del gráfico: Elaboración Propia

Resultados del Gráfico

En cuanto al Estado peruano (graficado con el cuadro N° 1) y tal como prescribe el artículo 4° de nuestra Constitución Política del Perú vigente de 1993, no se encuentra expresamente enunciado este Principio; nuestro país firmó la Convención de Derechos del Niño el 26 de enero de 1990, el Congreso de la República la aprobó mediante Resolución Legislativa 25278 el 03 de agosto de

1990, siendo publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04 de agosto de 1990, siendo desde ese momento que dicha Convención pasaría a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, pero no fue incluido en nuestra Carta Magna.

Lo mismo sucede con Argentina (representado con el cuadro N° 2), su Constitución Política en su artículo 75° inc. 22 únicamente se limita a reconocer y aprobar la Convención Sobre los derechos del niño; la Constitución Argentina fue promulgada en 1994 y asume la Convención igual que Perú en 1990 pero no incluye el principio el interés superior del niño en su Carta Fundamental.

Con Chile sucede algo distinto (representado por el cuadro N° 3), desde 1973 hasta 1990 este país vivió una dictadura; su Constitución nace en 1980 dentro de un régimen militar, por esto es que no se aprecia en ninguno de sus artículos referencia alguna sobre los niños y su protección ante la ley, lo único que se pudo encontrar fue que en su artículo 19° la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley.

Discusión del Gráfico

De los tres resultados que se obtuvo, podemos apreciar que la Constitución Peruana es la que más se acerca a tener un posible enunciado sobre el interés superior del niño”, al vivir en un Estado democrático reconoce los derechos de todas las personas. La Constitución Política del Perú esboza en forma ligera este derecho fundamental, indicando “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”. Y es lo más cerca que está de enunciar al Interés Superior del Niño como un Principio y un derecho fundamental, sin darle la importancia que tan elevada y noble institución jurídica se merece.

En cambio, Argentina no ha considerado la importancia de incluir dentro de su Carta fundamental este derecho (el interés superior del niño) en forma expresa.

Chile aprobó el cambio de su constitución y recientemente eligió a sus representantes para que realicen esta modificación, buscan tener una Constitución de tendencia social.

Lo anotado evidencia que Perú y Argentina han tratado de asegurar la protección del niño, niña y adolescente en su Constitución, pero aún se puede apreciar que a esta institución jurídica no se le da la importancia y relevancia que como principio y derecho se merece y por ello es que no hay políticas claras de protección hacia el menor.

4.1.2. ¿Cuáles son las razones que han motivado a Perú, Argentina y Chile para que no incluyan explícitamente el interés superior del niño en sus Constituciones Políticas?

Cuadro Nro. 1

| a. Perú | b. Argentina | c. Chile |
|---|--|--|
| Las normas del Código Civil y Penal, Código Procesal Civil y Penal se aplican cuando corresponda en forma supletoria al presente Código. | La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación Obligatoria (...) Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles. | La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. |
| Fuente: Código de los Niños y Adolescentes. Título Preliminar. Art. VII | Fuente: Ley N° 26.061, Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y adolescentes. Artículo 2°. – Aplicación obligatoria. | Fuente: Código Civil. Artículo 14° |

Fuente del cuadro: Elaboración propia.

Resultados del Cuadro Nro. 1

En el bloque “**a. Perú**” se presentan las principales razones por las cuales no se ha incluido en la Constitución Política del Perú en forma explícita el “interés superior del niño” como un principio y un derecho, lo que ha originado se tenga que suplir con parte de nuestro ordenamiento jurídico esta necesidad, por lo que el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo VII establece que cuando corresponda

o se vea involucrado un menor se deberá aplicar el Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil, y Código Procesal Penal en forma supletoria.

En el bloque “**b. Argentina**”, la Ley 20.061, sobre la Protección Integral de los Derechos de Niñas, niños y adolescentes. Artículo 2º, ha establecido “que es de aplicación obligatoria la Convención sobre los Derechos del Niño y que los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles” y como se puede observar al no tener enunciado en su Constitución ni derecho, ni interés, ni niño, esta república debe emitir normativa con carácter de obligatoriedad para su cumplimiento, adopción de medidas y elaboración de políticas adecuadas.

En el bloque “**c. Chile**”, se encuentra en las mismas condiciones que Argentina, en su norma fundamental no aparece en ningún artículo la denominación “niño”, “principio” o “derecho”, por ello también las normas que promulga tienen carácter de obligatorio, buscando que de esa manera al no tener regulación este hecho en concreto se pueda completar el vacío de la norma y garantizar así la protección del menor en ese país.

Discusión del Cuadro Nro. 1

Nuestro país opta por suplir la norma al tener por el simple hecho de no encontrarse regulado en forma clara la figura jurídica de “interés superior del niño”, haciéndose necesario que se tenga que acudir a otros cuerpos legales para determinar estas particularidades.

Argentina y Chile suscribieron y ratificaron la Convención Sobre los Derechos del Niño junto con nosotros allá por los años 90, pero no las han incluido a sus Constituciones, desde ese año han transcurrido 30 años que han tenido que emitir legislación con carácter de “obligatorio” para no dejar desprotegido a los niños, niñas y adolescentes. Esperamos que con la nueva Carta Magna que emitirá próximamente Chile, este vacío y otros que protegen derechos fundamentales puedan completarse.

4.2. Estudio Jurisprudencial

En este título se analizó de forma comparativa la jurisprudencia proveniente del pronunciamiento de los Tribunales Constitucionales de Perú, Argentina y Chile sobre el “interés superior del niño”. Obteniendo el siguiente resultado:

4.2.1. ¿Cómo justifican los Tribunales de Justicia de Perú, Argentina y Chile el interés superior del niño?

Cuadro Nro. 2

| <u>Países</u> | <u>Precepto normativo</u> | <u>Fuente: Jurisprudencia</u> | <u>Decisión</u> |
|--|-------------------------------------|--|--|
| 1. Perú | El Interés Superior del Niño | Tribunal Constitucional, Exp. N° 02079-2009-PHC/TC., Fundamento 11 | Esta disposición, reconoce una protección permanente al menor cimentado en su interés superior , por lo que esta teoría ha sido incluida en el ámbito jurídico y ahora forma parte del bloque constitucional de acuerdo a lo establecido por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. |
| 2. Argentina No tiene Tribunal Constitucional | | Suprema Corte de Justicia de la Nación, Exp. CCC 33893/2014/1/1/RH., Fallos: 339:381 | El Interés superior del niño implica que los tribunales deben considerar como criterio rector el reguardo del desarrollo y del ejercicio pleno de sus derechos en todos los órdenes de la vida, dispensándoles un trato diferente en función de las naturaleza particular, por lo que la Nación argentina se obligó en asumir estrategias que prevengan el abuso por parte de algún funcionario público. |
| 3. Chile | | Fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile (Recurso de Queja), Santiago 31MAY2004. Fundamentos NOVENO y DECIMO. | La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo...” La Convención Internacional sobre Derechos del Niño, ratificada por Chile, según las cuales en todas las medidas que le conciernen, es primordial atender al interés superior del niño...” “Que los tribunales están obligados a considerar ese principio esencial al resolver los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos, (...) |

Fuente del cuadro: Elaboración propia.

Resultados del Cuadro Nro. 2

En el bloque “**1. Perú**”, como se puede apreciar, El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el Interés Superior del Niño, en el Expediente N° 02079-2009-PHC/TC estableciendo en su fundamento 11 lo siguiente: Esta disposición, reconoce una protección permanente al menor cimentado en su interés superior, por lo que esta teoría ha sido incluida en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad conforme a la “Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

En el bloque “**2. Argentina**”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Expediente CCC 33893/2014/1/1/RH., Fallos: 339:381 estableció que el interés superior del niño implica que los tribunales deben considerar como criterio rector el resguardo del desarrollo y del ejercicio pleno de sus derechos en todos los órdenes de la vida, dispensándoles un trato diferente en función de las condiciones especiales, para lo cual el Estado argentino se comprometió a adoptar medidas positivas: entre otras, la de asegurar la protección contra malos tratos, en su relación con las autoridades públicas.

Por otro lado, en el bloque “**3. Chile**”, podemos observar conforme se aprecia en el fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile, Recurso de Queja del 31MAY2004, Fundamentos 9no y 10mo que los tribunales están obligados a considerar ese principio esencial al resolver los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos, toda vez que Chile ha suscrito la Convención sobre los derechos del Niño, documento que es de estricto cumplimiento por los países Parte.

Discusión del Cuadro Nro. 2

El Tribunal Constitucional Peruano, ha establecido que el interés superior del niño es un principio regulador internacional y que el menor de edad tiene especial protección por su condición de vulnerabilidad; además este principio obliga al Estado Peruano y a todos los países que firmaron la Convención a imponer

medidas y a adoptar acciones necesarias que aseguren el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.

Al no encontrarse este principio – derecho incluido en la Norma Fundamental de los países suscriptores de la Convención Sobre los Derechos del Niño, estos se exponen a que en cualquier circunstancia en donde se tenga que adoptar medidas de protección, se vulnere este derecho al permitir que los juzgadores haciendo uso de la sana crítica emitan sus resoluciones bajo un criterio personal. De encontrarse este derecho incluido en nuestro ordenamiento, las directrices, normas, doctrina y jurisprudencia que se emita se formularía con mayor claridad conforme se ha podido analizar en el presente estudio.

CAPÍTULO V: PROPUESTA

5.1. Propuesta legislativa

Proyecto de Ley que modifica el artículo 4 de la Constitución Política del Perú incorporando el interés superior del niño como un principio y un derecho fundamental.

Los congresistas del Grupo Parlamentario (...) que suscribe, en ejercicio del derecho a la iniciativa legislativa prevista en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, concordante con los artículos 22 inciso c), 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente Proyecto de Ley:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 4 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ INCORPORANDO EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO UN PRINCIPIO Y UN DERECHO FUNDAMENTAL.

Artículo 1°. Modificación del Artículo 4° de la Constitución Política del Perú que no incluyó el Interés Superior del Niño como un principio y un derecho fundamental en forma explícita.

La presente modificación pretende dar cumplimiento a lo dispuesto por la Convención Sobre los Derechos del Niño al indicar en su artículo 3° inciso 2 “que los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar... y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Así, luego de la respectiva modificación, el referido dispositivo legal quedará de la siguiente manera:

“Artículo 4.- La comunidad y el Estado reconocen como un principio y un derecho el interés superior del niño; en consecuencia, protegen especialmente al niño, niña y adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. (...)”.

Exposición de motivos

El presente proyecto de ley y su fundamentación es una iniciativa del abogado José Antonio Sernaqué Gago, quien analizando el actual escenario normativo referente a la protección del niño, niña y adolescente apreció que el interés superior del niño no se encontraba detallado en forma explícita en nuestra Constitución Política del Perú, ocasionando la vulneración del derecho a la protección de los menores por parte de las entidades públicas y privadas, así como la ausencia de políticas que permitan su desarrollo y bienestar.

Los legisladores que refrendamos la presente propuesta, conscientes de que el interés superior del niño es una institución jurídica de relieve, nos suscribimos para que sea argumentada en todas las instancias Congresales, esperando que esta iniciativa se transforme en una eventual ley. El texto es el siguiente:

I. Objetivo

El presente proyecto de ley pretende la modificación del artículo 4 de la Constitución Política del Perú para incorporar a ese cuerpo de ley el interés superior del niño como un principio y un derecho; al no encontrarse detallado en forma explícita en nuestra Carta fundamental, ocasiona que se le reste el valor que tiene, ocasionando se vulnere este derecho en las entidades públicas y privadas; esta ausencia permite incluso a los juzgadores emitir resoluciones sin considerar el derecho que tienen los niños; evidenciándose por otro lado la ausencia de políticas que permitan su total desarrollo y bienestar.

II. Antecedentes

El antecedente más próximo que podemos hacer mención, es la Ley N° 27337 emitida el 07 de agosto de 2000, ley que aprueba en nuestro país el Código de los Niños y Adolescentes, norma que derogó el antiguo Código de 1992; el Código en vigencia tuvo en cuenta lo expresado por la Convención Sobre los Derechos del Niño, documento que fue suscrito y ratificado por el Estado peruano.

La Constitución Política del Perú de 1979 también se suma como otro antecedente, esta Carta Magna ya derogada contempla en su artículo 8° que: “El Estado protege al niño, el adolescente y el anciano ante el abandono económico”.

Debemos recordar que la Convención Sobre los Derechos del Niño entró en vigencia el 02 de setiembre de 1990 y reconoce que los niños son individuos que tienen libertad para expresar sus opiniones y que deben vivir en un ambiente sano que motive su desarrollo pleno.

Así tenemos que nuestra actual Constitución no enuncia la protección especial que deben tener los niños, niñas y adolescentes, ni reconoce al “interés superior del niño” como un principio ni un derecho.

III. Problemática

La problemática actual consiste en que, sin respaldo constitucional alguno, el “interés superior del niño” carece de fuerza para producir el efecto normativo adecuado para una protección más eficaz al menor.

La normativa producida posterior a nuestra Carta Magna ha tratado de suplir la carencia y efecto normativo ausente en ella; reconocimiento que debería haber sido incorporado en nuestra Constitución y cuya ausencia viene generando que este derecho no sea aceptado en su amplitud o que simplemente se desconozca y no sea invocado por la víctima cuando más lo necesite.

Otra problemática que se puede apreciar es que al no haberse considerado al “interés superior del niño” como un principio, la normativa que a la fecha se ha

emitido, carece de fuerza legal para conminar su cumplimiento desprotegiendo así al menor y permitiendo se vulnere cuando se desee sus derechos.

Ya lo ha expresado Cillero citado por Sokolich (2013) cuando dice que 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 extrajurídico.

En la historia de los derechos humanos, dentro de la sociedad, los niños, niñas y adolescentes han sido siempre sujetos vulnerables, el sistema jurídico no hacía alusión a establecer u otorgar derechos que los protejan y ayuden a su desarrollo integral, lo máximo a lo que podían aspirar es a que a través de sus padres logren un reconocimiento legal en materia de derechos. (Anilema, 2018, p.17)

La Convención sobre los Derechos del Niño, se encuentra inspirada en la denominada Doctrina de la Protección Integral, reconociendo a los niños, niñas y adolescentes un conjunto de derechos “civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”, cuyo sustento se encuentra resumido en cuatro principios fundamentales: “la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, así como el respeto a la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten”; cuando este documento llega a la Organización de Naciones Unidas, sus miembros es decir los países Parte, lo suscriben sin mayor controversia ya que reconocen su importancia; pero observamos que en las legislaciones nacionales de esos países este principio y derecho fundamental no ha sido incluido con “nombre propio” es decir como ”principio y derecho” y de allí que se tenga que aplicar la “supletoriedad” o la “obligatoriedad” que ejercen las leyes para su cumplimiento; lo ideal sería que el “interés superior del niño” esté incluido en las Cartas fundamentales de cada país Parte de las Naciones Unidas y que los habitantes de esos países puedan encontrarlo sin tener que acudir a un letrado e invocar el reconocimiento de ese derecho en el momento que lo crean necesario.

Conclusiones:

Es necesaria la modificación del artículo 4° de la Constitución Política del Perú porque, al no encontrarse detallado “el interés superior del niño como un principio y un derecho” en forma explícita en nuestra Carta Magna, su ausencia ocasiona que se vulnere el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes ante la sociedad como sujetos de derecho; así mismo la normativa creada, carece de fuerza legal para conminar su cumplimiento, evidenciándose también por parte del mismo Estado la ausencia de políticas que permitan su pleno desarrollo y bienestar.

IV. Análisis costo-beneficio

La modificación del artículo 4° de la Constitución Política del Perú si generará algún costo económico para el Estado, ya que se tendrá que implementar incluso hasta un nuevo ministerio: el Ministerio del niño, niña y el adolescente; también se tendrá que mejorar las políticas de Estado y redefinir los lineamientos generales que orientan su accionar sobre la atención al menor; se tendrá que implementar el número de Fiscalías para prevenir la comisión de delitos contra el menor.

Pero el beneficio a diferencia de los costos será mayor, nuestro país logrará mayor estabilidad en derechos; el artículo 4° de nuestra Constitución dará la fuerza legal a cada norma que se haya emitido o se emita y que guarde relación a la protección del menor.

V. Efectos de la norma en la legislación vigente

La iniciativa legislativa propuesta permitirá que cada norma emitida o por emitirse tenga mayor fuerza en su aplicación; la supletoriedad y obligatoriedad de la norma tendrá mejor fundamento; los derechos constitucionales no colisionarán con esta modificadorio, más bien se verán más fortalecidos ya que lo que se busca es otorgar mayor relevancia al conjunto de derechos fundamentales ya existentes.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES

1. En nuestra Constitución Política del Perú vigente de 1993, el interés superior del niño como principio, no se encuentra expresamente enunciado.
2. Es en el Código de los Niños y Adolescentes promulgado el 07 de agosto de 2000, en el que se establece expresamente al interés superior del niño como un principio rector.
3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el Interés Superior del Niño es un principio regulador de la normativa de los derechos del niño que se funda en la dignidad misma del ser humano y en las características propias de los niños por su indefensión.
4. De no haberse establecido parámetros jurídicos internacionales sobre el amparo que requieren los niños, niñas y adolescente desde su nacimiento, seguirían siendo considerados como seres incapaces y débiles; de allí la necesidad de que se les reconozca como sujetos de derecho.
5. El interés superior del niño como principio se encuentra vinculado al ámbito constitucional y es uno de los contenidos más desarrollados a nivel mundial considerando claro, a todos los países que conforman las Naciones Unidas.
6. Está determinado en la ley que en todas las medidas concernientes a los niños que adopten las instituciones públicas o privadas de bienestar social, así como los tribunales de justicia, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se debe considerar primordialmente a que se atienda el interés superior del niño.
7. La norma establece que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, así como el respeto por sus derechos.

8. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen carácter vinculante para todos los Estados, en ellas ha establecido que el principio del interés superior del niño debe ser valorado en todas las resoluciones que emitan los tribunales de justicia referentes a los niños, niñas y adolescentes.
9. El Tribunal Constitucional peruano ha indicado que los tribunales de justicia únicamente invocan el principio del interés superior del niño, sin desarrollar el tema y estiman que de esta manera justifican tan elevado derecho; violando así la garantía y protección que nuestro marco legal brinda al menor.
10. Los Códigos Civil, Penal, Procesal Civil y Procesal Penal, deben ser aplicados en forma supletoria a la Constitución; también se deberá tener en cuenta los principios y las disposiciones enunciadas en la Constitución del Perú, pues el Código de los Niños y Adolescentes también es una norma supletoria de la Constitución Peruana.
11. Al interés superior del niño se le asignan tres conceptos: “es un derecho, un principio y una norma de procedimiento”
 - Al ser un derecho se debe considerar que prime el interés superior del niño al momento de decidir sobre una determinada situación que les pueda afectar.
 - Es un principio, ya que permite completar vacíos o lagunas legales, sea para la promulgación de nuevas normas o para adoptar medidas necesarias en caso no exista norma expresa al respecto.
 - Es una norma de procedimiento ya que, siempre se debe adoptar decisiones que afecte a menores, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de las medidas adoptadas para con los menores; otorgándoles las garantías procesales necesarias acordes al interés superior del niño.

CAPÍTULO VII: RECOMENDACIONES

1. Se recomienda la realización de cursos, charlas, seminarios, diplomados, simposios, mesa redonda y conferencias, con la finalidad de difundir y hacer conocer a los operadores de justicia, la importancia y obligación que tienen de adoptar el interés superior del niño como un principio y un derecho fundamental.
2. Se recomienda se modifique la Constitución Política del Perú y se enuncie al interés superior del niño como un principio y un derecho.
3. Se recomienda que el Ministerio de Educación incluya en el currículo escolar temas sobre derechos fundamentales, el interés superior del niño, derechos y deberes de los hijos y de los padres, así como algunos otros temas desarrollados en el Código de los Niños y Adolescentes.
4. Se recomienda que se cree el Ministerio de los Niños, niñas y adolescentes y se le implemente con políticas y programas adecuados para prevenir la vulneración del interés superior del niño en todas sus modalidades; siendo las medidas más necesarias: capacitaciones y defensa de los menores afectados.
5. Se recomienda que a nivel nacional se implementen las Cámaras Gesell en las Comisarías, Ministerio Público y Juzgados de las Cortes Superiores de Justicia; ya que dicha implementación no ha ido de la mano con los casos en investigación, hasta el 2019 solo había 75 cámaras Gesell en todo el Perú; esto es una gran demora ya que se revictimiza a los menores agraviados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alegre, S. et al., (2014). *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas.* Unesco.org.
http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf

Ávila B. (2006). *Introducción a la metodología de la investigación.*
<https://avdiaz.files.wordpress.com/2012/08/avila-baray-luis-introduccion-a-la-metodologia-de-la-investigacion.pdf>

Barletta V. (2018). *Derecho de la niñez y adolescencia.* Lima, Peru. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. 1ra Edición.
<http://www.untumbes.edu.pe/vcs/biblioteca/document/varioslibros/0977.%20Derecho%20de%20la%20ni%C3%B1ez%20y%20adolescencia.pdf>

Carmona L. (2009). *La Convención sobre los derechos del niño.* Fundación Dialnet - Universidad de la Rioja.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=51801>

Carruitero, F. y Benites, T. (2021). *Guía de Investigación en Derecho – Proyecto de Tesis y Tesis a Nivel de Posgrado.* Trujillo, Perú. Universidad Privada Antenor Orrego, Fondo Editorial. Primera edición digital.
<https://static.upao.info/descargas/bdd679c1a034ca3b432ee6c46dcb9f166838e254c7942278e7cfab6105f1135c68ee4621507efb61a4cd7e917513265d7502b11cf7f06ffc775c7b14a88d898f/GUIA%20DE%20DERECHO.%20Proyecto%20de%20tesis%20y%20tesis%20a%20nivel%20de%20posgrado.pdf>

Chávez, G. y Chevarría, P. (2018). *el interés superior del niño, niña y adolescente: un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia.* [Tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú] *repositorio institucional.*
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13773/Ch%3%a1vez%20Granda_Chevarr%3%ada%20Pineda_Inter%3%a9s_superior_ni%3%b1o1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Dávila N. (2006). *El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales*. Laurus, revista de educación, 12(Ext.), 180-205. <https://www.redalyc.org/pdf/761/76109911.pdf>

Huamaní H. (2020). *la vulneración del interés superior del niño en la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada*. [Tesis de Maestría, Universidad Nacional Federico Villareal]. <http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/4106/HUAMANI%20HUAMANI%20MARIELA%20-%20MAESTRIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Leyton, A. y Mendoza, D. (2012). *Clases y tipos de Investigación Científica*. <https://investigacionestodo.wordpress.com/2012/05/19/clases-y-tipos-de-investigacion-cientifica/>

López, R. (2015). *Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido*. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13(1), 51-70. <https://www.redalyc.org/pdf/773/77338632001.pdf>

Meza, C. (2014). Derechos Irrenunciables de Niños y Niñas. *Revista Jurídica "Docentia et Investigatio" de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas U.N.M.S.M.*, 16(2), 17-29. <file:///C:/Users/Sistema/Downloads/11154-Texto%20del%20art%C3%ADculo-39121-1-10-20150509.pdf>

Murillo, K. et al. (2020). *El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano*. Revista Universidad y Sociedad. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202020000200385

Pacheco-Zerga, L. (2017). *Pirhua.udep.edu.pe*. La jurisprudencia contitucional peruana en torno al interés superior del niño: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3872/Jurisprudencia_constitucional_peruana_torno_Interes_Superior_del_Ni%25C3%25B1o.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ravetllat, I. (2012). *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*. *Revistas Científicas de la Universidad de Murcia*, 88-108. <https://revistas.um.es/educatio/article/view/153701/1407>

Rivera, K. (2018). *La afectación del principio del Interés Superior del Niño a partir de la presunción pater is est*. *Derecho y Sociedad* (50), 235-248. <file:///C:/users/Sistema/Downloads/20390-Texto%20art%C3%ADculo-81206-1-10-20181107.pdf>

Rodríguez, R. (2018). *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Lima: Fondo Editorial - Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170691/34%20Instituciones%20del%20derecho%20familiar%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Rosales, Y. (2019). *El interés superior del niño y adolescente como fundamento para la imprescriptibilidad del cobro de la pensión alimenticia en la legislación peruana*. [Tesis de maestría, *Universidad Nacional Santiago Antunez de Mayolo*] Repositorio institucional. http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/3270/T033_44170236_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ruíz, R. et al. (2015). *Estudio del Bullying en el Ciclo Superior de Primaria*. *Redalyc.org*. <https://www.redalyc.org/pdf/706/70632585015.pdf>

Salazar, R. (2018). *critérios jurisprudenciales, el interés superior del niño y los derechos de protección y seguridad jurídica*. [Proyecto de investigación previo a la obtención del grado académico de magister en derecho constitucional] Universidad Regional Autónoma de los Andes Uniandes. <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/8148/1/PIUAMCO071-2018.pdf>

Santamaría, M. (2017). *La delimitación del interés superior del niño ante una medida de protección institucional* [Tesis doctoral] Universidad Internacional

de Catalunya, Barcelona - España.
https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/565731/Tesi_Mar%20C3%ADa_Luisa_Santamar%20C3%ADa_P%20C3%A9rez.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Sokolich, M. (2013). *La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano*. Vox Juris. Facultad de Derecho. Universidad de San Martín de Porres. Lima – Perú.
<https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/47>

Tomas, U. (s.f.). El Método Estadístico. *Universidad Santo Tomás de Colombia*.
http://soda.ustadistancia.edu.co/enlinea/Segunda%20unidad%20Cuanti/el_mtodo_estadstico.html

TorreCuadrada, S. (2016). *El interés superior del niño*. Anuario mexicano de derecho internacional.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542016000100131#:~:text=El%20inter%20C3%A9s%20superior%20del%20menor%20es%20un%20derecho%20subjetivo%20de,su%20vida%20con%20total%20autonom%20C3%ADa%22.

Torres, A. (2009). *la jurisprudencia como fuente del derecho*. *etorresvasquez*.
<https://www.etorresvasquez.com.pe/La-Jurisprudencia.html#:~:text=La%20jurisprudencia%20denominada%20tambi%C3%A9n%20precedente,el%20propio%20tribunal%20supremo%20y>

Yanes, L. (2016). *El interés superior del niño en los procesos de niñez y adolescencia en la ciudad de Ambato*. [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. Repositorio Institucional.
<http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4981/1/T1940-MDP-Yanes-El%20interes.pdf>

Yupanqui, S. (2018). *el principio del interés superior del niño y adolescente en las sentencias de alimentos de los juzgados de lima sur 2018*. [Tesis de licenciada, Universidad Autónoma del Perú]. Repositorio Institucional.

<http://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/AUTONOMA/1004/4/Yupanqui%20Zuniga%2c%20Sara%20Maritza.pdf>

Linkografias

Bloquemetodológico (2010). *Tipos de investigación. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.*
<https://bloquemetodologicodelainvestigacionudo2010.wordpress.com/tecnicas-e-instrumentos-de-recoleccion-de-datos/>

Derechos Fundamentales, (s.f.). *¿Qué son los derechos fundamentales en los trabajadores(as)?*. Chile. *dt.gob*. <https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-103244.html>

Cyt, R. (2016). *¿cuánto debo plagiar para no ser acusado de plagiador?* (F. Universitaria, Ed.) *Formación Universitaria*, 9(4).
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-50062016000400001

Defensoria de la niñez, C. (s.f.). *¿Eres niño, niña o adolescente, cuáles son tus derechos?*. Chile. <https://www.defensorianinez.cl/>

Diccionario Jurídico Elemental, (2020). *Diccionario jurídico elemental desarrollado*. Universidad Autónoma de Encarnación - Paraguay.
<http://www.unae.edu.py/biblio/libros/Diccionario-Juridico.pdf>

Ibañez, J. (2010). *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Corteidh.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25555.pdf>

Longitudinal, D. N. (2013). *Issuu*.
https://issuu.com/doralix/docs/dise_os_no_experimental

Morales, I. (s.f.). *Metodología de la investigación*.
<https://sites.google.com/site/51300008metodologia/reporte-del-capitulo-5>