

DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Colección **Lo Esencial del Derecho** 29

Comité Editorial

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Montegudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

MARÍA CONSUELO BARLETTA VILLARÁN

DERECHO DE LA NIÑEZ
Y ADOLESCENCIA



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

340.7 Barletta Villarán, María Consuelo.

L Derecho de la niñez y adolescencia / María Consuelo Barletta Villarán.-- 1a ed.--
29 Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2018 (Lima : Tarea
Asociación Gráfica Educativa).
168 p. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 29)

Bibliografía: p. [161]-165.

D.L. 2018-03290

ISBN 978-612-317-331-9

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Derechos del niño - Aspectos sociales - Perú 3.
Justicia de menores, Administración de - Perú I. Pontificia Universidad Católica del
Perú II. Título III. Serie

BNP: 2018-063

Derecho de la niñez y adolescencia

María Consuelo Barletta Villarán

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 29

© María Consuelo Barletta Villarán, 2018

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2018

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de
Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: marzo de 2018

Tiraje: 1000 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-331-9

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2018-03290

Registro del Proyecto Editorial: 31501361800235

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

PRESENTACIÓN	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO 1	
LA DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DEL CONTROL-PROTECCIÓN A LA PROTECCIÓN GARANTISTA	17
1. Antecedentes	17
2. Conceptualización jurídica	20
2.1. Características	20
3. La Convención sobre los Derechos del Niño	23
3.1. Características	24
4. Principios jurídicos	39
4.1. El niño como sujeto de derechos	40
4.2. El interés superior del niño	47
5. Principio de no discriminación	56
6. Preguntas	60
CAPÍTULO 2	
EL DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD DEL NIÑO LA CALIDAD DE VIDA PARA EL DESARROLLO INTEGRAL	61
1. En relación al derecho a la vida de los niños y adolescentes	61

1.1. Componente genérico	62
1.2. Componente específico	63
2. El derecho a la integridad de los niños y adolescentes	75
2.1. Componente genérico	76
2.2. Componente específico	76
3. Aplicabilidad del interés superior del niño en el resguardo del derecho a la vida y a la integridad	86
4. Preguntas	86
CAPÍTULO 3	
EL DERECHO DEL NIÑO A CONOCER A SUS PADRES Y SER CUIDADO POR ELLOS	
LA IDENTIDAD ENTRE LA VERDAD BIOLÓGICA Y LAS RELACIONES FAMILIARES	
	87
1. El resguardo del derecho a la identidad en el niño	87
1.1. Componente genérico	88
1.2. Componente específico	89
1.3. El derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales	92
1.4. El derecho a la identidad de los hijos matrimoniales	97
2. Resguardo de la posesión constante del estado de «hijo»	97
3. Aplicabilidad del interés superior del niño en el resguardo del derecho a la identidad	99
4. Preguntas	99
CAPITULO 4	
EL DERECHO A LA FAMILIA	
LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN GARANTE DEL DESARROLLO INTEGRAL	
	101
1. Derecho a vivir, crecer y desarrollarse en una familia	101
1.1. Componente genérico	102
1.2. Componente específico	104
2. Instituciones familiares	107
2.1. La patria potestad	107

3. Límites a la autoridad paterna	114
3.1. Suspensión de la patria potestad	117
3.2. Pérdida y extinción de la patria potestad	119
3.3. Niño y adolescente en desprotección familiar	120
4. Aplicabilidad del interés superior del niño en el resguardo del derecho a la familia	126
5. Preguntas	126
CAPÍTULO 5	
ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL	
LA RESPONSABILIDAD ATENUADA POR LA CORRESPONSABILIDAD DEL ESTADO	127
1. El ámbito de la justicia penal juvenil	127
1.1. Concepto jurídico	127
1.2. Características	129
2. Principios, derechos y garantías	140
2.1. Principios	140
2.2. Garantías	142
3. Finalidad	146
3.1. Medidas socioeducativas	148
5. Preguntas	155
CAPÍTULO 6	
CONCLUSIONES	157
BIBLIOGRAFÍA	161

Fondo Editorial PUCP

PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

«Lo Esencial del Derecho» también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

El proyecto es realizado por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Fondo Editorial PUCP

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como principal objetivo mostrar la orientación de la doctrina en relación a la consideración jurídica del niño y adolescente como sujeto de derecho. Ponemos atención en las categorías jurídicas «niño» y «adolescente» que incluyen los tratamientos jurídicos diferenciados para las niñas y las adolescentes. Es importante considerar que la Convención sobre los Derechos del Niño hace referencia al «niño», mientras que la normativa nacional distingue entre los niños y adolescentes en el Código de los Niños y Adolescentes.

En el primer capítulo se busca mostrar los inicios de la secuencia histórica del tratamiento jurídico de los derechos de los niños y adolescentes, demostrando que el origen de esta especialidad estuvo en el derecho penal moderno, es decir en los códigos penales de inicios del siglo XX, con los que surge la doctrina de la situación irregular, asimismo se explica la relevancia jurídica de la Convención sobre los Derechos del Niño, deteniéndonos en la prioridad que tiene esta normativa internacional para dar contenido a la doctrina de la protección integral y erradicar la orientación doctrinal de la situación irregular, es decir una forma distinta de entender al niño y el rol que éste juega en la sociedad. Nos detenemos en las características de la Convención en base a su naturaleza jurídica y contenido. Se desarrollan los principios jurídicos que inspiran la doctrina

de la protección integral, como son: el niño como sujeto de derechos, el interés superior del niño y no discriminación.

En el segundo capítulo se enfatiza el análisis del derecho a la vida y a la integridad en los niños y adolescentes, identificando su componente genérico y específico. En relación al derecho a la vida se incorporan las distintas teorías del inicio de la vida, mostrando la orientación existente en la jurisprudencia para su determinación. Asimismo, se mostrará las recientes modificaciones en la normativa nacional en relación al resguardo del derecho a la integridad en el ejercicio de la autoridad parental. Por último, podremos verificar la complejidad de estos derechos, al vincularseles con el derecho a la calidad de vida y al desarrollo integral, así como también en el respeto a la dignidad.

A continuación, en el tercer capítulo, se brinda un análisis del derecho a la identidad de los niños y adolescentes, resaltándose la relevancia jurídica de las relaciones familiares en los niños y adolescentes como componente específico de este derecho, que podrían contraponerse a la verdad biológica al momento de definir el vínculo jurídico paterno-filial, en aplicación del interés superior del niño. Así también, se demuestra que en la normativa peruana, la presunción «hijo de mujer casada es hijo del marido» pierde vigencia a nivel jurisprudencial, en la medida que se resalta el componente del entorno familiar como parte sustancial del derecho a la identidad.

En el cuarto capítulo se recoge el derecho a la familia y se establecen los requerimientos para una injerencia estatal legítima. Se comparten los criterios orientadores para otorgar la tenencia, así como algunas cuestiones actuales que permanecen en discusión como la tenencia compartida y la tenencia de los abuelos. Por otro lado, se plantea la «coparentalidad» como el ejercicio conjunto de la patria potestad por parte de los padres, aun cuando éstos viven separados, y se pone atención en la institución de la tutela para la exigibilidad del cuidado y atención del niño por parte de los miembros de una familia extensa. Por último, se desarrolla la obligación estatal de brindar cuidado y atención a los niños y adolescentes cuando no cuentan con familia o ésta es disfuncional, se enfatiza en el carácter

temporal y excepcional de la intervención tutelar, considerando que la internación en una institución es una medida extrema.

En el quinto capítulo se alude al adolescente en conflicto con la ley penal, se destaca el carácter atenuado de la responsabilidad penal juvenil y el tipo de sanciones que les son aplicables, así como las garantías específicas que se agregan a las genéricas que les corresponden por ley. Para dicho efecto, se comparte la orientación doctrinal y los recientes cambios normativos en la fijación de las sanciones aplicables a los adolescentes. Finalmente, en el sexto capítulo incorporamos las conclusiones del estudio realizado.

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 1
LA DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL
Del control-protección a la protección garantista

1. ANTECEDENTES

Antes de la entrada en vigencia de la doctrina de la protección integral se consolidó un sistema normativo que se encontró enmarcado en la llamada doctrina de la situación irregular, esta doctrina originó un control sociopenal hacia un sector de la infancia, a los llamados «menores en situación irregular», que se hizo manifiesta en sus orígenes en el Código Penal de 1924 y posteriormente en el Código de Menores de 1962, y tuvo las siguientes características:

- Los menores fueron considerados inimputables: no se le atribuyó responsabilidad penal frente a los hechos ilícitos cometidos.
- La valoración de un derecho penal de autor: en la medida que eran inimputables, no fue evaluada la relevancia social del bien jurídico afectado sino más bien sus características personales y sociofamiliares, que le atribuyeron su carácter «peligrosista».
- La creación de categorías jurídicas amplias: el carácter peligrosista del menor originó que se crearan supuestos para justificar la intervención del Estado en la vida personal y familiar del «menor en situación irregular», amparados en circunstancias que evidenciaron las carencias del control social informal.

- El internamiento como medida privilegiada: al concebirse al menor en situación irregular como un sujeto peligroso para el orden social, se privilegió la medida de internamiento para proteger al menor de su tendencia natural a la criminalidad y asimismo para resguardar a la sociedad de este menor. De esta manera, se originó una estrategia de «control-protección» para estos menores en «situación irregular».

En el año 1979 se proclamó el Año Internacional del Niño, conmemorando 20 años de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. En esta oportunidad, Polonia presentó una iniciativa que proponía una nueva declaración con contenido basado todavía en la doctrina de la situación irregular, razón por la que fue desaprobada por los países miembros de las Naciones Unidas. La aspiración fue generar una normativa vinculante con una orientación garantista para el resguardo de los derechos de los niños y adolescentes, motivo por el cual se inició un período de reflexión que concluyó con el tratado de derechos humanos que fue denominado Convención sobre los Derechos del Niño. Es necesario indicar que su discusión se prolongó durante las sesiones programadas a lo largo de diez años.

En el Estado peruano, la Convención sobre los Derechos del Niño¹ comenzó a regir en un contexto sociopolítico nacional impregnado de un clamor social a favor de la reconstrucción nacional de los derechos de los niños y adolescentes, en la medida que entró en vigencia luego del padecimiento del cruel fenómeno del terrorismo, que impactara significativamente en la afectación de derechos en la niñez y adolescencia peruana.

De esta manera, se buscó brindar un tratamiento normativo internacional, distinto y a la vez complementario, al obtenido hasta el momento en las declaraciones que la antecedieron, como la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración de las Oportunidades del Niño de

¹ Adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada el 3 de agosto de 1990 por el Estado peruano mediante resolución legislativa 25278.

1942 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959; en la medida que estas tienen un fin orientador para los Estados y se constituyen únicamente en directrices de orientación política de los mismos, sin efecto obligatorio o vinculante.

En relación a la Declaración de Ginebra de 1924², ésta contiene una serie de deberes básicos que asume la humanidad y que emanan de un intento claro de evitar que los niños sufrieran aún más las consecuencias nefastas de la primera guerra mundial (1914-1919), manifiestas en la orfandad y en la pobreza. Los Estados cifraron su interés en el niño, y para lograr su cometido plasmaron principios morales y humanitarios orientados a prodigarles un trato con dignidad, los que se constituían en deberes de la sociedad. Su estructura está compuesta de cinco preceptos³.

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 —proclamada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de ese año—, supone el inicio de la actividad de las Naciones Unidas. Esta Declaración busca integrar los principios humanitarios de la Declaración de Ginebra y la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, especificando o complementando su contenido con respecto al niño. Sobre el particular, en su enunciado se alude a la protección especial del niño y al requerimiento de otorgarles oportunidades y servicios que le permitan desarrollarse en forma sana y normal, y en condiciones de libertad y dignidad, incluyendo por primera vez de manera explícita, el «interés superior del niño».

Ambas declaraciones se caracterizaron primordialmente por tres cuestiones. La primera está referida a la relevancia jurídica que cobran los niños en el ámbito internacional, a partir del reconocimiento de sus necesidades como un asunto de interés público, por permitirseles salir de la indiferencia jurídica y del ámbito privado de subordinación de la familia;

² Proclamada en la V Asamblea de las Naciones Unidas del 24 de setiembre de 1924.

³ «El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser asistido; el niño retrasado en su educación debe ser alentado a proseguirla; el niño desviado de la buena senda debe ser vuelto a ella, el huérfano y el abandonado deben ser corregidos y socorridos» (Declaración de Ginebra de 1924).

la segunda alude a que ambos instrumentos internacionales son parte del «derecho suave», al no generar un efecto vinculante en los Estados; por último, la tercera apunta a la visión del niño como «objeto de protección» que impregna las declaraciones, al quedar invisibilizado su rol activo y protagónico en la sociedad, aún para el resguardo de sus propios derechos.

Por otro lado, también tiene vigencia la Declaración de las oportunidades para el niño de 1942 —que tiene su origen en el VIII Congreso Panamericano del Niño—, que regula la vida de familia, la salud, educación, responsabilidad y trabajo, la formación ciudadana y responsabilidades para el niño.

2. CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICA

Con la Convención sobre los Derechos del Niño se instala definitivamente la doctrina de la protección integral, la cual refiere a la vigencia a nivel internacional de una propuesta para dar resguardo a todos los derechos de los niños y adolescentes sin distinción alguna.

De esta manera, se busca erradicar la estrategia de «control-protección», propia de la doctrina de la situación irregular, para generar su transformación a una «protección integral», cuyo primordial objetivo es la intervención justificada en la vida privada y familiar de los niños y adolescentes a fin de garantizar y restituir el ejercicio efectivo de sus derechos, cuando éstos se encuentran bajo su jurisdicción. Asimismo, con la doctrina de la protección integral, el niño deja de ser concebido como un sujeto pasivo de protección para ser concebido como un sujeto activo y participe en la promoción y defensa de sus derechos.

2.1. Características

En relación a lo indicado podemos identificar las siguientes características de la doctrina de la protección integral.

a. El niño y adolescente como sujeto protagonista en la defensa de sus derechos

Se entiende por niño, conforme lo establecido en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a «[...] todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad».

Además, en la doctrina de la protección integral, el niño y el adolescente es visualizado como un sujeto activo que se involucra en la toma de decisiones de los asuntos que lo afecten. Son valorados por sí mismos, en su condición de persona que es merecedora de un trato diferenciado con dignidad. De esta manera, estos sujetos dejan de ser concebidos como un «objeto de protección» (compasión o represión) para ser reconocidos como «sujetos de derechos», cuyo actuar protagónico es considerado en las instancias en que se promueven acciones en su beneficio. Para garantizar esta condición se genera su involucramiento a través del recojo de su opinión, que debe ser escuchada y tenida en cuenta en función de su edad y madurez, cuando se resuelve en asuntos vinculados a su vida y proyecto de vida, a fin de garantizar su desarrollo integral.

Sobre el particular, Susana Iglesias indica «En tanto consideremos a la infancia como categoría etaria, biológica, estaremos mirando a los niños y a los adolescentes como seres individuales y como seres en formación [...], no estaremos viendo a la infancia como una categoría social con igual representatividad y peso social, económico y cultural que otras categorías, entre ellas, la de los adultos» (Iglesias, 1996, p. 48).

Lo señalado por Iglesias promueve una consideración sociojurídica actual del niño y el adolescente, cuyo accionar tiene un impacto social, al constituirse en parte de una familia y de la comunidad, cuestión que es valorada sea cuando asume un rol económico productivo en el hogar o cuando contribuye al orden social.

b. La finalidad de la intervención estatal

La finalidad prioritaria de la intervención se modifica, se pasa de la «prevención» a la «promoción» de los derechos de los niños y adolescentes. «La actividad promocional se dirige a todo menor de edad por su condición de tal y no se limita al que se encuentre en situación de carencia, conflicto o estado de abandono» (Pacheco, 2001, p. 51), tal y como sucede en un esquema preventivo.

Asimismo, cuando existe una situación en que se comprueba la violación de derechos en el niño o adolescente se actúa a favor de la restitución de los mismos, dándose origen a una protección garantista, cuya finalidad primordial es garantizar su desarrollo integral y contribuir a su interés superior. En esta intervención corresponde considerar la corresponsabilidad del Estado y la familia, y, asimismo, el actuar vigilante de la sociedad, siendo fundamental que toda intervención con éstos esté orientada primordialmente a su valoración social y al resguardo de sus derechos.

c. La intervención legítima o justificada

Se establecen límites al actuar discrecional del Estado, de esta manera toda intervención en la vida privada o familiar deberá estar sujeta a la actuación de órganos competentes y conforme a los procedimientos establecidos por ley. Así lo entiende y señala Daniel O'Donnell al indicar que «Si la injerencia es necesaria para la protección del niño, es legítima, caso contrario, constituye una injerencia arbitraria en la intimidad de la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad» (O'Donnell, 2004, p. 11).

Sobre el particular, el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: «Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.», en este artículo se refiere al derecho a la vida privada del niño, lo que implica que habrá límites en la injerencia o intervención del Estado para la toma de decisiones sobre su vida.

d. Las respuestas tutelar y penal son diferenciadas

En el ámbito tutelar, la intervención del Estado está orientada a restituir el ejercicio de su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en una familia, por tanto internarlo en un Centro de Atención Residencial constituye una medida extrema y temporal. Por otro lado, la intervención en el ámbito penal tiene como finalidad probar la responsabilidad en el hecho ilícito que se imputa y favorecer la reinserción sociofamiliar; además, es necesario indicar que la estrategia de intervención penal juvenil debe considerar la privación de libertad como último recurso. De esta manera los supuestos y la finalidad de intervención, así como los procesos y autoridades, son diferentes en el ámbito tutelar y penal.

El único punto en común entre estos ámbitos es la negación de la priorización de la institucionalización o privación de libertad como salida viable y acorde con la consideración del niño o adolescente como sujeto de derechos.

3. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El gran aporte de la Convención sobre los Derechos del Niño es constituirse en el único tratado de derechos humanos de los niños con efecto vinculante y plantear la corresponsabilidad de la familia y el Estado para dar vigencia a sus derechos. Por lo tanto, se reconoce a la familia como espacio natural idóneo para garantizar su desarrollo integral y se agrega la corresponsabilidad del Estado en fortalecer o suplir a la familia, esto último como medida extrema temporal ante un supuesto de disfuncionalidad de la misma.

Esta normativa internacional es el resultado del cuestionamiento de la naturaleza universal de los derechos humanos, en la medida que los tratados incluían como destinatarios todas las personas sin distinción, pertenecientes al género humano, pero no lograron beneficiar a determinados grupos de individuos por diversidad de motivos, dándose como resultado el requerimiento de proceder a la revisión de los planteamientos del

iusnaturalismo, los cuales postulaban el carácter beneficiario del hombre por su naturaleza humana, es entonces, que se da lugar a la corriente de «generalización-especificación». Sobre el particular, Miguel Cillero sostiene que «[...] es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.» (Cillero, 1999, p. 73).

A nuestro parecer este tema es vital y clave para la especialidad, puesto que se justifica un tratamiento normativo diferenciado cuando reconocemos derechos propios o específicos a la condición jurídica de «niño» o «adolescente».

3.1. Características

Las características de la Convención sobre los Derechos del Niño podemos dividir las en relación a su naturaleza jurídica, a su contenido y a los principios que rigen su aplicación.

a. En cuanto a la naturaleza jurídica

La Convención sobre los Derechos del Niño es una normativa internacional que marca un hito en el tratamiento jurídico de los derechos de los niños y adolescentes, a continuación algunas de sus características.

Tratado de Derechos Humanos de los Niños

El reconocimiento progresivo de los derechos humanos a determinados grupos de personas, surge en la década de los ochenta, como un requerimiento, en la medida que la generalización de los derechos humanos había resultado ser insuficiente y se requiere de una supraprotección o mayor protección por parte del Estado a determinados sectores de la población. Así es entendido por Pérez Luño cuando sostiene que los derechos humanos son «Un conjunto de facultades e instituciones que,

en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional» (Pérez Luño, 1979, pp. 17-18).

De esta manera, en el discurso de los derechos humanos hemos transcurrido de un esquema de «generalización» a otro de «especificación». Con la generalización se buscó eliminar exclusiones injustificadas, es decir se requiere garantizar la universalidad de los derechos humanos, por dicho motivo en los tratados de derechos humanos se enfatiza la no discriminación; a posteriori, al verificarse el impacto real de la aplicación de la normativa en el resguardo de derechos para determinados grupos destinatarios, se exigió la especificación, que refiere a los derechos reconocidos sólo a determinados miembros o grupos de la sociedad, en base a circunstancias particulares o peculiares del titular del derecho. Sobre esto algunos se refieren a la supraprotección o protección adicional. Sobre el particular Miguel Cillero sostiene:

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección. (Cillero, 1999, p. 76).

En consecuencia, para lograr la universalidad de los derechos humanos habría que favorecer a la especificación, es decir fijar la atención en el titular del derecho, que en el caso de los niños y adolescentes se ven obstaculizados por circunstancias sociales, culturales y de desarrollo humano, que afianzan su vulnerabilidad.

Una cuestión fundamental refiere a que la especificación no afecta la vigencia del carácter universal de los derechos humanos, puesto que al referimos a los derechos específicos de los niños y adolescentes, queremos

asegurar que su condición de indefensión no sea una limitante para el ejercicio de los mismos, y de esta manera el principio de universalidad es resguardado al otorgar todos los derechos humanos a los niños, sean éstos los nominados derechos «genéricos» o «específicos».

Es así como el ejercicio de derechos específicos está directamente relacionado al derecho del desarrollo integral, es decir al desarrollo de todo el potencial humano en el niño y adolescente y asimismo, al derecho a su proyecto de vida, tratándose de derechos indivisibles, interdependientes y que se encuentran naturalmente interrelacionados.

Sin embargo, en relación a los niños y adolescentes esta capacidad de obrar es limitada y progresiva, requiriéndose la actuación de los padres como representantes legales hasta la adquisición de la mayoría de edad, momento en el cual se adquiere plenamente la capacidad civil para actuar en el mundo jurídico con autonomía, pero deberá entenderse que esto no limita su condición jurídica de sujetos plenos de derecho.

En ese sentido, corresponde recordar la definición del derecho al desarrollo integral de los niños y adolescentes, que es consignado en el artículo 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al indicarse que: «Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.» Agregando en el artículo 27.2, que los padres son los principales responsables de brindarle las condiciones de vida apropiadas y necesarias para garantizar este derecho.

De esta manera, la justificación jurídica de un tratado de derechos humanos de los niños subyace en los principios de igualdad y de justicia, los cuales pueden sintetizarse en una frase: «el trato igual de los iguales y el trato desigual de los desiguales», en el entendido de que natural y socialmente el niño y el adolescente es distinto al adulto; y el principio de justicia, que está referido a que la respuesta estatal, debe estar de acuerdo a las necesidades de los individuos, transformándolas en derechos exigibles por reflejar la supraprotección por parte del Estado y la familia de la cuales son merecedores.

Conforma el *corpus juris* de protección general de los derechos de los niños

El *corpus juris* del derecho internacional de los derechos de los niños y adolescentes incorpora todos los tratados de derechos humanos en su integridad, a fin de ser utilizados como fuente de derecho al momento de resolver sobre éstos, así como para establecer el contenido y los alcances de las obligaciones estatales al momento de resolver conforme a la normativa peruana. Sobre el particular Daniel O'Donnell señala lo siguiente: «La Convención y su contenido no debe ser analizado como hecho aislado, sino en su contexto, como un aporte a un corpus juris existente, o sea, al derecho internacional de los derechos humanos.» (O'Donnell, 2004, p. 11).

Afirmación que puede ser complementada con lo indicado por Miguel Cillero en los siguientes términos:

[...] los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios —nunca sustitutivos— de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (véase el art. 41 de la Convención). Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general. (Cillero, 1999, p. 72).

De esta manera, es importante destacar que en el siglo XX se produjeron al menos 80 instrumentos internacionales aplicables; entre los especializados podemos mencionar: la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1959); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990). En este mismo círculo de protección del niño figuran también los Convenios 138 y 182, así como la Recomendación 146 de la Organización Internacional del Trabajo, entre otros.

Sobre el particular, resulta interesante lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que señala: «El Tribunal considera que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños, ya que sus derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional [...]» (CIDH, caso Bulacio vs Argentina, supra nota 6, párrafo 133; y caso Villagrán y otros vs Guatemala, supra nota 68, párrafo 188).

Es así como resulta válido y exigible aplicar complementariamente los tratados de los derechos humanos en su integridad, con la finalidad de brindar un mejor mecanismo de protección garantista a los derechos de los niños y adolescentes en la sociedad peruana.

Tiene efecto vinculante

La Convención sobre los derechos del niño, es el primer instrumento internacional con efecto vinculante referido a la temática de los derechos humanos del niño. La antecedieron Declaraciones, tal y como mencionamos anteriormente: la Declaración de Ginebra de 1924 y a la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959. Las Declaraciones son instrumentos internacionales que tiene un débil carácter de obligatoriedad para los Estados, puesto que éstos contienen principios orientadores de mucho valor jurídico para las políticas públicas estatales.

La Convención sobre los Derechos del Niño, tiene una naturaleza jurídica diferente, pertenece al llamado *hardllaw*⁴ debido a su carácter

⁴ En consecuencia, la Convención tiene carácter obligatorio para el Estado peruano desde su ratificación mediante resolución legislativa 25278 del 3 de Agosto de 1990, promulgándose el Código de los Niños y Adolescentes mediante decreto de ley 26102 del 28 de junio de 1993, cuando se encontraba vigente la Constitución de 1979, que en su artículo 101 indicaba que en caso de conflicto entre el Tratado y la Ley prevalecía el primero. La actual Constitución en el artículo 200 otorga rango de Ley, nada dice con respecto a su colisión.

obligatorio, por tanto requiere de un actuar decisivo del Estado para darle vigencia y asegurar su cumplimiento.

Sobre el particular, resulta de utilidad detenernos en el efecto vinculante de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en principio se manifiesta en los sistemas de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, tanto en (i) la jurisdicción constitucional a nivel nacional, en que actúan el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial y (ii) la jurisdicción supranacional, que actúa en el caso peruano mediante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵.

⁵ En relación a la jurisdicción constitucional a nivel nacional, la sentencia del Tribunal Constitucional no sólo es cosa juzgada sino que también produce la cosa interpretada, es decir, constituye una sentencia constitucional vinculante sobre las decisiones judiciales del Poder Judicial. El efecto de la cosa interpretada constitucional es inseparable del valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho. En este sentido, una resolución de dichos tribunales contraria a la realizada por el Tribunal Constitucional, se considerará como violatoria de la Constitución, con todas las consecuencias judiciales y administrativas que ello originaría. Por otro lado, en relación al Poder Judicial, encontramos dos mecanismos para adecuar la normativa a la Constitución Política del Estado Peruano, sea mediante el control difuso o a través del recurso extraordinario de casación, este último permite generar un precedente en relación a la interpretación de la normativa acorde a la norma suprema o al contenido otorgado por los tratados internacionales. De esta manera, podemos indicar que la potestad de administración de justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. Cuando aludimos al control difuso entendemos que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre otra norma de rango inferior, norma que es concordante con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que ordena a los magistrados aplicar el control difuso en caso de «incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley [...]». Cuando se trata de normas de inferior jerarquía rige el mismo principio». Mientras que en la jurisdicción supranacional, la protección y desarrollo de los derechos fundamentales se realiza en base a los tratados de derechos humanos y las sentencias internacionales que incorporen los valores propios de la dignidad del hombre. En base a ello, la actuación judicial debe realizarse en concordancia con la jurisprudencia de la CIDH, en el marco de los tratados internacionales de los derechos humanos que el Perú ha suscrito y se ha comprometido internacional y nacionalmente a darle vigencia.

De esta manera, debemos interpretar que el carácter vinculante de los tratados de derechos humanos, específicamente de la Convención sobre los Derechos del Niño, genera un efecto obligatorio para los Estados ratificantes, sobre el particular identificamos tres obligaciones para su análisis:

(i). Respetar y garantizar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

La razón jurídica del «deber de respetar» consiste en evitar que el Estado y sus agentes transgredan las normas contenidas en este instrumento internacional. Mientras que el «deber de garantizar», implica un rol activo del Estado, caracterizado por la realización de las acciones necesarias para lograr que todos los niños y adolescentes de su jurisdicción sean sujetos de derechos, incluyendo a aquellos que no son ciudadanos del Estado en que residen, bastando en consecuencia que habiten territorialmente en el país, es decir que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado.

La obligación de «no hacer» y «hacer» de los Estados Partes marcan las pautas de su accionar, en la actualidad se discute esta clasificación, en el entendido que siempre implicarán obligaciones de «hacer» para los Estados, sin embargo en el discurso de los derechos humanos se justificó históricamente esta clasificación, en la medida que los derechos humanos políticos y civiles aludían a obligaciones de «no hacer», y los segundos a los derechos humanos económicos, sociales y culturales, que referían a obligaciones de «hacer», y eran conocidos en doctrina como los derechos programáticos.

La obligación de respetar y garantizar los derechos de los niños y adolescentes por los agentes estatales se hace explícita en el artículo 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que señala: «Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna [...]».

(ii). *Adoptar las medidas para hacer efectiva la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño)*

Alude a las obligaciones de «hacer», en base a ello los Estados se obligan a adoptar medidas administrativas, legislativas y de otra índole, para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.

Las leyes internas que se hallen en contradicción con la Convención sobre los Derechos del Niño, dejan de aplicarse en favor del tratado —en su momento fueron las legislaciones de menores— y en base a ello las leyes aprobadas con posterioridad tampoco pueden contradecir sus mandatos⁶ y principios.

De esta forma se cumplen los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), según los cuales, una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento de un tratado y que todo acuerdo internacional en vigor obliga a las partes (*pacta sunt servanda*) y debe ser cumplido por ellas de buena fe (*bona fides*).

Pero el deber del Estado no se agota en el ordenamiento jurídico, se requiere que los Estados Partes cumplan con su obligación de diseñar y ejecutar políticas sociales orientadas a la vigencia de los derechos de los niños y adolescentes. De esta manera, los Estados asumen que el conjunto de los derechos contenidos en este instrumento internacional es lo mínimo exigible y que deben progresivamente reconocer y garantizar más derechos, en aras del trato con dignidad del cual son merecedores.

A fin de efectivizar el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes, se hace necesario por ejemplo la adopción de las medidas que sean necesarias, tal y como se establece en el artículo 2.2 que señala: «Los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean apropiadas para

⁶ Entre las legislaciones que tuvieron vigencia posteriormente a la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño podemos mencionar el Estatuto del Niño y Adolescente del Brasil de 1990, el Código de Menores de Ecuador de 1992 y la Ley Orgánica de Protección del Niño y Adolescente de Venezuela de 1998.

garantizar que el niño sea protegido contra toda forma discriminación [...]» o no ejercicio efectivo de sus derechos.

(iii). Obligación del Estado de cooperar a la Supervisión Internacional (artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

Esta obligación tiene su origen en el principio internacional que obliga a los Estados Partes a cumplir con los Tratados de buena fe, específicamente comprende el deber de brindar información al Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas —que representa a la comunidad internacional—, sobre el cumplimiento de los mandatos contenidos en la Convención. Este informe contiene los avances y retrocesos de los Estados, habiéndose establecido el mecanismo en esta norma internacional, que consiste en la emisión periódica de informes (cada cinco años), recibiendo en respuesta las recomendaciones (artículos 44 y 45 de la Convención). Sobre el particular, hay discusión sobre el carácter vinculante de las recomendaciones, existiendo una tendencia a minimizar su impacto jurídico o vinculante, en resguardo a la soberanía nacional.

Por otro lado, la comunidad internacional como contraparte debe apoyar a los Estados a través de la cooperación y la asistencia internacional, así también ejerciendo presión a nivel político cuando los derechos de los niños y adolescentes no sean respetados en su jurisdicción.

Cuenta con rango constitucional

Bajo la perspectiva de la teoría monista, la Convención sobre los Derechos del Niño es parte de nuestra normativa nacional correspondiéndole un rango constitucional. Sin embargo, la modificación realizada a la Constitución Política del Perú de 1979, la que señalaba: «los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional [...]», son discutidos por un sector de la doctrina, quienes cuestionan que los tratados tengan este rango o jerarquía constitucional.

Nuestra postura es planteada en base a lo indicado en el artículo 57 de la Constitución Política del Perú de 1993, que señala expresamente:

«cuando un tratado internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo», a lo que se añade la «cláusula de los derechos implícitos» conforme a lo indicado en el artículo 3: «la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo relativo de los derechos fundamentales no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

Además, la Constitución indica la manera como debe interpretarse el contenido de los derechos contenidos en este instrumento normativo, señalando en la Cuarta Disposición Final y Transitoria: «las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

Por último, otro argumento a utilizarse, es cuando se aprueba el tratado de derechos humanos sin el requisito del procedimiento agravado de votación para una reforma constitucional, el efecto jurídico es que el tratado sería inconstitucional. Y desde ya podría deducirse su nulidad en sede constitucional.

Es «autoaplicable» o «autoejecutable», de aplicación progresiva y subsidiaria

La autoaplicabilidad o autoejecutabilidad se refiere a la posibilidad que tienen los actores de administración de justicia u otros agentes estatales, de aplicar directamente las disposiciones normativas y principios jurídicos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, sin requerir su tratamiento legal en el derecho interno. Esta característica contribuye al control difuso conforme a la naturaleza jurídica constitucional de los tratados de derechos humanos.

La progresividad, se refiere a la paulatina incorporación de los derechos humanos en el tratamiento del derecho interno de cada país.

De esta manera lo entiende Bidart Campos al sostener que «El Derecho Internacional de los derechos humanos como Derecho mínimo» (Bidart, 1989, p. 441).

Y por último la aplicación subsidiaria implica recurrir a todas las instancias jurisdiccionales internas, antes de accionar los mecanismos internacionales para dar solución a controversias jurídicas en relación al resguardo de derechos humanos.

Finalmente, la Comisión Interamericana ha señalado la importancia de que «los Estados, y en particular los jueces, cumplan con la obligación de aplicar los tratados internacionales, adaptando su legislación, o dictando resoluciones que cumplan con los estándares fijados por los tratados de Derechos Humanos» (CIDH, caso Villagrán Morales y otros vs Guatemala, p. 26).

Tiene carácter limitado de exigibilidad

La Convención sobre los Derechos del Niño carece de un mecanismo efectivo para exigir el cumplimiento inmediato de sus mandatos o para la justiciabilidad ante la comunidad internacional. Sin embargo corresponde sostener que la Corte Interamericana ha indicado la relevancia de este tratado, al señalar que «[...] la Convención sobre los Derechos del Niño debe ser utilizada por los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en la interpretación de todas las normas de la Convención Americana, en aquellos asuntos que involucren a niños, y en particular en lo relativo a la interpretación y aplicación del artículo 19 de la Convención Americana» (CIDH, caso Villagrán Morales y otros vs Guatemala, p. 26).

Es necesario resaltar que el mecanismo de informes periódicos del Estado Parte y las recomendaciones en respuesta remitidas por el Comité de Derechos del Niño no generan una exigibilidad o presión inmediata de la comunidad internacional, en la medida que sólo orientan el accionar estatal, asumiéndose como directrices por los Estados Partes. La explicación de la implantación de este mecanismo débil en la Convención

es debido al resguardo de derechos humanos de diversa naturaleza jurídica, específicamente los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) que refieren a la realización de acciones programáticas para su cumplimiento progresivo.

Por dicho motivo, como estrategia para fortalecer su exigibilidad se hace necesaria la aplicación del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que hace posible denunciar al Estado peruano ante el Sistema Regional de Derechos Humanos. En consecuencia los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño darán contenido al artículo en mención, puesto que alude a la obligación del Estado de prodigar protección al niño.

En relación a los DESC, coincidentemente tratados en los artículos 4 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales y de la Convención sobre los Derechos del Niño, establecen que el resguardo de estos derechos está supeditado a la disponibilidad de recursos económicos por cada Estado Parte. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente:

Los derechos sociales no sólo constituyen obligaciones de hacer de los Estados, sino de toda la sociedad en su conjunto; por ello, se les ha nominado deberes de solidaridad en la doctrina., manifiesto por ejemplo, en el cumplimiento de las obligaciones de los contribuyentes de impuestos. (STC, expediente 2945-2003-AA/TC, fundamento 23).

El Estado no puede eximirse de la falta de recursos para cumplir con sus obligaciones, puesto que la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas (STC, expediente 2945-2003-AA/TC, fundamento 36).

La ejecución presupuestal en las políticas sociales deje de ser vista como un mero gasto y se piense, más bien, en inversión social en aras del cumplimiento de un fin comunitario. Cuando todos los ciudadanos gocen de garantías mínimas de bienestar, podrán realizar

satisfactoriamente sus planes de vida y, por consiguiente, brindar un mejor aporte a la sociedad en su conjunto, lográndose, de este modo, un mayor desarrollo como país (STC, expediente 2945-2003-AA/TC, fundamento 44).

De esta manera, la interpretación del Tribunal Constitucional está referida a que el Estado peruano no está eximido de establecer plazos razonables para dar vigencia a los derechos económicos, sociales y culturales en su jurisdicción, sobre el particular los Planes Nacionales de Acción por la Infancia y Adolescencia, como política pública con rango legal, se constituye en un mecanismo jurídico para lograr su exigibilidad y cumplimiento.

b. En cuanto a su contenido

La Convención sobre los Derechos del Niño, es un instrumento normativo que busca superar la visión de niño como un «sujeto incapaz» para valorarlo como una persona que tiene el ejercicio progresivo o paulatino de sus derechos conforme a criterios objetivos como edad y madurez. Además se les reconoce un importante rol en hacerlos demandables y exigibles, es decir son sujetos activos y participativos en la defensa de sus derechos.

La construcción de una categoría jurídica única «niño»

La Convención sobre los Derechos del Niño se refiere a una sola categoría, la denominada «niño». Esta comprende todos los menores de dieciocho años y aquellos que, en aplicación de la normativa interna del Estado, hubiesen obtenido la mayoría de edad antes de dicha edad.

De esta manera, al referirse únicamente a la categoría jurídica de «niño», se busca erradicar cualquier alusión que genere discriminación como «menor en situación irregular», «menor en estado peligroso», «menor delincuente», entre otros; las cuales fueran consideradas en las legislaciones de menores de la doctrina de la situación irregular y en las Reglas de Beijing.

Sobre el particular, la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido cuestionada por su falta de alusión a otras categorías —como la adolescencia—, lo que podría interpretarse como un tratamiento normativo de carácter igualitario sin distinción, al no incorporar por ejemplo la autodeterminación o autonomía progresiva para el ejercicio de derechos en base a la edad y madurez en las distintas etapas de desarrollo humano. Sin embargo, podemos visualizar en distintos artículos de la Convención la referencia a la potestad del Estado de establecer diferencias para el ejercicio de un derecho o la exigibilidad del cumplimiento de un deber, fundamentalmente en base a criterios etarios, por ejemplo, en la valoración de la opinión del niño, en el ejercicio de su derecho a trabajar y en la atribución de una responsabilidad penal, contemplados en los artículos 12.1, 32.2 y 40.3, respectivamente.

La familia y el Estado como corresponsables

La corresponsabilidad Estado-familia, contenida prioritariamente en el artículo 27.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando refiere a que el Estado debe brindar apoyo a los padres para garantizar el desarrollo integral en sus hijos, es entendida como la triangulación niño-familia-Estado por Daniel O' donell, quien sostiene «El papel de la familia en cuanto co-responsable con el Estado en la realización de algunos de los derechos del niño, trazando los límites de la autoridad paterna y materna frente a la autonomía y el bienestar del niño, y, finalmente, definiendo las responsabilidades del Estado en la tutela de esos límites.» (O'Donnel, 2004, p. 13).

Sólo ante la irresponsabilidad o la imposibilidad de los padres y la familia ampliada, corresponde al Estado la obligación intervenir en el ámbito familiar; esta es una intromisión estatal justificada, por ser en beneficio del niño, teniéndose para dicho efecto en cuenta el principio de necesidad, es decir la intervención debe ser proporcional y justificada en base a cada supuesto concreto materia de análisis.

Otro supuesto de intervención estatal es la exigencia de implementación de políticas públicas cuando ciertos intereses individuales se constituyen en intereses colectivos u homogéneos. De esta manera, el Estado debe cumplir su obligación de implementar las políticas sociales como herramientas para el resguardo de derechos en los niños y adolescentes, y los padres —que no están en posibilidades de brindar a sus hijos los cuidados necesarios de manera autónoma— deberán garantizar que sus hijos se vean beneficiados de dichos servicios. Cuando los padres incumplen este deber, se genera un malestar en la sociedad, esto es explicado por Joseph Goldstein, al llamarlo «juicios sociales generales» (2000a, p. 206), para referirse a la intervención del Estado para exigir a los padres el cumplimiento de sus obligaciones, en la medida que su no acatamiento genera un perjuicio social general, como por ejemplo no resguardar el derecho a la salud de sus hijos utilizando las vacunas gratuitas brindadas por la administración pública para evitar una posible epidemia.

La autoridad parental y sus límites

La Convención sobre los Derechos del Niño alude explícitamente a la obligación de los padres, la familia ampliada y el Estado de prodigar resguardo a los derechos de los niños, y adolescentes (artículo 5.1). La normativa internacional es explícita al determinar que los padres deben asumir prioritariamente las atenciones y decisiones que corresponden al cuidado y atención de sus hijos (incisos 1 y 2 del artículo 18, y los incisos 2 y 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

En la normativa internacional en mención se ratifica la autoridad de los padres para cuidar y proteger a sus hijos; sin embargo, ésta tiene límites al determinarse que la violencia en agravio de los niños puede tener como autores a los propios padres. Sobre el particular, el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga potestad al Estado para separar a los hijos de sus padres cuando esta decisión este sustentada en el interés superior del niño, cuestión similar es lo indicado en el artículo 18.1 de la Convención, al indicarse que la preocupación

fundamental de los padres (o representantes legales), al ocuparse de su crianza y desarrollo, deberá ser velar por su interés superior. Por último el artículo 14.2 de la Convención refiere al derecho de los padres de guiar a los hijos en el ejercicio de sus derechos, por lo cual se le atribuye un rol esencialmente garantista.

Mientras que el artículo 19.1 alude a todas las manifestaciones de maltrato y violencia que puedan suceder en agravio de los niños y adolescentes, aún en el supuesto que éste se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

En base a lo esgrimido, podemos indicar que en la Convención sobre los Derechos del Niño se establecen límites a la autoridad parental con la finalidad de no atribuir derechos absolutos a los padres y que consecuentemente se resguarde la condición de sujetos con derechos en los hijos.

4. PRINCIPIOS JURÍDICOS

Los principios son concepciones que se encuentran implícitas en las leyes, conformando su espíritu o su esencia, en otras palabras, los principios contendrán el fin último o finalidad de la ley. Sobre el particular, Karl Larenz se refiere a los principios indicando que «[...] son los pensamientos directores de una regulación existente [...] no es por sí mismo el mandato sino la base, el criterio o justificación del mandato» (Larenz, 1990, p. 32).

Siguiendo los lineamientos teóricos del autor, es posible identificar una finalidad positiva y otra negativa en los principios jurídicos, con respecto a la primera, consiste en la influencia que tiene sobre la normativa vigente, para su respectiva interpretación y/o aplicación, mientras que el aspecto negativo, está referido a la inaplicación de la normativa que contradice sus postulados. Según Miguel Cillero, los principios «[...] en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.» (Cillero, 1999, p. 77).

A continuación desarrollaremos tres principios jurídicos que tienen vigencia en la especialidad de los derechos de los niños y adolescentes: el niño como sujeto de derechos, el interés superior del niño y no discriminación o integralidad.

4.1. El niño como sujeto de derechos

Principio poco utilizado en las decisiones judiciales, administrativas o de otra índole que se adoptan en relación al niño, muy por el contrario de lo que sucede con el principio del interés superior del niño, que es aplicado sin mayor sustento jurídico.

Sobre el particular se hace necesario indicar que el principio del niño como sujeto de derechos debe ser utilizado al momento de resguardar algún derecho en el niño o adolescente, sea para la defensa o restitución del ejercicio del mismo, o para la implementación de una estrategia de promoción social de sus derechos.

Su sustento constitucional, lo encontramos en la primera parte del artículo 4 de la Constitución Política del Perú, que indica «La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono [...]». En ese sentido deberá entenderse que la protección a la que refiere el artículo en mención, es una protección con una finalidad garantista, es decir para el resguardo de los derechos del niño y adolescente, sobre el particular el Tribunal Constitucional indica que:

[...] teniendo presente el enunciado normativo de este artículo, este Tribunal estima que el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral. (Sentencia del Tribunal Constitucional 1817-2009, fundamento 15).

Aunque podríamos discrepar de la justificación jurídica de la protección, que según el Tribunal Constitucional alude a la vulnerabilidad del niño, sin embargo nos parece fundamental la alusión al principio de especial protección del niño y el involucramiento del Estado, así como la responsabilidad de la familia y la comunidad en su resguardo, en el entendido que la protección es un derecho que garantiza el desarrollo integral del niño o adolescente y el reconocimiento de su etapa de desarrollo, la cual nos plantea la exigencia de una intervención diferenciada para ellos.

En consecuencia, cuando aludimos a la condición del niño como sujeto de derechos ya no enfatizamos en el requerimiento de brindarle protección desde una perspectiva asistencialista o de minusvalía, sino en su condición de persona humana que lo hace destinatario de un respeto y resguardo de sus derechos y por lo tanto la protección a su dignidad.

En ese sentido, es necesaria la atención puesta en los derechos del niño frente al Estado, a la sociedad y también a la familia, en el entendido que el resguardo de los mismos resulta una cuestión prioritaria al momento de justificar la intervención de los agentes estatales en los entornos en los que estos se desenvuelven. Sobre el particular, Pacheco alude al giro de interpretación que produjo la Convención sobre los Derechos del Niño, al sostener: «De la Convención se deriva el abandono del concepto de menor como objeto de decisión, para adoptarse el de niño, niña y adolescente, como sujeto de derecho y obligaciones» (Pacheco, 2001, p. 5). Así también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los niños deben ser entendidos como «titulares de derechos y no sólo objeto de protección» (CIDH, opinión consultiva 17, 28 de agosto del 2002).

La referencia a este cambio de «objeto de protección» a «sujeto de derechos» puede ser entendida en la revalorización social que ha tenido lugar con el niño como un sujeto que tiene un actuar protagónico en la defensa y promoción de sus derechos. De esta manera, será necesario tener en cuenta su participación en todos los espacios en que se desenvuelve, a fin de visualizar su condición de persona y prodigarle un trato

con dignidad. Sobre el particular, Fernandez Sessarego (1990) ayuda a definir la condición de sujeto de derechos al sostener que el ordenamiento jurídico le atribuye derechos y deberes. Mientras que Jesús González Pérez sostiene que «El hombre sólo puede ser sujeto del derecho, nunca objeto. La dignidad postula ineludiblemente la personalidad jurídica, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la atribución de derechos y deberes que le son inherentes y son inviolables» (González, 1986, p. 60).

Sin embargo, el ejercicio de derechos está jurídicamente vinculado a la capacidad jurídica, la cual ha sido distinguida en doctrina, entre la capacidad de goce y la capacidad de obrar (capacidad de ejercicio). La capacidad de goce, es la aptitud potencial de toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, mientras que, la capacidad de obrar es la aptitud para ejercitarlos, no reconocidas a todas las personas por igual, sino bajo ciertas condiciones determinadas por ley.

Asimismo, la capacidad de ejercicio o capacidad de obrar «permite ejercitar en forma personal y directa los derechos subjetivos» (Valencia, 1999, p. 100). Sobre el particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la capacidad de ejercicio de derechos de los niños y adolescentes ha indicado lo siguiente:

La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana (CIDH, opinión consultiva 17, fundamento 41).

A pesar de esta conceptualización de los niños y adolescentes como sujetos incapaces, contenida también en la normativa peruana en los artículos 43 y 44 del Código Civil, esta debe ser sólo relacionada al

requerimiento de otorgarles representantes legales para actuar en el mundo jurídico. Así también, en la necesidad de no atribuirles plena autonomía, sino referirnos a la autonomía progresiva, lo que impacta en el ejercicio paulatino de sus derechos, y no afecta por lo tanto, a su definición de sujetos plenos de derechos, desde el momento que tienen el goce de sus derechos por su condición de persona.

En el caso peruano, aludiendo al ejercicio progresivo de derechos, se atribuye a los adolescentes mayores de catorce años, capacidad para realizar determinados actos jurídicos, como por ejemplo: el reconocimiento de un hijo, reclamar o demandar gastos de embarazo y parto, y demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos (artículo 46 del Código Civil).

Resulta asimismo coincidente, desde una interpretación sistemática de la normativa, que un adolescente a partir de los catorce años pueda obtener autorización para trabajar y pueda juzgársele por haber infringido la ley penal. Sin embargo, el adolescente requiere autorización de sus padres para el ejercicio de su derecho a trabajar y se establece el carácter solidario de la responsabilidad penal del adolescente en relación a los padres (artículos 51 y 198 del Código de los Niños y Adolescentes).

Asimismo es necesario acotar que la mayoría de las restricciones a los incapaces están vinculadas al ejercicio de derechos patrimoniales, es así como el acto jurídico que el menor de 16 años (incapaz absoluto) realice será nulo y el mayor de 16 años (incapaz relativo) será anulable (conforme el inciso 2 del artículo 219 y el inciso 1 del artículo 221 del Código Civil). Esta temática resulta cuestionable, al limitarse la capacidad a los menores de edad para disponer de bienes, cuando teniendo 14 años hayan procedido al reconocimiento voluntario de un hijo o se les haya declarado judicialmente y tengan por lo tanto, los derechos y deberes que derivan del ejercicio de la patria potestad.

Al habernos detenido en la condición jurídica de «persona» (derechos genéricos) del niño y adolescente, es necesario también aludir a su condición de sujeto en crecimiento, formación y desarrollo, a la que

corresponde garantizarle derechos específicos. Sobre el particular, se pronuncia Jorge Valencia al indicar que «[...] las necesidades tan peculiares de este grupo de edad y la necesidad de atender a sus requerimientos con mayor eficacia en razón de la gran importancia que tiene esta etapa en la vida humana, han dado origen a la conceptualización de los derechos específicos» (Valencia, 1999, p. 97).

Sobre el particular, el Código de los Niños y Adolescentes indica en el artículo II del Título preliminar que: «El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma.», lo que debe ser interpretado de manera concordante con el artículo IV del Título Preliminar del mismo, cuando al referirse a la capacidad indica «Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo».

Es así como ambos artículos de la norma especializada refieren a la «protección específica» o «derechos específicos», que aluden a la protección adicional del Estado a los niños y adolescentes en base a su condición de sujeto en desarrollo. En relación al tema existe escasa doctrina que se detenga a señalar los derechos específicos de los niños y adolescentes. Sin embargo podemos hacer una interpretación sistemática que nos permite aludir preliminarmente a alguno de ellos, como por ejemplo, la atención prenatal del concebido (artículo 2 del Código de los Niños y Adolescentes), derecho que se extiende a la madre, tal y como indica el Código de los Niños y Adolescentes, al señalar que: «El presente Código reconoce que la obligación de atención al niño y al adolescente se extiende a la madre y a la familia del mismo.» (artículo VI del Título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes). Así también, el derecho a la lactancia, el derecho a ser inscrito inmediatamente a su nacimiento por sus padres como representantes legales, así como el derecho a la recreación⁷. Sobre el

⁷ Mencionado en el tratamiento del derecho a alimentos, en el artículo 92 del Código de los Niños y en el numeral 34 de la observación general 7.

particular, resulta interesante detenernos en la alusión que ha realizado el Comité de Derecho del Niño de las Naciones Unidas sobre el derecho a la recreación o al juego «[...] El Comité observa que los Estados Partes y otros interesados no han prestado atención suficiente “el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes”. El juego es una de las características más distintivas de la primera infancia».

Así también, se puede referir al derecho específico a vivir, crecer y desarrollarse en una familia de los niños y adolescentes, y a no ser separado de ésta, salvo por circunstancias justificadas en el interés superior del niño⁸. Por otro lado en el derecho de sucesiones resulta interesante verificar que los menores de edad no pueden ser desheredados ni declarados indignos (artículo 748 del Código Civil), que podría entenderse como una manifestación de «protección específica».

Además, como correlato al reconocimiento del niño como sujeto de derechos se da también la visión del niño como un sujeto social, al tratarse de un sujeto activo miembro de la sociedad, cuyas conductas u omisiones van a repercutir en la realidad social en la que vive. Niño o adolescente portador de su propia visión de la realidad que lo aqueja, constituida por su familia, amigos, escuela, entorno socio-comunitario y actor en su historia de vida. Sobre el particular, resulta de suma relevancia el avance consignado en la Constitución venezolana, que en el artículo 78 indica lo siguiente «Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que le conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa [...]».

Esta normativa constitucional incorpora los principios jurídicos de la Convención sobre los Derechos del Niño, que son parte del análisis de

⁸ Recogido en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes.

este capítulo, lo cual refleja el avance importante de la legislación venezolana para el afianzamiento de la doctrina de la protección integral, mientras que la Constitución peruana dista en su precisión de la venezolana. Sin embargo, no debemos olvidar lo afirmado con antelación, en el sentido que la normativa internacional referida a derechos humanos es parte de nuestra normativa nacional bajo el planteamiento de la teoría monista.

Por otro lado, el reconocimiento del derecho a la opinión de los niños y adolescentes es una manifestación de su condición de sujeto de derechos con autonomía y personalidad jurídica propia, al otorgárseles capacidad para impactar en las decisiones que se adopten en relación a ellos y no requerir de sus representantes legales para que opinen en su nombre. Sobre el particular, la Convención sobre los Derechos del Niño brindó un avance significativo en el artículo 12, al consignar que el niño y adolescente tienen el derecho a la opinión, estando su ejercicio supeditado a la condición que éste pueda formarse un juicio propio, siendo valorada su opinión en función de su edad y madurez.

A pesar que hay una exigencia para la valoración del niño en función de su edad y madurez, el Comité de Derechos del Niño establece que no debe existir ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión en la observación general 12 y, además aconseja a los Estados Partes a que no introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan, en la medida que existen estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente⁹.

Este avance en la normativa es innegable. Alessandro Baratta coincide al respecto señalando que «el niño es respetado como portador de una percepción autónoma de sus necesidades, percepción de su situación y de

⁹ Véase Lansdown, G (2005). *The evolving capacities of the child*. Florencia: Centro de Investigaciones Innocenti, UNICEF/Save the Children.

la situación alrededor de él, portador de un pensamiento, una conciencia y una religión.» (Baratta, 2007, p. 43).

4.2. El interés superior del niño

La Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que este principio es regulador de las normas relativas a los derechos del niño, que se fundan en la dignidad de la persona, en las características propias de los niños y en el requerimiento de garantizar su desarrollo, teniendo en cuenta sus potencialidades (CIDH, opinión consultiva 17, fundamento 56).

En los instrumentos internacionales que precedieron la Convención sobre los Derechos del Niño podemos constatar que este principio aparecía de manera incipiente, tal y como sucedió en la Declaración de Ginebra de 1924, en donde se acuñó la frase «los niños primero». Sin embargo, el origen de este principio está contenido en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, al establecerse que las instituciones encargadas de velar por la orientación y educación del niño eran los sujetos obligados a darle cumplimiento, asimismo, se indicaba que el niño debía figurar entre los primeros que recibían protección y socorro, haciéndose referencia implícita a las políticas sociales. Asimismo, se establece una de las frases más significativas en la especialidad, que citamos textualmente: «Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle» (artículos VII y VIII de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959).

Posteriormente, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3.1 le da un contenido más amplio, obligando a las instituciones públicas o privadas de bienestar social, a los tribunales, y a las autoridades administrativas o los órganos legislativos a aplicar el interés superior del niño en las decisiones que adopten (así también ha sido incorporado en los artículos 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la mencionada normativa internacional).

En ese sentido los cambios producidos en el Principio del interés superior del niño, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

a. El carácter obligatorio de su aplicación por el carácter vinculante de la Convención

El principio jurídico del interés superior del niño ha sido incorporado en la Convención sobre los Derechos del Niño, normativa internacional con efecto vinculante, y en consecuencia con carácter obligatorio. Sobre el particular, Miguel Cillero señala que este principio es «[...] una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.» (Cillero, 1999, p. 77).

Asimismo, la importancia de este principio es recogida en otras normativas internacionales, como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que señala «Los Estados Partes [...] asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos, en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial»¹⁰.

Por dicho motivo, el Comité de los Derechos del niño de las Naciones Unidas no ha dudado en proclamarlo «el principio guía de la Convención». De esta manera, los actores de la administración de justicia lo aplican cuando identifican un vacío normativo o la existencia de un conflicto de derechos al buscar brindar solución al caso concreto que conocen.

b. El interés superior del niño se sustenta en la visión del niño como sujeto de derechos

Este principio jurídico es la máxima expresión de la supraprotección o protección específica que se brinda a los niños y adolescentes, en la medida que sus intereses o derechos son jurídicamente protegidos o concebidos como una prioridad, ante el supuesto de un conflicto de sus derechos con terceros.

¹⁰ Esto se encuentra indicado en el artículo 16.1 d, de manera similar en el artículo 16.1 f.

Sobre el particular, conviene precisar la reciente promulgación de la ley 30466¹¹ que lo define con una naturaleza multidimensional al señalar en su artículo 2 que: «[...] es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos».

Asimismo, se ha destacado algunas cuestiones para su aplicación, entre las cuales podemos mencionar:

- El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la ley le otorga.
- La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados.
- La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño.
- Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños.
- La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño.
- La resolución de los procesos y procedimientos sin dilaciones innecesarias.

En relación al tema la Corte Suprema se ha pronunciado dando distintas apreciaciones de su naturaleza jurídica y contenido:

Sumillas

- «El Principio del interés superior del niño, significa que cualquier medida que se tome a nivel público o privado deberá contemplar en primer lugar el cuidado de que no dañe ni ponga en riesgo

¹¹ Publicada el 17 de junio de 2016 en el *Diario Oficial "El Peruano"*.

el cumplimiento de ningún derecho de niñas, niños y adolescentes.» (Casación 4555-2011-TACNA del 06 de septiembre de 2012).

- «Undécimo.- Que, estando a lo glosado precedentemente se advierte que el principio constitucional de protección del interés superior del niño y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4° de la Norma Fundamental, en cuanto establece que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente» (Casación 2341-2011-ICA del 07 de Junio de 2012).
- «Octavo.- Que, al respecto, es de destacar que la justicia especializada en niñez y adolescencia si bien tiene como premisa el resolver un conflicto de intereses en aras de posibilitar la paz social en justicia, dicha finalidad debe alcanzarse bajo un común denominador, el interés superior del niño.» (Casación 1821-2011-LIMA del 03 de mayo de 2012).
- «Cuarto.- [...] el principio de interés superior del niño, el cual puede definirse como [...] el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritualidad sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etcétera, que también influyen en los medios elegibles [...]». (Casación 2885-2009-LA LIBERTAD de 21 de enero de 2010).
- «Noveno: Que dicho principio debe ser entendido como la protección a los derechos del menor ante un conflicto de intereses mediante una razonamiento lógico jurídico que le otorgue certidumbre en el resguardo de su derecho: que este principio debe guardar concordancia con el procedimiento que es de orden

público, esto es, de obligatorio cumplimiento por el Juez y las partes.» (Casación 1729-2001-JUNIN del 06 de diciembre de 2001).

- «[...] este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, solucionando de esta manera, la disociación existente en un caso concreto entre la norma y su administración o realización. Siendo así [...] debe tenerse en cuenta que la calificación del superior en modo alguno implica desconocer los intereses de los otros componentes del grupo familiar, pues los requerimientos del niño deben armonizarse con las necesidades de toda la familia, dentro de una lógica de integración. [...] Se trata de determinar la preeminencia de los derechos de la infancia en su confrontación con otros derechos que pudieran menoscabarlo o desvirtuarlo, o respecto de normas o disposiciones de las que pueda resultar tal situación.» (Casación 4881-2009-AMAZONAS del 05 de abril de 2012).
- «Que sobre el particular debe mencionarse que los artículos IX y X del Código de los Niños y Adolescentes hacen referencia al interés superior del niño y a los procesos de menores con problemas humanos. Se tratan de normas principistas que guían la interpretación del resto del articulado del referido Código y que deben atenderse, tanto por ser dispositivos legales vigentes como porque responden a los Tratados Internacionales suscritos por el país (Convención sobre los Derechos del Niño)». (Casación N° 1961-2012 del 10 de setiembre de 2013).
- Entendido como «[...] la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; intereses y derechos, en este caso, se identifican. Todo «Interés Superior» pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo «declarado derecho»; por su parte, solo lo que es considerado derecho puede ser «interés

superior». Una vez reconocido un amplio catálogo de derechos, no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño». (Casación 3742-2012 del 30 de mayo de 2014).

- «[...] que en los asuntos de orden familiar es posible apelar a la flexibilización procesal dado que lo que se protege es el «interés superior del niño» conforme lo ha señalado el tercer pleno casatorio». (Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 03247-2008-PHC/TC del 14 de agosto de 2008).

En primer lugar, podemos identificar como una cuestión crucial el contenido brindado al artículo 4 de la Constitución Política del Perú que establece como el Estado debe brindar protección al niño o adolescente conforme a lo establecido en el interés superior del niño, es decir, de decidir en todas las instancias lo que más le beneficie o favorezca a éste, de esta manera las medidas adoptadas para su protección garantizarán su desarrollo integral.

Así también, podemos constatar que se alude continuamente a la existencia de un conflicto de derechos en las resoluciones de la Corte Suprema, apelándose a la necesidad de realizar un razonamiento lógico jurídico, mediante un mecanismo no cuestionado y más bien ratificado socialmente, resultando en consecuencia de carácter obligatorio para las autoridades judiciales y los justiciables.

Otras cuestiones importantes, es el reconocimiento de otros intereses además del interés superior del niño, su vinculación con la plena satisfacción de los derechos en el niño y la resolución de los asuntos como un problema humano de éste. Es interesante verificar como la aplicación judicial del interés superior del niño ha variado con el tiempo, inicialmente era la prioridad absoluta del resguardo de los derechos de los niños, en la actualidad se alude a la concordancia con el resguardo de intereses en terceros. Esto también es enfatizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, situación que tendremos oportunidad de revisar más adelante.

c. Es aplicable la regla de ponderación constitucional al momento de resolver

En la Constitución Política del Perú no existen derechos prevalentes, sino que todos los derechos tienen igual jerarquía y nivel de exigibilidad, asimismo no existen los derechos absolutos, puesto que está proscrito todo abuso de derecho en la normativa y doctrina, por lo tanto los derechos, sin distinción alguna, pueden ser limitados en su ejercicio.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el principio indicando: «En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.» (CIDH, opinión consultiva 17, fundamento 65).

En ese sentido es necesario que al momento del análisis del caso concreto podamos realizar tres juicios para su solución:

Aplicación del interés superior del niño Ponderación de derechos	
Juicio de adecuación	Solución ajustada a la finalidad de la Constitución como norma suprema.
Juicio de necesidad	Ausencia de una solución más efectiva y adecuada.
Juicio de proporcionalidad y razonabilidad	Los límites a derechos ser adecuados al fin constitucional perseguido.

A fin de favorecer al entendimiento de la aplicación del principio del interés superior del niño, podemos sugerir un caso de maltrato intrafamiliar de un niño, en que su padre es consumidor de alcohol y su madre sumisa ante el padre, no asume un rol de defensa del niño.

Juicio de adecuación

La solución al caso deberá plantearse conforme al contenido de la Constitución Política del Perú, debiendo adecuarse y no trasgredir la norma suprema.

En base al juicio de adecuación, verificamos que el derecho que buscamos realzar o brindar prioridad es el derecho a la integridad que está contemplado en el artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú y en el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Juicio de necesidad

De conformidad con este juicio, será necesario verificar que la solución planteada se constituya en la única viable, o en todo caso sea la más idónea para concretar la protección garantista del niño, verificándose que la medida a aplicarse es la menos restrictiva de derechos que otras medidas igualmente eficaces.

Continuando con el análisis de nuestro ejemplo verificamos que la solución menos lesiva para el caso concreto, una vez probado el maltrato y encontrándose el niño en un ambiente familiar no protector, será que éste sea retirado de su entorno familiar inmediato y colocado en acogimiento familiar o en un albergue (Centro de Atención Residencial), pues no existe otra alternativa para el caso materia de análisis.

Juicio de proporcionalidad y razonabilidad

Este juicio permite que la solución legal afecte al mínimo el ejercicio de un derecho y tendrá un carácter temporal.

Una cuestión a considerar en la solución al caso planteado es verificar si el niño maltratado cuenta con familia o con una persona idónea que pueda asumir su tutela. En caso de corroborarse esto no corresponde remitirlo a una institución pública o privada para que asuma su tutela. De esta manera, la proporcionalidad o razonabilidad de la medida, deberá valorar las opciones existentes para brindar protección al niño, aplicándose aquella medida que restrinja en menor medida sus derechos.

Propugna el ejercicio integral de derechos de los niños y adolescentes

En la resolución judicial, se requiere de un análisis integral para privilegiarse aquella solución que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de éstos.

Así, en el ejemplo materia de análisis el resguardo del derecho a la integridad implica además garantizar el derecho al desarrollo integral, proyecto de vida, entre otros. En otras palabras, por su naturaleza jurídica el derecho a la integridad tiene mayor conexidad con otros derechos. Asimismo, el carácter fundamental de su vigencia está relacionado a garantizar el derecho al desarrollo integral de los niños y adolescentes, que comprende la dimensión física, moral, espiritual, mental, cultural y social.

Por otro lado, se señala que la opinión del niño y adolescente es un criterio sustancial para dar vigencia al interés superior del niño (artículo 8 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela), agregándose el equilibrio entre los derechos, garantías y deberes de éstos, así como las exigencias del bien común. Queda evidenciada la relación conexas entre el Principio Jurídico del interés superior del niño y el Derecho a la Opinión, que ha sido asimismo establecido por el Comité de Derechos del Niño:

No existe tensión entre los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida (Comité de derechos del niño, observación 12, fundamento 74).

5. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

En la normativa internacional de derechos humanos se pone un importante énfasis en este principio, definiéndolo en la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965) como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia [...] que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública, es decir produce un efecto negativo para el ejercicio de derechos.»¹², así como en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), al sostener que la discriminación «[...] denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer [...] de los derechos humanos y las libertades fundamentales [...]».

Ambas definiciones contenidas en los mencionados tratados de derechos humanos aluden a la dificultad del ejercicio de derechos en las personas, es decir el trato desigual recibido tiene un efecto directo en la dificultad de brindar un trato con dignidad, que tiene una relevancia sustancial en su consideración de sujeto de derechos.

Por su parte, el artículo 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño alude a condiciones o situaciones que podrían originar discriminación, mientras que el artículo 2.2 señala que «Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación [...]», reforzando la supraprotección del Estado frente a circunstancias difíciles que padezcan los niños, así lo reitera el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño «[...] en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles, esos niños necesitan especial consideración».

¹² Artículo 1 de la Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial.

En el entendido que «niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles» son aquellos que sus derechos son menoscabados o que no se tienen en cuenta, afectando su desarrollo integral e inserción, o su integración social para la construcción de su ciudadanía. Sobre el particular el Comité de Derechos del Niño realiza un énfasis en situaciones originadas en la primera infancia y que originan discriminación como: niños con discapacidad, niños infectados o afectados por el VIH/SIDA, niños nacidos fuera del matrimonio en circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales, así también cuando los padres son refugiados o demandantes de asilo. Se alude a la discriminación múltiple cuando hay varias situaciones que originan discriminación, sea por su origen étnico, situación social y cultural, sexo o discapacidades. Por otro lado y de manera complementaria, el Comité sobre los derechos del Niño, señala a la pobreza como la principal causa del ejercicio desigual de los derechos por los niños y adolescentes, se agrega como una preocupación la distribución de riqueza desigual que existen en los Estados, y que se manifiesta en las zonas rurales y también en los niños pertenecientes a minorías o comunidades indígenas. De esta manera ha sido entendido por el Tribunal Constitucional peruano al indicar que: «Este principio determina que todos los niños que entren en colisión con la ley penal deben ser tratados de forma igualitaria e independiente de su condición racial, sexual, cultural o social» (fundamento 1.a de la sentencia del expediente 03247-2008-PHC/TC).

Es así como Daniel O'Donnell (2004) señala que este principio consagrado en el artículo 2 refiere a la prohibición explícita de la discriminación, tal y como sucede en todos los tratados de derechos humanos. Sólo dos cuestiones ameritan detenernos: la prohibición expresa de la discriminación basada en el origen étnico de la persona y la discriminación fundada en las características de sus padres o tutores, de esta manera el artículo en mención amplía los supuestos para la protección del niño.

En consecuencia, este principio debe entenderse y aplicarse en dos sentidos, el primero consiste en garantizar el resguardo de todos los derechos para todos los niños y adolescentes sin distinción alguna (carácter positivo de acción), y el segundo refiere a que no importa la condición de los niños, no se puede justificar un trato distinto sin un motivo razonable y justificado (carácter negativo de abstención). Así lo entiende la Corte Europea de Derechos Humanos en una serie de pronunciamientos señalando que sólo es discriminatoria una distinción cuando «carece de justificación objetiva y razonable»¹³.

Asimismo, la igualdad no implica un trato idéntico, puesto que ésta se lesiona cuando la distinción no tiene justificación, es decir puede legitimarse un trato diferenciado cuando existen circunstancias que lo requieran, a fin de brindar protección específica a quien por diversas circunstancias no logran el ejercicio efectivo de sus derechos para su realización o desarrollo de su potencial humano. De esta manera, «El Principio de no discriminación no se opone a una acción positiva, a una diferenciación legítima en el trato individual de cada niño [...]» (UNICEF, 2004, p. 19), que podría tener lugar por las circunstancias difíciles que atraviesan los niños antes mencionados.

Por lo tanto, los niños y adolescentes son destinatarios de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consignados en la Convención sobre los Derechos del Niño, diferenciándose de los tratados precedentes en que estos derechos se encontraban diferenciados, esto debido a su diversa naturaleza jurídica. Al aludirse que el niño tiene el goce de derechos de distinta naturaleza jurídica, se plasma en la normativa internacional la indivisibilidad o interdependencia de los derechos

¹³ Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, para. 39; Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, para. 42; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., Case «relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 34.

humanos, garantizando con ello, su derecho al desarrollo integral, antes mencionado.

Además, la Convención sobre los derechos del niño, desterró las diferenciaciones vigentes en las legislaciones de menores y creó una categoría jurídica denominada «niño», comprendiendo como destinatarios a todas aquellas personas que no han alcanzado la mayoría de edad. Sobre el particular, en la normativa peruana se crea dos categorías jurídicas en base criterios etarios: «niño» y «adolescente». Será niño el concebido hasta cumplir los doce años y adolescente el mayor de doce años hasta cumplir la mayoría de edad. La distinción está establecida fundamentalmente para la mayor atribución del ejercicio autónomo de derechos —sin representante legal— y la exigibilidad en el cumplimiento de deberes y obligaciones.

Este principio también está contenido en la normativa peruana —artículo V del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes—, agregándose la obligación del accionar estatal a favor de propiciar una igualdad de oportunidades. Sobre el particular el artículo III del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes señala que: «Para la interpretación y aplicación de este Código se deberá considerar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a que tiene derecho todo niño y adolescente sin distinción de sexo.»

Una cuestión adicional importante es la perspectiva de género, puesto que la diferencia de sexo históricamente ha originado distintas percepciones culturales sobre los roles asignados a la mujer y al varón. Sobre esto «El Comité insta a los Estados Partes a que presten especial atención al derecho de la niña a ser escuchada, recibir apoyo, si lo necesita, para expresar su opinión y para que esta se tenga debidamente en cuenta, dado que los estereotipos de género y los valores patriarcales perjudican e imponen graves limitaciones a las niñas en el disfrute del derecho enunciado en el artículo 12.» (Comité de derechos del niño, observación general 12, fundamento 77).

Asimismo, el Comité recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la eliminación de todas las

formas de discriminación contra la mujer «se complementan y refuerzan mutuamente» y recomienda que sean utilizadas para promover y proteger los derechos fundamentales de las niñas y mujeres y eliminar de raíz la desigualdad y la discriminación (UNICEF, 2004, p. 28).

Finalmente, el Comité de Derechos del Niño, al pronunciarse sobre la primera infancia, señala el derecho a la no discriminación de la niña, que afecta su supervivencia, limitando las esferas de su vida, y su capacidad de realizar una contribución positiva a la sociedad. Agregando que a veces se espera que las niñas asuman responsabilidades familiares excesivas y se les priva de oportunidades para beneficiarse de educación tanto en la primera infancia, como para la educación básica (Comité de derechos del niño, observación general 7, fundamento 4).

6. PREGUNTAS

1. ¿Cómo puede ser superada la dificultad del carácter limitado de exigibilidad de la Convención sobre los Derechos del Niño?
2. Explique en qué se diferencian el principio jurídico del niño como sujeto de derechos y del interés superior del niño. Brinde un ejemplo en cada caso.
3. Señale en qué consisten los derechos específicos de los niños, niñas y adolescentes. Brinde dos ejemplos.

CAPÍTULO 2

EL DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD DEL NIÑO

La calidad de vida para el desarrollo integral

1. EN RELACIÓN AL DERECHO A LA VIDA DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Los derechos a la vida (que implican calidad de vida) y a la integridad del niño y adolescente son derechos que implícitamente se relacionan al derecho al desarrollo integral, esto resulta fundamental cuando aludimos a una etapa de desarrollo humano que impacta en las subsiguientes y que constituye la construcción de personalidad en el individuo.

En la redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño, los representantes de las Naciones Unidas plantearon como debate: ¿desde cuándo se protege la vida?, cuestión que iba aparejada con otra pregunta, ¿desde cuándo se establece la condición jurídica de niño? Esta segunda pregunta resultaba fundamental para dar respuesta a la primera, puesto que definiendo la categoría jurídica de «niño» se reconoce la obligación de los Estados en relación a la defensa del derecho a la vida.

En base a ello, se otorgó facultad a los Estados para determinar, según su propia orientación jurídica, desde cuando se protegía el derecho a la vida, esto como estrategia para lograr el máximo de Estados ratificantes de la Convención, en la medida que existían distintas posturas y planteamientos sobre la temática.

Es así como se suscitaron diversidad de opiniones para establecer desde cuando se iniciaba la condición de «niño», ¿desde la concepción o desde

su nacimiento? Este tema originó muchos debates, puesto que el artículo 6 de la mencionada norma internacional señala «Los Estados reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida».

A fin de salvar diferencias entre posturas opuestas, entre los países católicos e islámicos y los países socialistas, nórdicos y asiáticos, en el artículo 1 de la Convención se establece que «para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad», donde no se señala de manera expresa si se considera niño al concebido. Sin embargo, es necesario precisar que “los textos preparatorios dejan constancia que el texto final del artículo primero tiene el propósito de evitar incompatibilidad entre la Convención y la legislación nacional en cuanto a los eventuales derechos del niño antes del nacimiento» (O’Donnel, 2004, p. 5).

Paralelamente se indica en el Preámbulo de la Convención, a propuesta de la Santa Sede, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 con la referencia «teniendo presente», y se hace referencia que «el niño, por su falta de madurez, física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*» (resaltado nuestro), en donde se busca afirmar que el concebido es niño y por lo tanto tiene derecho a la vida y a la protección que le corresponde en razón de su mayor vulnerabilidad.

1.1. Componente genérico

La definición tradicional del derecho a la vida, es recogida por Víctor García Toma, entendido como «el atributo natural por excelencia, por cuanto de su reconocimiento depende la realización de los demás derechos o libertades.» (García Toma, 2001, p. 20). Así también fue entendido en el Caso Villagrán Morales y otros, donde en el fundamento 139 se indicó:

[...] la Comisión destacó las características de *ius cogens* del derecho a la vida y el hecho de que constituye la base esencial del ejercicio de los demás derechos. La Comisión señaló que el cumplimiento del artículo 4 relacionado con el artículo 1.1 de la Convención, no sólo

presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva).

Así es entendido en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona» y por su parte, el artículo 6.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, se indica «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente».

Por su parte, en el artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú, se establece que «Toda persona tiene derecho a la vida», colocado este derecho con prioridad o encabezando el listado de los derechos fundamentales, en el artículo en mención.

1.2. Componente específico

Si bien es cierto que la totalidad de los tratados de derechos humanos aluden en términos generales al derecho a la vida, podemos identificar dos normativas internacionales que se refieren de forma específica a la abstención de los agentes estatales, que, además de la Convención sobre los Derechos del Niño, agregan directamente la protección del «concebido» o vinculan su trasgresión a la prohibición de generar vida en un grupo humano.¹

Sobre el particular, el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente».

¹ Por otro lado, lo indicado en el literal d del artículo 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que refiere al genocidio como aquellas medidas «[...] destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo».

Asimismo en el numeral 5 del artículo 4 de la mencionada normativa internacional, se indica que no se puede aplicar la pena de muerte a mujeres en estado de gravidez, en la medida que la vida de la madre implica la vida del concebido, en consecuencia se debe suspender su ejecución hasta el nacimiento del niño que lleva en su vientre. Esto responde al requerimiento de individualizar la vida del concebido en relación a la madre.

Es así como resulta de utilidad fundamental poder constatar como el sistema regional de protección de los derechos humanos alude al concebido, brindándole protección a la vida de manera explícita, cuestión que debe ser leída, interpretada y aplicada de manera sistemática con la Convención sobre los Derechos del Niño, debido a la vigencia de un *corpus juris* articulado de protección al niño.

Sobre el particular resulta interesante indicar que: «La autonomía e independencia genética del concebido en relación con la madre se ha evidenciado plenamente en tiempos recientes a través de experiencias biomédicas que han logrado, como es sabido, generar vida humana fuera del seno materno». (Sánchez Barragan, 2010, p. 71).

Sin embargo, el Estado peruano, al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, asumió la obligación de señalar los sujetos destinatarios de esta normativa. Ha indicado en el Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes que «Se considera niño a todo ser humano desde su concepción», y agregó en el artículo 1 que «El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción [...]». Además, para la atribución de paternidad en el Código Civil se señala que la concepción se inicia jurídicamente dentro de los primeros 121 días de los 300 anteriores al parto².

De esta manera, la legislación peruana brinda la categoría jurídica de «niño» al «concebido», haciéndolo destinatario de los principios y derechos

² Al establecerse en el numeral 2 del artículo 363 del Código Civil que el marido de la madre podrá desvirtuar la presunción *pater est* cuando «[...] sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintidós días de los trescientos anteriores al nacimiento del hijo».

que inspiran la doctrina de la protección integral, contando con su ejercicio mediante la representación legal de sus progenitores. Como ejemplo podemos señalar en relación al contenido de los alimentos, que incluyen «También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.» (artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes).

A partir de la conceptualización jurídica del «concebido» como «niño», cabe plantearse la pregunta que se formuló el Tribunal Constitucional al momento de analizar el caso del anticonceptivo oral de emergencia (AOE): ¿la concepción se produce en la fecundación o en la anidación (también llamada implantación)?

En nuestra legislación el bien jurídico de la vida es protegido desde la concepción, tal y como se desprende de la tipificación del aborto como delito. En esa medida el aborto es penalizado, tanto a la mujer que se lo aplica voluntariamente y al médico que lo practica. Esto debido a que en el caso peruano el artículo 2.1 de la Constitución Política señala que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece y por lo tanto el derecho a la vida ha sido establecido desde la concepción.

Asimismo, la consideración del concebido como niño ha dado origen a normativa especializada en la temática. Sobre el particular, podemos afirmar que el concebido es titular de derechos específicos, y que por lo tanto, se le otorga una protección específica bajo el análisis de la condición natural de indefensión de esta etapa de desarrollo humano intrauterino en la madre, sobre el particular tenemos al respecto lo afirmado por Gustavo Feldman al referirse al aborto como «[...] toda interrupción provocada del embarazo que implica la muerte del feto; es decir la destrucción de la vida intrauterina [...] el término feto prescinde del grado de madurez o viabilidad del mismo, aludiendo al producto de la concepción con independencia del tiempo de la gestación [...]» (Feldman, 1998, p. 46).

Cuestiones de interés para analizar: (i) interrupción de la vida intrauterina y (ii) la homogeneidad en el tratamiento del feto, sin importar el tiempo de gestación de la madre. Ambos hacen referencia a una vida independiente en el vientre materno.

Otro tema de importancia refiere al derecho a la calidad de vida del niño o adolescente que no está contemplado explícitamente en la normativa peruana, pero que se encuentra relacionado al derecho al desarrollo integral y nos plantea en consecuencia una conexidad entre los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sobre el particular, en el artículo 6.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que está referido al derecho a la vida, se alude a la calidad de vida en los siguientes términos: «Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.», así como el derecho al bienestar. Igualmente lo entiende la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando señala «[...] el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana. [...] El proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino.» (CIDH, caso Villagrán y otros vs Guatemala. Voto en discordia del Voto concurrente conjunto de los jueces A.A Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, fundamento 8).

Esta capacidad para optar sobre el propio destino ha sido enfatizada por Amartya Sen, quien señala que la falta de libertad influye directamente en el desarrollo de las personas, así por ejemplo quienes sufren hambre y desnutrición, carecen de libertad para optar en la elección de un proyecto de vida.

Carlos Fernández Sessarego, profundizando lo indicado por Amartya Sen, se pronuncia sobre el proyecto de vida, que alude a la capacidad de elección sobre varios proyectos u opciones por el individuo:

«Para proyectar se debe decidir. Decidir supone elegir un determinado proyecto, descartando al mismo tiempo otros proyectos alternativos dentro del inmenso abanico de posibilidades que se le presentan al ser humano en un momento dado de su historia personal. Decidir es, por ello, escoger o elegir entre diversas posibilidades para formular

“un proyecto de vida”: lo que se decide ser en el futuro. Sólo puede elegir quien es ontológicamente libre.» (Fernández, 2012, p. 5).

Por otro lado, el derecho a un proyecto de vida requiere de tres componentes: (i) la libertad, relacionada al poder de decisión en relación al mismo; (ii) la coexistencia, en la medida que requiere de los demás para hacerla realizable; y (iii) la temporalidad, es decir, ubicado en el tiempo, en función de su pasado y de lo que será su futuro (su proyección de vida) (Fernández Sessarego, 2003). Si verificamos que existe un componente intrínseco a la libertad —el cual es la capacidad y la oportunidad de optar—, cuando disminuimos el desarrollo de su potencial en la persona estamos afectando aquello a lo que ésta pudiera aspirar lograr, puesto que la agresión de la cual es víctima afecta su autoconcepto en la construcción de su identidad, lo que tiene especial relevancia como efecto sustancial en la niñez y adolescencia como etapas evolutivas de desarrollo humano.

a. En relación al inicio de la vida

Sobre el inicio de la vida, Juan Morales Godo (2005) recoge tres teorías en relación a la materia de análisis: la teoría de la concepción, la teoría de la anidación y la teoría de la conformación del sistema nervioso central. Este es un tema fundamental para el cumplimiento del compromiso internacional de establecer en la normativa nacional desde cuando se protege el derecho a la vida en el niño.

Teoría de la concepción³

Sólo por la fecundación del óvulo por el espermatozoide se da origen a un ser de naturaleza humana. El desarrollo del individuo se inicia con el momento de la concepción, cuando el concebido tiene incorporada toda

³ Entre los principales ponentes de esta teoría encontramos a Marcial Rubio Correa, Carlos Fernández Sessarego y Enrique Varsi Rospigliosi, juristas y especialistas en derecho constitucional, derecho civil y derecho genético, respectivamente.

la información genética que necesita y que determina sus características físicas. Su corazón comienza a latir entre los 18 a 25 días, mientras que la base del sistema nervioso sucede alrededor de los 20 días, así también a los 42 días el esqueleto está completo y se suceden los reflejos. A los 45 días se puede registrar los impulsos eléctricos de su cerebro. De esta manera permanece al interior de la madre, desarrollándose continuamente y mostrando su autonomía en relación a la madre.

Lo importante es que el ser humano ya inició su ciclo de vida —en término de la probabilidad de una proyección a futuro de su desarrollo—, encontrándose en una etapa de crecimiento y formación, propia y distinta de las demás que sucederán.

Esta postura considera que toda la información constitutiva del nuevo ser ya está contenida en esa primera y única célula, un nuevo ser humano único e irreplicable, que surge de la unión de los 23 cromosomas femeninos con los 23 masculinos. Es un ser humano en una etapa inicial y en proceso de desarrollo, pero ello no debe implicar que se le condicione o niegue la titularidad de los derechos que surgen de su propia naturaleza, menos aún el de la vida, que es el presupuesto para el goce de todos los demás (sentencia del expediente 02005-2009-PA/TC, fundamento 23).

Asimismo, resulta de interés lo señalado por Díaz Muñoz cuando genera reflexión en torno al artículo 18 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Consejo de Europa, 4 de abril de 1997), el cual refiere a la protección de los embriones de experimentos, concluyendo que si los embriones fueran solo células no serían protegidos por el derecho o sujetos de tutela jurídica. Y por último, se recoge el aporte de Zannoni (1978), quien afirma que el descarte de embriones constituye, se mire por donde se mire, una forma de destrucción de la vida humana, genéticamente perfecta.

Por último, esta teoría ha sido recogida en el sistema normativo peruano, sobre el particular corresponde señalar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional — sentencia del Tribunal Constitucional 02005-

2009-PA/TC del 16 de octubre de 2009—, cuando analizó la temática de la píldora del día siguiente, que concluyó con la solicitud al Ministerio de Salud (MINSa) de dejar de distribuirla por considerar que tenía una acción abortiva en la medida que no permitía la implantación del embrión en el útero, atentando por lo tanto contra el artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política del Perú⁴.

Luego de situarnos frente a las distintas teorías en relación al inicio del derecho a la vida, el Tribunal recoge el principio *pro homine*, que es igualmente aplicable para los casos de los derechos de los niños y adolescentes, y que refiere a preferir aquella solución que garantice en mayor medida los derechos humanos (sentencia del Tribunal Constitucional 02005-2009-PA/TC, fundamento 38). De esta manera, se señala que la anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, más no constituye su inicio.

Concluyendo el Tribunal Constitucional que si desde la fecundación existe un nuevo ser, la acción que impide su implantación en el útero y por lo tanto, su muerte, es una vulneración del derecho a la vida, su pronunciamiento responde a que los efectos declarados científicamente del AOE —conocido como la «píldora del día siguiente»— son los siguientes: (i) inhibición de la ovulación (efecto anovulatorio), (ii) la modificación de la textura del moco cervical, impidiendo la libre movilidad de los espermatozoides y (iii) impide la implantación del embrión en el útero, mediante la alteración del endometrio. A fin de dar sustento jurídico a su decisión, aplicó el principio de interpretación de los derechos humanos

⁴ Ver Díaz Muñoz, Oscar (2010) “La Vida del Concebido ante el Tribunal Constitucional” en *La Persona en el Derecho Peruano: Un Análisis Jurídico Contemporáneo*, Lima: USAT. Este artículo nos sitúa en una postura coincidente en América al determinar que Costa Rica (2000) declaró inconstitucional la práctica de fecundación in vitro, afirmando que en la misma línea se encuentran los Tribunales Constitucionales de Argentina (2002), Ecuador (2006) y Chile (2008), tribunales que utilizaron el principio *pro homine* y que se pronunciaron en contra del AOE, en la medida que defendieron el derecho a la vida desde la fecundación.

«precautorio»⁵ y asimismo se pronunció sobre la «inversión de la carga de la prueba», entendiendo que los promotores de esta medicación deberían haber defendido su prescripción.

Teoría de la anidación⁶

El ser humano tiene su comienzo con la anidación del óvulo fecundado en la parte inferior del útero materno. Se inicia al sétimo día y culmina a los catorce días de la fecundación. El cigoto ya transformado en blastocito empieza a adherirse al endometrio y con la hormona llamada gonadotropina coriónica humana (HCG), que se secretada por el blastocito a través de la sangre, el cuerpo materno advierte que se desarrolla un nuevo individuo e impide que se origine una nueva ovulación.

Antes de los catorce días hay vida humana, pero no ser humano. Sobre el particular resulta de utilidad lo indicado por Jorge Scala al afirmar que:

Si la vida comenzara con la anidación, los científicos deberían responder racionalmente a estas dos preguntas: ¿qué clase de ser vivo es ese ser humano que se humaniza con solo anidar?, y ¿cómo sería ese proceso por el cual un ser humano, se humanizaría con solo implantarse en el útero femenino? Como la respuesta a ambas preguntas no existe queda claro que la hipótesis del comienzo de la vida humana en la anidación, es una hipótesis ideológica o «mágica» contraria a la ciencia (Scala, 2007, p. 90).

Sin embargo, otras miradas nos plantean que las estadísticas demuestran las alta probabilidad que el huevo o cigoto no llegue a anidarse

⁵ Este principio fue aplicado por el Tribunal Constitucional, siendo interpretado en el caso materia de análisis, como la autoridad para prohibir una actividad, proceso o producto fabricado por el hombre, por la falta de certeza científica sobre sus efectos, por no encontrarse garantizada su inocuidad para los derechos humanos, especialmente sobre la salud, vida y medio ambiente del concebido (fundamentos 47 y 48 de la sentencia del Tribunal Constitucional N°02005-2009-PA/TC).

⁶ De Luis Bramont-Arias Torres, Raúl Peña Cabrera, Luis Roy Freire, Felipe Villavicencio Terreros y José Hurtado Pozo, juristas reconocidos en el ámbito penal.

en el útero, asimismo, se afirma que en este momento se produce la unicidad y la unidad. Recién entonces descubriremos si hablamos de dos seres humanos o de uno y de la existencia de una más certera proyección de vida a futuro (Morales Godo, 2005).

En respaldo de esta teoría se planteó una medida cautelar ante el Poder Judicial en julio de 2014, amparándose en la discriminación que tenía lugar a las mujeres que no podrían adquirir el AOE de manera privada. La acción de amparo, presentada por Violeta Cristina Gómez, tenía como objetivo que el MINSA distribuya el AOE en los centros de salud públicos. El Primer Juzgado Constitucional de Lima determinó una medida cautelar a favor de la entrega gratuita del AOE en los centros de salud públicos del país. Se fijó un plazo de treinta días para redistribuir este fármaco en todos los centros de salud a nivel nacional.

Uno de los argumentos que sustentan su recurso judicial es la vulnerabilidad patente en las mujeres más pobres, quienes viven en las zonas declaradas en emergencia por el virus del zika.

Además, el Poder Judicial se basa en lo resuelto por la CIDH en el caso *Artavia vs Costa Rica* (2014), donde se establece que el inicio de la vida se da cuando un óvulo fecundado se anida en el útero. A partir de esto, el Primer Juzgado Constitucional establece que el AOE no tendría un efecto abortivo ni afectaría la concepción.

En relación al caso *Artavia vs Costa Rica*, el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las afectaciones generadas a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la fecundación in vitro. La Corte se refirió a la variación que ha sufrido la «concepción» desde su redacción en la Convención Americana de Derechos Humanos, aludiendo a un contexto científico actual. Se entiende la «concepción» como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero, «que permite la conexión con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión». La Corte resalta que hay dos momentos en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación, y que

al cumplirse el segundo momento concluye el ciclo de la concepción, puesto que «[...] si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas». Finalmente, la Corte entendió que el término «concepción» no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede (CIDH, caso *Artavia vs Costa Rica*, fundamento 3.1).

Teoría de la formación del sistema nervioso central

Plantea que el ser humano tiene origen, cuando se produce la instalación de la carga genética en el sistema nervioso central, haciendo a este ser único e irreplicable, situación que tiene su origen a las ocho semanas desde la fecundación. Esta teoría está directamente relacionada con el término de la vida, que se encuentra relacionada a la muerte cerebral, recogida en la Ley General de Salud⁷.

Caso Karen Llantoy

Un tema que ha generado polémica es la situación de los niños anencefálicos que fuera revisada en el Dictamen del Comité de Derechos Humanos⁸ emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹, en el caso de Karen Noelia Llantoy Huamán, cuando contaba con 17 años de edad, quien al interponer la acción, aludió a una interferencia arbitraria en su vida privada. Estos hechos sucedieron en julio del 2001.

Ante la decisión de interrumpir el embarazo mediante el legrado uterino, luego que fuera informada por su médico tratante de la anomalía que sufría el feto y los riesgos contra su vida de continuar el embarazo, el director del hospital Arzobispo Loayza se negó a practicarle el aborto,

⁷ Ley 26842, publicada en el *Diario Oficial "El Peruano"* el 20 de julio de 1997.

⁸ 85 periodo de Sesiones respecto de la Comunicación 1153/2003.

⁹ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigencia para el Perú el 03 de octubre de 1980.

que según lo indicado por la denunciante y recogido por el Comité de Derechos Humanos «[...] no permitió el aborto terapéutico permitido por ley por el Estado Parte, por considerar que no era un aborto de tales características sino que sería un aborto voluntario e infundado reprimido en el Código Penal».

Por su parte Karen obtuvo un informe de un médico psiquiatra, quien certificó que se ha contribuido significativamente a desencadenar un cuadro de depresión con severas repercusiones para el desarrollo de la adolescente y para la futura salud mental de la adolescente.

Entre los argumentos esgrimidos por la adolescente autora, se señala que «[...]debido a la negativa de las autoridades médicas a efectuar el aborto terapéutico, tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo. Esta fue una experiencia que sumo más dolor y angustia a la ya acumulada durante el periodo que estuvo obligada a continuar el embarazo» (fundamento 6.3 del dictamen emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Además la autora indicó que el centro de salud realizó una interpretación restrictiva del artículo 119 del Código Penal, señalando que no hay nada en la ley que aluda a que el aborto terapéutico deba aplicarse en casos de peligro para la salud física, originándose que se divida el concepto de salud, transgrediéndose el principio jurídico que no corresponde distinguir donde la ley no distingue. Indica que la salud es «un estado completo bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de dolencias o enfermedades», de esta manera postula que el Código Penal, cuando alude a salud, lo hace en «sentido amplio o integral» protegiendo en el caso, tanto la salud física como mental en la madre.

De esta manera, el Comité de Derechos Humanos en aplicación del Protocolo Facultativo señala que toma nota que el Estado peruano no tenga ningún procedimiento administrativo para interrumpir el embarazo con aborto terapéutico, ni tampoco ningún proceso judicial que permita con la celeridad y eficacia necesarias, que la mujer pueda exigir a las autoridades

la garantía de un aborto legal, en virtud de las circunstancias especiales que se requieren para estos casos. Concluyendo que «La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión del Comité, la causa del sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar.» En consecuencia, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo, se violaron los artículos 2, 7, 17 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En relación al artículo 7 del Pacto, el Comité en su Observación General 20 ha referido que no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores.

En relación a la reacción del Estado, puede visualizarse que éste no suministró información y pruebas que contradigan los dichos por la autora y las pruebas por ella aportadas, motivo por el cual se dio peso a lo indicado en la denuncia.

Se establece al Estado peruano la obligación de indemnizar a Karen Llantoy y se obliga al Estado peruano a adoptar medidas para reglamentar el aborto terapéutico.

La exigencias del Comité de Derechos Humanos en relación al caso de Karen Llantoy originó que se estableciera un Protocolo para el Aborto Terapéutico, que establece como requisitos que sea el único medio para salvar la vida o para evitar un mal grave o permanente en la gestante, además que el niño concebido no debe superar las 22 semanas. Asimismo, si la gestante o su representante, en caso sea menor de edad, deberá firmar el consentimiento previamente haber sido informada de su condición médica (resolución ministerial 486-2014/MINSA). Resulta cuestionador los criterios que han primado al determinar las enfermedades o diagnósticos que justificarían este aborto, en la medida que médicamente está demostrado que con un tratamiento apropiado estaría a salvo la vida de la gestante y del concebido niño, como es el caso del lupus eritematoso sistémico con daño renal severo.

2. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

El derecho a la integridad es comprendido en toda su complejidad cuando se descubre su conexión con el derecho a la vida —en términos de calidad de vida—, y asimismo cuando se destaca su relación con el respeto a la dignidad humana, en la medida que el menoscabo a la integridad implica un menoscabo a la valoración de la persona.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional se ha pronunciado indicando que «La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el solo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución» (expediente 00100-2002-AI/TC, fundamento 160).

La afectación del derecho a la integridad en la doctrina se llama daño psicosomático, que puede recaer indistintamente en el aspecto físico o psicológico. Sobre el particular, es conocida la facilidad de detectar el daño físico, la mayor discusión versa sobre el segundo, que según Gómez Vázquez (2005) puede ser definida jurídicamente como una alteración, modificación, perturbación o menoscabo de carácter patológico del equilibrio mental del sujeto, generalmente permanente y de reconocida magnitud.

Un aporte científico que ha contribuido en este entendimiento es la neurociencia al hacer referencia a que la unión mente-cuerpo es indiscutible. Cualquier lesión al cuerpo constituye una agresión a la mente, vale decir, a la sede del auto-reconocimiento, de la propia identidad, del sufrimiento más que del dolor reductivamente corporal¹⁰.

¹⁰ Ver Kandel, Erick (2001). *Principios de la Neurociencia*. Madrid: Editorial Mc Graw-Hill.

2.1. Componente genérico

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la violencia como el uso intencional de la fuerza o el poder, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que causa o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones (OMS, 2002, p. 374).

La dificultad de probar el maltrato psicológico ha sido una constante. Sobre el particular la Corte Suprema ha señalado que «se produce cuando un sujeto tiene el sentimiento de ser sistemáticamente desalojado de un lugar simbólico, que el supone le corresponde ocupar por derecho» (fundamento cuarto de la casación 2694-2005 LIMA, del 05 de junio de 2006).

De esta manera, la visualización de la persona como una integridad, nos plantea retos al medir la afectación psicológica, es un tema que ha generado avances pero todavía hay cuestiones por revisar, de esta manera la Corte Suprema peruana sostiene lo siguiente: «resulta irracional y arbitrario sostener que las pericias psicológicas puedan reflejar con claridad el daño psicológico presuntamente producido hacia las víctimas, cuando no está reforzado con mayores elementos que puedan crear convicción en el Juez [...]» (casación 4567-2012, del 18 de noviembre de 2013).

2.2. Componente específico

En el Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia 2012-2021 (PNAIA) se recoge la definición de la OMS sobre maltrato infantil como «Toda acción u omisión, intencional o no, que ocasiona daño real o potencial en perjuicio del desarrollo, la supervivencia y la dignidad de la niña, niño y adolescente en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder.», agregándose que el autor del maltrato puede ser cualquier agente de la sociedad.

Es necesario añadir que los derechos afectados con la trasgresión de la integridad tienen una mayor significancia al tratarse de una víctima

que es niño o adolescente, puesto que éste se encuentra en una etapa de desarrollo humano, que amerita mayor atención y protección, por estar involucrada en la construcción de su identidad y en el afianzamiento de su personalidad.

La visualización o concientización sociojurídica del impacto del maltrato en el niño o adolescente va aparejada al descubrimiento de la familia como un ámbito trasgresor a la integridad de éstos. En relación a lo antes expresado, podemos señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño, es la primera normativa internacional que sitúa al maltrato infantil o adolescente al interior de la institución familiar¹¹, obligando a los Estados Partes a intervenir para poner fin a la afectación de este derecho fundamental.

En el caso peruano, se incorpora el derecho a la integridad del niño, niña y adolescente en el artículo 4 del Código de los Niños y Adolescentes, y se alude a sus componentes moral, psíquico y físico, de manera muy similar a lo plasmado en la Constitución Política del Perú.

Una cuestión de importante relevancia es el derecho a la integridad de los adolescentes y sus derechos sexuales, que fuera consignado en la ley 28704¹². Esto originó pronunciamientos de distintos sectores, se aludió a la afectación de derechos como el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, el derecho al ejercicio de la libertad sexual y del proyecto personal y modo de vida, en la medida que negaba el bien jurídico de libertad sexual en los adolescentes mayores de 14 años de edad.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional se manifiesta acerca de la inconstitucionalidad de la disposición indicada por el artículo 173 del Código Penal, que penaliza el acto sexual consentido ocurrido entre

¹¹ Resulta de suma importancia recordar las Directrices de la Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD), que han sido enfáticas al aludir a la importancia de prevenir la violencia en el entorno familiar. Este instrumento internacional fue adoptado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 45/112, del 14 de diciembre de 1990.

¹² Promulgada el 13 de marzo de 2006.

personas adolescentes de 14 a 18 años de edad, los argumentos esgrimidos están vinculados directamente a la condición del adolescente como sujeto de derechos, que se manifiesta en las siguientes expresiones:

- El derecho al libre desarrollo de la personalidad, vinculado al ejercicio de su propia sexualidad (artículo 34, literal a, de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- El derecho de no ser privado de información, que permita el ejercicio saludable y responsable de la sexualidad, así también alude a la reproducción (paternidad y maternidad responsable).
- El derecho a intimidad y a la vida privada.

Es interesante destacar que si bien el Tribunal Constitucional no recogió el sustento normativo internacional del mismo, este ha sido explícitamente señalado en el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño que indica: «Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación».

Por otro lado, en relación a la primera infancia y a su afectación de la integridad, el Comité de Derechos del Niño se ha pronunciado en la observación general 7, indicando dos temas que merecen especial relevancia:

- Sobre los abusos y explotación sexuales indica el Comité que «los niños pequeños, especialmente las niñas, son vulnerables a abusos y explotación sexual precoces dentro y fuera de la familia. Los niños pequeños en circunstancias difíciles se encuentran en situación especial de riesgo, por ejemplo las niñas empleadas como trabajadoras domésticas. Los niños pequeños pueden también ser víctimas de productores de pornografía; este aspecto se encuentra cubierto por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil

y la utilización de niños en la pornografía, de 2002.» (contenido en el artículo 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

- En relación a la venta, trata y secuestro de niños señala el Comité que se «[...] ha expresado con frecuencia preocupación sobre las pruebas existentes de la venta y trata de niños abandonados y separados de sus familias, con diferentes propósitos. Por lo que respecta a los grupos de edad más jóvenes, uno de estos propósitos pueden ser la adopción, especialmente (pero no únicamente) por extranjeros.» (contenido en el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño)¹³.

Otra cuestión importante relacionada a los derechos específicos del niño y que se desprende del resguardo de su derecho a la integridad, son las acciones de rehabilitación. Sobre el particular el artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño exige a los Estados la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de «cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes».

a. Maltrato en la dinámica familiar

La injerencia del Estado en el ámbito familiar se hace justificada, cuando es necesario resguardar el derecho a la integridad en el niño y adolescente, como se desprende además del artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴.

¹³ Además del Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, el Convenio de La Haya sobre la Protección de los Niños y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 1993, ofrecen un marco y un mecanismo para prevenir los abusos mencionados.

¹⁴ «Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. *Tal determinación puede*

Este concepto es recogido en la normativa nacional cuando se señala que «El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos» (artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes); es decir, se reconoce legalmente a la familia como un espacio que no necesariamente garantiza la protección de los derechos del niño y adolescente.

En razón de lo indicado, un supuesto para que proceda la separación es la afectación a la integridad del niño o adolescente, lo cual deriva en acciones legales que pueden aplicarse simultáneamente para brindar protección y producir el cese de la violencia. Cuando la práctica del castigo físico y humillante no genera un riesgo para la vida o salud del niño se origina la conducta prevista como falta en el artículo 442 del Código Penal y/o podrían aplicarse también las normas que regulan la violencia familiar¹⁵.

Sobre el particular, el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, ha manifestado continuamente su interés en erradicar de las legislaciones nacionales de los Estados Partes, indicaciones como «corrección moderada» y «castigo razonable» como potestad de los padres, esto por ejemplo es verificable en las recomendaciones que brinda al Estado español¹⁶ en su primer informe, y, de igual manera, el informe inicial de Reino Unido¹⁷, en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en lo relativo a sus Recomendaciones (artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.» (artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) (resaltado nuestro).

¹⁵ Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del Grupo Familiar, ley 30364.

¹⁶ España OFII, Add. 28, párrafo 10, citado en el Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (UNICEF, 2001. p. 253).

¹⁷ Reino Unido OIFF, Add. 34, párrafo 16, citado en el Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (UNICEF, 2001. p. 253).

En base a ello, podemos evidenciar la continuidad de la preocupación del Comité de Derechos del Niño en relación a los límites de la autoridad paterna que establece el Estado peruano para corregir a los hijos, teniendo en cuenta que las medidas correctivas pueden generar una afectación al derecho a la integridad personal en el niño o adolescente¹⁸. Inciden en ello, las Recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, emitidas en la sesión 41, luego que el Estado peruano brindara el tercer informe en relación al cumplimiento de los compromisos asumidos con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁹. De esta manera, el Comité mostró su conformidad sobre las previsiones legales respecto a prohibir el castigo corporal tanto en el Código Penal y en la Ley de protección frente a la violencia familiar —entonces vigente—, sin embargo expresó que «[...]el castigo corporal [...] es todavía ampliamente practicado en la sociedad como una medida aceptada de disciplina, tanto en la familia como en la escuela».

En razón de lo indicado, el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas recomienda al Estado Peruano que «[...] introduzca y aplique la legislación explícitamente prohibiendo todas las formas de castigo corporal de los niños en cualquier lugar, incluyendo la casa». Agrega que la disciplina es necesaria para la crianza de los niños. Sostiene su aceptación en relación al concepto positivo de disciplina, necesario para la orientación y dirección del niño, con la finalidad de ayudarlo a llevar una vida responsable en sociedad (Comité de los derechos del niño, observación general 8, fundamento 13).

¹⁸ Es necesario indicar, que el derecho a la integridad alude a las distintas dimensiones de la personalidad cuya conexidad ha sido evidenciada en la Constitución Política del Estado peruano y en el Código de los Niños y Adolescentes, al definírsele como la: «[...] integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar».

¹⁹ Adoptándose las observaciones referidas a la integridad de los hijos en el ámbito familiar, en la sesión 1120, llevada a cabo el 27 de enero de 2006.

De este modo, resulta de suma importancia, consignar la definición de «castigo corporal y humillante»²⁰, que suele producirse en el ámbito familiar o escolar:

El castigo físico o corporal comprende el golpear al niño o a la niña con la mano o con un objeto (vara, correa, látigo, zapato, etc.); dar puntapiés, sacudir o arrojar al niño o a la niña, pellizcarlo o tirarle del cabello; obligarle a permanecer en posturas incómodas o indecorosas, o hacer ejercicio físico excesivo; quemar o dejar cicatrices en el niño o la niña (y la amenaza de cualquiera de estas acciones). El castigo humillante o degradante adopta varias formas, tales como el castigo psicológico, los insultos, el ridiculizar, aislar o ignorar al niño o a la niña (Comisión Andina de Juristas/Save the Children, 2005, p. 5).

El cuestionamiento a esta propuesta por algunos sectores de la sociedad surge en ocasiones por falta de información o por parámetros que han sido asimilados culturalmente para controlar a los niños o adolescentes en el hogar, esto tiene que ver necesariamente con las historias de vida, impregnadas en ocasiones con maltrato desde prematura edad. Es decir se ha naturalizado el maltrato o el castigo con fines disciplinarios, haciendo que el imaginario social sea tolerante al castigo físico o trato humillante prodigado a los hijos.

La atribución natural de «corregir a los hijos», que culturalmente se ha otorgado a los padres, concibe a los hijos de propiedad de los padres, y por lo tanto como un asunto del ámbito privado, esto conlleva a la visión del niño o adolescente como un «ser malo», que permanece en el tiempo, atentando básicamente a su dignidad como personas.

²⁰ Asimismo, la Organización Mundial de la Salud ha definido el maltrato infantil como el «maltrato o la vejación de menores que abarca todas las formas de malos tratos físicos y emocionales, abuso sexual, descuido o negligencia o explotación comercial o de otro tipo, que originen un daño real o potencial para la salud del niño, su supervivencia, desarrollo o dignidad en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder».WHO/OMS. Report of the Consultation on child abuse prevention 1999, Ginebra.

Sobre el particular resulta ilustrativo lo indicado por el Comité de Derechos del Niño²¹ «Abordar la aceptación o la tolerancia generalizadas de los castigos corporales de los niños y poner fin a dichas prácticas en la familia, las escuelas y otros entornos, [...] es una estrategia clave para reducir y prevenir toda forma de violencia en las sociedades».

De esta manera, existen dos orientaciones claramente identificables en la legislación comparada: una permite el derecho a la corrección moderada y razonable por parte de los padres, mientras que la otra prohíbe castigos corporales en el ámbito familiar, declarándolos explícitamente como ilegales²².

Ante el hecho de que la normativa peruana no visualizaba los límites al derecho-deber de corrección de los padres, resultó de utilidad plantearnos la erradicación de cualquier tipo de maltrato, puesto que las normas son interpretadas y aplicadas por personas que cuentan con su propia percepción de este fenómeno social.

Respondiendo a estos requerimientos, la ley 30403²³ ha entrado en vigencia y establece como objetivo prohibir el castigo físico y humillante en agravio de los niños y adolescentes, en todos los ámbitos en que se desenvuelvan. Incorporándose definiciones muy similares a los contenidos en la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente (LOPNA), al referirse al «castigo físico» y «castigo humillante»:

Se entiende por castigo físico el uso de la fuerza, en ejercicio de las potestades de crianza o educación, con la intención de causar algún grado de dolor o incomodidad corporal con el fin de corregir, controlar

²¹ Comité de los derechos del niño, observación general 8. «El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes». Emitida el 21 de agosto de 2006. CRC/GC/2006/8, fundamento 3.

²² En el Capítulo 6, artículo 1, del Código de Paternidad/Maternidad de Suecia se señala: «Un niño tiene derecho a cuidados, seguridad y a una buena educación. Un niño debe ser tratado con respeto hacia su persona e individualidad y no puede ser sometido a castigos corporales o a cualquier otro trato ofensivo [...]».

²³ Promulgada el 29 de diciembre de 2015.

o cambiar el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes, siempre que no constituyan un hecho punible. Se entiende por castigo humillante cualquier trato ofensivo, denigrante, desvalorizador, estigmatizante o ridiculizador, en ejercicio de las potestades de crianza o educación, con el fin de corregir, controlar o cambiar el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes, siempre que no constituyan un hecho punible.

De esta manera se deroga el literal d del artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes y el numeral 3 del artículo 423 del Código Civil, ambas normas referidas a los derechos y deberes de los padres en el ejercicio de la patria potestad.

b. Maltrato en la dinámica extrafamiliar

La referencia al maltrato en el dinámica extrafamiliar podemos encontrarla en el párrafo 2 del artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño en donde se menciona la disciplina escolar y se indica que los Estados «adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño [...]».

Mientras que la Constitución Política establece que la enseñanza se debe impartir tomando en cuenta los principios constitucionales, entre los cuales cabe mencionar el respeto del derecho a la integridad moral, psíquica y física para toda persona, además de señalar que la educación debe brindarse acorde con el buen trato. En base a esta orientación, el Código de los Niños y Adolescentes ha establecido que los niños tienen derecho a ser respetados por sus educadores²⁴ Sobre el particular,

²⁴ «Artículo 14.- [...] La enseñanza se imparte, en todos los niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa. Artículo 15.- [...] El educando tiene derecho a una formación que respete su identidad, así como al buen trato psicológico y físico. Artículo 16.- A ser respetados por sus educadores.- El niño y el adolescente tienen derecho a ser respetados por sus educadores [...].»

el Ministerio de Educación aprobó normas²⁵ para la gestión y desarrollo de las actividades en los centros y programas educativos, y ha establecido que en los centros de educación: «[...] están prohibidos los castigos físicos, así como cualquier sanción que represente una humillación o maltrato corporal y emocional para el alumno.»; en el mismo sentido, la Ley General de Educación establece como derecho de los estudiantes «[...] contar con un sistema educativo eficiente, con instituciones y profesores responsables de su aprendizaje y desarrollo integral; recibir un buen trato y adecuada orientación.»²⁶

En relación a esta temática han llegado a la Corte Suprema demandas por Contravenciones vinculadas al maltrato físico y psicológico prodigado en la escuela. Es necesario indicar que las contravenciones son definidas como las acciones u omisiones que afectan el resguardo de derechos en los niños o adolescentes, y que son cometidas por funcionarios del Estado.

Sobre el particular, en relación a la función de la escuela y su rol de impartir educación, el Comité de Derechos del Niño ha establecido la observación general 1 sobre los «Propósitos de la Educación», señalando que el castigo físico y humillante son incompatibles con la Convención sobre los Derechos del Niño aludiéndose a lo siguiente: «[...] La educación debe respetar también los límites rigurosos impuestos a la disciplina, recogidos en el párrafo 2 del artículo 28, y promover la no violencia en la escuela.»²⁷

²⁵ El decreto supremo 007-2001-ED que aprueba las normas para la Gestión y Desarrollo de las Actividades en los Centros y Programas Educativos, Parte IV: Normas Generales para Centros Educativos, Sección B: Sobre Gestión Pedagógica, y Punto 7: Estímulos y Sanciones en los Centros Educativos.

²⁶ Ley 28044, Ley General de Educación, publicada el 29 de julio de 2003, artículo 53a). Asimismo, el Ministerio de Educación publicó la resolución ministerial 405-2007-ED, que aprueba los lineamientos de acción en caso de maltrato físico o psicológico, hostigamiento sexual y violación de la libertad sexual a estudiantes de instituciones educativas.

²⁷ Comité de los derechos del niño, observación general 1. Propósitos de la Educación, emitida el 17 de abril de 2001. CRC/GC/2001/1, párrafo 8.

3. APLICABILIDAD DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL RESGUARDO DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD

Cuando aludimos a la prioridad del interés superior del niño, no podemos dejar de enfatizar en los componentes específicos de los derechos que analizamos. En la medida que nos encontramos con sujetos de derechos que tienen sus propias características innatas a la etapa de desarrollo humano que le toca vivir. Motivos por el cual, el Estado y la sociedad deberán prodigarles mayor atención y cuidado.

De esta manera, cuando nos referimos al derecho a la vida desde la concepción tenemos en cuenta que el concebido es «niño» para la normativa peruana y que se encuentra en una etapa de total indefensión, motivo por el cual sus derechos deberán ser priorizados frente a cualquier derecho o interés de la madre o terceros.

Mientras que en relación al ejercicio del derecho a la integridad, este impone límite a cualquier autoridad que tenga la intención de disciplinar, y aún en el ámbito familiar es legítima la adopción de medidas de protección al niño que limitan derechos en los padres.

4. PREGUNTAS

1. ¿Qué efectos jurídicos identifica en el resguardo del derecho a la vida del niño desde la etapa de la concepción?
2. ¿Qué conexidad jurídica existe entre el derecho a la vida, al desarrollo integral y a la calidad de vida?
3. ¿Cuáles son los límites que establece la normativa peruana en relación a la autoridad parental encargada de la disciplina en el ámbito familiar?

CAPÍTULO 3

EL DERECHO DEL NIÑO A CONOCER A SUS PADRES Y SER CUIDADO POR ELLOS

La identidad entre la verdad biológica y las relaciones familiares

1. EL RESGUARDO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL NIÑO

La orientación doctrinal en el resguardo del derecho a la identidad en los niños y adolescentes ha planteado nuevas perspectivas para el análisis, entre las cuales identificamos la temática de la verdad biológica o el componente del ADN y la posesión constante del estado familiar o las relaciones familiares, que se constituyen en cuestiones medulares para analizar cada caso en concreto.

Fernández Sessarego (1988) define a la identidad como el «conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en la sociedad»; en suma sería todo aquello que hace que cada cual sea «uno mismo» y «no otro».

El mencionado jurista distingue entre la identidad «estática» y la «dinámica». La primera refiere a aquellos componentes de la identidad que tienden a permanecer naturalmente en el tiempo, lo que no exime del suceso de ciertas circunstancias que puedan producir su variación, entre los cuales mencionamos: nombre, sexo, nacionalidad, idioma de origen, parentesco biológico, carga genética, huella dactilar, las vivencias, historias de vida o recuerdos del pasado, entre otros. Mientras que la identidad dinámica alude a aquellos componentes de la personalidad que naturalmente varían, como son: edad, fisonomía, experiencia, entorno

familiar (en la medida que nacen y fallecen miembros de la familia en el devenir del tiempo), y asimismo, en esta dinámica que se forja entre sus miembros, cada miembro recoge aprendizajes, aprende creencias, costumbres, hábitos; así como gestos y tonalidades de voz que componen su personalidad, y va moldeando su forma de ser y actuar. Algunas de estas características conforman la identidad del individuo desde el vientre materno, mostrando la autonomía de su personalidad en relación a la madre.

Estos dos componentes a los que alude el jurista, refieren entonces a un ámbito individual y social, en la medida que la identidad se va continuamente construyendo.

1.1. Componente genérico

El derecho a la identidad está recogido en la vigente Constitución Política del Perú, como un derecho fundamental, habiéndose incorporado recientemente, al no encontrarse explícitamente reconocido en la anterior constitución.

Desde la perspectiva de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, resulta jurídicamente acertado que esté ubicado en el inciso 1 del articulado 2 de la norma suprema, en la medida que está directamente relacionado al derecho a la vida, a la integridad moral, psíquica y física y al libre desarrollo y bienestar. Su relevancia es destacada por el Tribunal Constitucional, que refiere al: «Derecho de todo individuo de ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es [...] el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos» (sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 2273-2005-PHC/TC del 20 de abril de 2006).

Asimismo, un componente importante de la identidad es el «nombre», sobre el particular la doctrina vigente orienta su relevancia como una materia de orden público, que favorece a respetar la individualidad de la persona (Serrano, 2001). De otro lado Rubio Correa, señala con respecto al nombre que:

[...] es un derecho y un deber para el ser humano. Derecho en el sentido de que cada ser humano tiene el derecho a que se designe por un nombre, a que le sea reconocido por todos los demás, a que se no le sea cambiado. Es un Deber, porque en la sociedad cada ser humano debe tener un nombre, no lo puede cambiar a su libre voluntad, y tampoco lo puede ceder bajo ninguna forma posible ni para ninguna finalidad (Rubio, 1992, p. 111).

De esta manera, en base a lo señalado por Rubio, debemos considerar que el nombre, al constituirse en un derecho y un deber, tiene un carácter permanente, que no puede variar arbitrariamente a criterio o voluntad de quien lo posee, será por lo tanto necesario que se justifique cualquier alteración del mismo, por razones probadas y justificadas, establecidas en un proceso.

1.2. Componente específico

El artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes indica que la identidad incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, de esta manera el carácter restrictivo del contenido de este derecho se verifica en la normativa peruana, y se hace necesario realizar una lectura complementaria con el aporte brindado por la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Corte Suprema, por su parte, interpreta este derecho teniendo en cuenta no solo los componentes de la identidad estática sino también de la identidad dinámica, cuando se alude al estado de familia que origina derechos y deberes recíprocos entre sus miembros, es decir las relaciones jurídicas que garantizan el desarrollo y bienestar integral de los mismos, indicando de esta manera: «[...] el derecho de identidad de la persona, el que en extenso involucra el derecho de toda persona de conocer quiénes son sus progenitores y antecesores, con *todos los privilegios que por ello le pudiera corresponder.*» (casación 2921-2001 LIMA, 02 de setiembre de 2002, considerando Tercero) (el resaltado es nuestro).

Además, es necesario agregar que la exigencia de conocer a los padres y ser cuidado por ellos, ha sido establecida en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño agregando la atingencia «en la medida de lo posible». La especificación de este derecho resulta innovador en la especialidad, puesto que está referido a la conceptualización del derecho a la identidad de manera integral. Con respecto a los niños y adolescentes, se alude a «conocer a sus padres» como el componente de la identidad estática (referido fundamentalmente al ADN) y el «ser cuidado por ellos» refiere a las relaciones familiares, componente de la identidad dinámica.

El derecho a conocer a sus padres alude, en base a lo indicado, al conocimiento de la «verdad biológica», es decir, brindar conocimiento a los hijos de quienes son sus progenitores. Sin embargo, existen circunstancias que pueden ser valoradas y que dificultan el ejercicio de este derecho, por ello la normativa internacional y nacional¹ se refieren a la frase «en la medida de lo posible», aludiendo a situaciones que dificultan el conocimiento del origen biológico o genético, entre las que podemos mencionar: una violación sexual, la inseminación artificial heteróloga, la adopción y el abandono de un expósito (recién nacido) o un niño de corta edad. De manera coincidente la interpretación de «en la medida de lo posible» es utilizada para supuestos en que revelar la verdad biológica de los hijos contravenga su interés superior, pero de ninguna podrá entenderse supeditada a la voluntad política del Estado.

De esta manera, el componente específico del derecho a la identidad que refiere a aquellas características que diferencian su tratamiento normativo del que corresponde a los adultos, nos orienta a las relaciones familiares o posesión constante de estado. Sobre el particular, el artículo 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño es enfático al indicar

¹ Artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes que enuncia: «El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad en la medida de lo posible [...], a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad».

lo siguiente: «Los Estados Partes se comprometen a *respetar el derecho del niño a preservar su identidad*, incluidos la nacionalidad, el nombre y *las relaciones familiares* de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.» (el resaltado es nuestro).

Otro componente específico del derecho a la identidad es el derecho a la inscripción inmediata que tienen los hijos, actuando sus padres como representantes legales, esto está contemplado en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que encabeza su enunciado indicando: «El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento [...]». Se requiere del cumplimiento de esta formalidad para brindarle existencia legal así como la seguridad jurídica y protección que se deriva de este acto jurídico². Además la normativa vincula este derecho a la adquisición de un nombre, así como de una nacionalidad que le permite estar bajo la jurisdicción de un Estado que garantice el ejercicio efectivo de sus derechos.

En relación a este derecho y su vinculación con otros derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité de Derechos del Niño se pronunció recomendando que los Estados «adopten todas las medidas necesarias para que todos los niños sean inscritos al nacer en el registro civil. [...] la importancia de facilitar la inscripción tardía de los nacimientos, y de velar por que todos los niños, incluso los no inscritos, tengan el mismo acceso a la atención de la salud, la educación y otros servicios sociales» (fundamento 5 de la observación 7)³.

Por último, es importante destacar que el carácter específico de este derecho afianza el requerimiento de vincularlo con violencia familiar

² En la legislación peruana este componente se encuentra en el artículo 25 del decreto supremo 015-98-PCM.

³ En caso peruano, en el artículo 23 del decreto supremo O15-98 PCM, se establece que los actos concernientes al estado civil de las personas se harán constar en el registro civil. Las inscripciones de los nacimientos producidos en los hospitales del Ministerio de Salud y del Instituto Peruano de Seguridad Social se realizarán obligatoriamente dentro del tercer día de producido el nacimiento, en las oficinas de registros civiles instaladas en dichas dependencias.

en agravio del niño cuando, en el caso de los hijos extramatrimoniales, el padre no los ha reconocido legalmente, o la madre se niega a brindar información certera en relación al vínculo de identidad genético con el padre, que refiere a su verdad biológica; cuestión que veremos en el acápite siguiente.

1.3. El derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales

El reto de este tipo de filiación es lograr la vinculación entre la verdad declarada en la partida de nacimiento, documento público que constituye el título de estado familiar, y la verdad biológica, que permite ejercer el derecho a conocer a los padres biológicos y llevar sus apellidos.

La filiación extramatrimonial se refiere al reconocimiento voluntario y al reconocimiento forzado, en ambos casos su carácter es declarativo, es decir que tiene efectos retroactivos al momento de la concepción del niño, con todas las obligaciones que ello conlleva, teniendo además los estados de familia un efecto *erga omnes*, es decir, oponible a todos.

a. Reconocimiento voluntario

Es entendido como un acto jurídico familiar de carácter personalísimo, solemne y declarativo, aunque el carácter personalísimo se ve afectado cuando los padres son reemplazados por los abuelos en los supuestos establecidos en la normativa peruana (artículo 389 del Código Civil). Si bien es cierto, que los abuelos no están supliendo a sus hijos en el reconocimiento de los nietos, éstos están actuando en su propia representación, generando consecuentemente un vínculo jurídico familiar.

En la actualidad, el conocimiento de la verdad biológica del niño está supeditada a la voluntad de la madre de revelar el nombre del supuesto padre —mediante la ley 28720, del 24 de abril de 2006—, esto cuando procede a su inscripción y al reconocimiento, y actúa como su representante legal. Sin embargo, no genera identidad filiatoria o vínculo jurídico entre el niño y el supuesto padre hasta que el propio padre

reconozca voluntariamente o se obtenga una resolución judicial que lo declare «padre». Es necesario indicar que esta ley favorece que se preserve el derecho al nombre y que se consigne en este el apellido del supuesto padre.

Sin embargo, la ley en mención establece el requerimiento de notificar al supuesto padre a fin de informarle que su nombre ha sido consignado en una partida de nacimiento, atribuyéndole paternidad y con ello, se le otorga la facultad de iniciar un proceso de exclusión de nombre, pudiendo acumular la pretensión accesoria de indemnización. Para esto deberá ofrecer la prueba de ADN con el fin de acreditar la no paternidad, la imputación falsa y dolosa de la madre, y el daño o perjuicio producido con esta atribución falsa de paternidad.

b. Reconocimiento forzado

En relación a la estrategia legal para lograr una sentencia de declaración judicial de paternidad, conocida también como reconocimiento forzado, existen posturas divergentes en relación a la manera como ha sido regulada, sin embargo hay coincidencia en que se trata de un modelo peruano, no habiendo un sistema similar en legislación comparada.

La normativa peruana consigna la posibilidad de iniciar un proceso judicial de declaración judicial de paternidad, cuando el padre no haya reconocido voluntariamente al hijo. En el artículo 402 del Código Civil peruano se señalan una serie de supuestos que probados originan la presunción de que el niño es hijo del demandado, se alude a presunción porque ninguno de los hechos enunciados produce certeza en relación al vínculo filial. Es necesario indicar que todos los supuestos establecidos, a excepción del ADN, son materia de probanza en un proceso de conocimiento. Estos son:

- Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
- Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo

extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.

- Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción.
- En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
- En el caso de seducción con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.

En el caso del ADN, forma parte de los componentes de la identidad estática de la personalidad y hace referencia a las huellas genéticas que, mediante el procedimiento de la electroforesis, se hace de segmentos secuencias del ácido desoxirribonucleico. Se afirma que la posibilidad de que dos personas sin vínculo biológico compartan un mismo patrón de bandas es menor a la relación de 1 a 100.000.000.000, lo que produce una certeza cercana al 100%. Esto permite concluir que estaríamos aludiendo a un proceso de filiación con corte pericial, tal y como han afirmado algunos autores como Chieri & Zannoni (2001). Estos autores esgrimen la identidad genética referida sustancialmente a la naturaleza irrepitable de cada persona, quien por lo tanto tiene todo el bagaje genético para ser único en la sociedad, encontrándose éste en cualquier parte del organismo del ser humano, y solo es posible que se repita en otro cuando aludimos a los gemelos monocigotos.

En relación a la utilización de la prueba de ADN para probar la filiación tenemos lo indicado por Enrique Varsi, quien sostiene: «La Ley N°28457 nos ofrece, justamente, un proceso sustentado en resultados periciales científicos basados en la prueba de ADN, cuya fuerza, contundencia, y exactitud generan una convicción plena en el juzgador.» (Varsi, 2006, p. 645). De la misma forma, Ariano (2005) sostiene que son diversos los motivos por los cuales hemos optado por este modelo, entre los cuales podemos mencionar: (i) el nivel de certeza de la prueba de ADN,

(ii) lo prolongado y lato del proceso de conocimiento para discutir estas causas judiciales y que (iii) lo prolongado del proceso ocasiona que sea costoso, ocasionando en ocasiones su abandono.

Además, corresponde indicar las diferencias entre la aplicación del ADN —establecida mediante la ley 28457, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 07 de enero de 2005—, y el tratamiento legislativo de los supuestos del artículo 402 del Código Civil:

Normativa Características	Ley 28457	Artículo 402 del Código Civil
Naturaleza	Proceso pericial	Proceso en base a presunciones
Competencia	Juez de paz letrado	Juez de familia
Tipo de proceso	Abreviado	Conocimiento
Legitimidad para obrar	Cualquiera con legítimo interés	Madre actúa como representante legal
Carga probatoria	A cargo del demandado	Quien alega debe probar
Valoración de la conducta procesal del emplazado	Se valora cuando no contribuye a la pericia	—
Pruebas ofrecidas	ADN como prueba pericial	Pruebas documentales, testigos, entre otros
Recurso extraordinario	No está contemplado	Contemplado

La inversión de la carga probatoria se justifica porque el demandado ejerce mediante esta prueba pericial su derecho a defensa y, asimismo, se afirma que corresponde en aras de la efectividad de la prueba genética y del interés del niño, requiriéndose la contribución de las partes para su realización (Varsi, 2006).

Agregando en relación a la conducta procesal del emplazado, que la identidad filiatoria también se constituye como una presunción en

determinados supuestos de la ley 28457, es decir, es posible declarar al emplazado como padre sin necesidad de contar con una prueba de ADN con resultado positivo cuando: (i) el supuesto padre emplazado no se opone a que se le declare padre, de esta manera el mandato se transforma en declaración judicial de filiación, corriendo el plazo de diez días desde que se procedió a su notificación válida (artículo 1); y (ii) a pesar de haberse opuesto no se somete a la prueba de ADN en el plazo establecido por ley.

De esta manera, tal y como lo señala Varsi, «El demandado deberá soportar las consecuencias de su inactividad procesal» (Varsi, 2006, p. 650); mientras que Eugenia Ariano indica «[...] todo el procedimiento gira en apariencia en torno a la prueba de ADN. Sin embargo, el legislador consagró un procedimiento más tendiente a evitarla que a practicarla, siendo que la primera resolución del proceso puede declarar la filiación.» (Ariano, 2005, p. 68).

Es por esto que la ley 28457 ha sido objeto de diversas críticas, que se pueden sintetizar en que esta estrategia legal vulnera el derecho a la defensa, puesto que bastará con lo indicado por la parte demandante para que se declare la paternidad. También se afirma que se trasgreden los derechos a la libertad, intimidad e integridad del demandado; vulneración que es descartada teniendo en cuenta los siguientes argumentos: que el derecho a la identidad requiere de una acción obligatoria de los sujetos implicados, por lo tanto no podemos aludir a un derecho a la libertad violentado o no resguardado; que el acto generador de la vida no puede ocultarse aludiéndose al derecho a la intimidad del emplazado, puesto que este debe revelarse para conocerse el vínculo parental; y, finalmente, el derecho a la integridad tampoco puede ser argüido por tratarse de una prueba que resulta inofensiva a la persona, no invasiva en la medida que se pueden utilizar otros recursos, no circunscribiéndose a las pruebas de sangre. Finalmente estos derechos deben ceder su prioridad a la paz social, integridad de la familia e identidad del niño (Ariano, 2005).

1.4. El derecho a la identidad de los hijos matrimoniales

El reto de este tipo de filiación implica la vigencia de la presunción de *pater est*, la cual presume la verdad biológica del hijo matrimonial. De esta manera nuestra normativa incorpora la presunción «hijo de mujer casada es hijo del marido», otorgando seguridad jurídica en relación a la atribución de filiación del hijo matrimonial. Esto es claramente visible, cuando se indica que el marido es el único legitimado para impugnar la paternidad del hijo matrimonial (artículo 396 del Código Civil), su inactividad procesal implica aceptación de la misma. La existencia de esta presunción se basa prioritariamente en la vigencia de la fidelidad y cohabitación como deberes conyugales.

La presunción *pater est*, es una manifestación del principio de promoción del matrimonio vigente en nuestra normativa, en que será necesario iniciar un proceso de conocimiento para desvirtuarla. Sobre el particular resulta ilustrativo lo indicado en el artículo 362 del Código Civil, al señalarse que el hijo se presume matrimonial aunque la madre indique que el hijo no es de su marido o sea declarada como adúltera, esta última condición tenía vigencia cuando se estableció el adulterio como tipo penal.

2. RESGUARDO DE LA POSESIÓN CONSTANTE DEL ESTADO DE «HIJO»

La Convención sobre los Derechos del Niño nos plantea una mayor exigencia que lo indicado en el Código de los Niños y Adolescentes, al señalar que la identidad no solo requiere que el hijo «lleve los apellidos», sino que será necesario que el niño «sea cuidado por sus padres», de esta manera, conforme se ha venido indicando, se amplía el contenido del derecho a la identidad a las relaciones paternofiliales.

Así también, es entendido de manera complementaria con la interpretación del artículo 8.1 de la mencionada normativa internacional, cuando alude a las «relaciones familiares» como componente específico del derecho a la identidad. Las relaciones familiares, entre las cuales se

incluye el cuidado parental, están relacionadas a la construcción continua y progresiva de la identidad, manifestándose de esta manera, la posesión constante de estado familiar, es decir las relaciones que se forjan en la dinámica padre/madre-hijo que son parte de un vínculo de parentesco filial reconocido legalmente con efectos jurídicos.

Una cuestión de especial relevancia es lo indicado en el artículo 376 del Código Civil, al señalarse que cuando se juntan la posesión constante de estado y el título de hijo matrimonial —obtenida por el título de estado de cónyuge de los progenitores—, no podrá impugnarse la filiación matrimonial. Sobre el particular, la norma no indica cuanto tiempo debe pasar para que se originen los efectos de la posesión constante de estado, pero bajo una perspectiva de interpretación sistemática de la normativa peruana, podríamos entender que ésta tiene lugar luego de transcurridos mínimamente dos años. De esta manera, la norma en mención permite afirmar que las relaciones familiares tienen mayor relevancia jurídica que el conocimiento de la verdad biológica por parte del niño.

Sobre el particular, Alex Plácido (2008) ⁴ señala que el sistema constitucional de filiación tiene su sustento en la concepción de familia incorporada en la Constitución de 1993, donde se alude a la familia como institución, sin importar si tiene su origen en el vínculo matrimonial o extramatrimonial (artículos 4 y 5). De esta manera, la investigación de la paternidad o maternidad busca que el vínculo filial reconocido legalmente coincida con la verdad biológica.

Finalmente, resulta ilustrativo sobre la materia lo indicado en el fundamento 113 del Caso Forneron, en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que «Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes,

⁴ <http://blog.pucp.edu.pe/item/32324/la-evidencia-biologica-y-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-2>.

puede constituir una violación del derecho a la identidad.» (CIDH, caso Forneron e hija vs Argentina del 27 de abril de 2012).

3. APLICABILIDAD DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL RESGUARDO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

La aplicación del interés superior del niño en casos referidos a la identidad del niño y adolescente, ha tenido una especial relevancia al referirse al supuesto de la filiación matrimonial, en la medida que la presunción «hijo de mujer casada es hijo del marido» ha perdido vigencia y exigibilidad, esto sustancialmente por los avances científicos que permiten conocer la verdad biológica y desvirtuar presunciones.

Sin embargo hemos podido constatar que la verdad biológica no es lo crucial o determinante, siendo también destacable a la luz de la especialidad del derecho de la niñez y adolescencia, el requerimiento de incorporar las relaciones familiares o de posesión constante de estado como una temática central al momento de determinar sobre el derecho a la identidad del niño y adolescente.

Es ese sentido, la valoración de la primacía del componente de la «verdad biológica» o la «posesión constante de estado» en el resguardo del derecho a la identidad, dependerá de cada caso concreto.

4. PREGUNTAS

1. ¿Qué componente específico tiene el derecho a la identidad en los niños y adolescentes?
2. ¿Cuáles son las principales críticas y cómo son superadas en relación a la prueba de ADN para obtener la declaración de filiación extramatrimonial?
3. ¿Cómo es valorada la presunción «hijo de mujer casada es hijo del marido» a partir de la probabilidad de conocer la verdad biológica en el niño o adolescente?

Fondo Editorial PUCP

CAPITULO 4

EL DERECHO A LA FAMILIA

La familia como institución garante del desarrollo integral

1. DERECHO A VIVIR, CRECER Y DESARROLLARSE EN UNA FAMILIA

En la legislación peruana, la relevancia de familia desde la perspectiva jurídica y social es recogida en los artículos 4 y 7 de la Constitución Política del Perú, que alude al principio jurídico de la protección a la familia, reconociéndola como una institución natural y fundamental para la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección.

Así también, la importancia del fortalecimiento de la familia queda establecida en el Código Civil peruano que indica: «La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú» (artículo 233 del Código Civil); en la Ley de Política de Población —decreto legislativo 346, promulgada el 8 de setiembre de 1995—, que señala en el artículo 2 «El Estado fortalece la familia como unidad básica de la sociedad promoviendo y apoyando su estabilidad y constitución formal» y en la Ley del Fortalecimiento de la Familia —ley 28542, publicada en el *Diario Oficial “El Peruano”* el 15 de junio del 2005—, que al definir el objeto de la ley señala en su artículo 1: «[...] promover y fortalecer el desarrollo de la familia como fundamento

de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo integral del ser humano, basándose en el respeto de los derechos fundamentales y las relaciones equitativas entre sus miembros [...]».

Lo indicado es reafirmado por el Tribunal Constitucional al indicar que este derecho está orientado a satisfacer «necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que éste es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos los miembros, especialmente los niños» (STC, expediente 01817-2009-PHC/TC, de fecha 7 de octubre de 2009), afianzándose el rol garantista de la familia.

1.1. Componente genérico

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹, la familia es definida como el elemento natural y fundamental de la sociedad (artículo 16.3) y verificamos que esta orientación jurídica es repetida en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos², en la Convención Americana sobre Derechos Humanos³ y en el «Protocolo de San Salvador»⁴ (Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que aluden a la obligación del Estado de velar por el mejoramiento del estado moral y material de la familia⁵. De este modo podemos constatar que una constante en el devenir del tiempo, ha sido considerar a la familia como ese

¹ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948.

² Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

³ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

⁴ Suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General. En vigor desde el 16 de noviembre de 1999.

⁵ En los artículos 23.1, 17.1 y 15 respectivamente de las normativas internacionales citadas.

espacio natural de socialización y de garantía de derechos fundamentales de sus miembros.

De esta manera, en la Declaración Universal de Derechos Humanos se ha tomado en consideración la protección del Estado y la sociedad para brindarle un nivel de vida adecuado a la familia, especificando el derecho a cuidados y asistencia especiales para la infancia (contenido en el artículo 25.1), así también se recoge en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (consignado en el artículo 24.1), mientras que en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶ se indica textualmente que: «Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella.» (contenido en el artículo VI), en consecuencia se reconoce el derecho a fundar una familia, tal y como lo señala de similar manera el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (indicado en el artículo 23.1).

Una consideración fundamental para prodigar protección a la familia es valorarla en tanto subsistema, es decir no es una institución estática y anquilosada en el tiempo, sino que está en continuo cambio por su interacción con las demás instituciones de la sociedad. Sobre el particular el Comité de Derechos del Niño hace un esfuerzo por explicar los cambios que han tenido lugar en la estructura y dinámica familiar, y como esto afecta a los niños, especialmente a los más pequeños: «El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños [...]» (Comité de derechos del niño, observación general 7, fundamento 19).

⁶ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

1.2. Componente específico

En la Constitución Política del Perú se ha consignado el derecho a la familia, sin embargo debemos dar lectura al artículo 3 que establece la apertura de nuestra normativa para incorporar derechos no enunciados explícitamente, pero que responden a la dignidad del hombre, sobre el particular la normativa alude a una familia funcional que garantiza las potencialidades del ser humano, en la medida que la subsistencia del niño no es probable sin un entorno que le prodigue cuidado y atención.

De manera complementaria, en la Convención sobre los Derechos del Niño se alude al resguardo del derecho a no ser separado de sus padres, salvo que por circunstancias específicas y demostradas por proceso ante autoridad competente, dicha separación se debe justificar en el interés superior del niño⁷. Este derecho debe ser interpretado conforme lo indicado en el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que señala: «El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.»

Asimismo, el derecho específico del derecho a la familia tiene su sustento jurídico en el quinto párrafo del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño cuando se indica que la familia es un grupo fundamental de la sociedad, por tratarse del medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, motivo por el cual debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, de esta manera se expresa explícitamente que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

⁷ Según lo establecido en el preámbulo y en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Enfatizando en ello, el párrafo séptimo de la Convención, ahonda en la finalidad de la familia, al indicar que «[...] el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad».

De esta manera, se establece la obligación del Estado de asumir su cuota de responsabilidad en relación a la atención que debe prodigarse a la familia, para que ésta tenga un carácter funcional y se constituya en un espacio garante, a fin de que logre garantizar el desarrollo pleno y armonioso del niño y adolescente.

Es importante destacar que al interior de la familia, son los padres quienes asumen la responsabilidad directa del cuidado y atención de los hijos. De esta manera, desde una perspectiva sociojurídica, los padres tienen el encargo social de velar por el ejercicio efectivo de sus derechos. Esto es expresado por Joseph Goldstein de la siguiente manera: «Ser un adulto que es padre significa, conforme a una presunción legal, tener la capacidad, la autoridad y la responsabilidad para determinar y hacer aquello que es bueno para los niños.» (Goldstein, 2000a, p. 199).

Esta presunción legal es posible de desvirtuarse como veremos más adelante, y en estos casos corresponderá a la familia extensa suplir a los padres para prodigar cuidado y protección a los miembros menores de edad en la familia.

El sistema de protección indicado en la normativa peruana, incluye el aporte del Tribunal Constitucional para la interpretación del derecho a la familia en el niño o adolescente, debiendo indicarse que su intervención no tiene por finalidad resolver sobre cuestiones de fondo, que atañen a instancias judiciales, como determinar a cuál de los dos padres le corresponde la tenencia del niño. Sin embargo, podemos recoger algunos lineamientos de utilidad para interpretar la dinámica familiar desde la perspectiva jurídica.

Han sido diversos los supuestos que han originado un proceso de habeas corpus en esta temática, como por ejemplo:

1. Cuando el niño fuera sustraído de modo traumático bajo el pretexto de un supuesto secuestro, estando bajo la custodia de su abuelo materno, luego de producido el hecho siguió reteniéndolo, imposibilitándole que mantenga contacto con su madre. (Sentencia del Tribunal Constitucional del expediente 02892-2010-PHC/TC).
2. Cuando, en virtud del acuerdo de conciliación, se dispuso que la tenencia de la niña estaría a cargo de su padre así como de un régimen de visitas en favor de su madre. Ante la retención en el domicilio de la madre, se inició un proceso de hábeas corpus por retención indebida y atentado contra la libertad de su menor hija, presentándose una nueva demanda de habeas corpus por la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva en conexidad con el derecho de la menor favorecida a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y de libertad individual, debe indicarse como antecedente que se interpuso la denuncia por delito de resistencia y desobediencia a la autoridad, ordenando también el allanamiento y descerraje en los domicilios solicitados, pero al constituirse en el lugar allanado no se encontró ni a la menor ni a la demandada. (Sentencia del Tribunal Constitucional del expediente 04227-2010-HC).

En las resoluciones de estos casos, el Tribunal Constitucional ha señalado de manera reiterativa que se vulnera el derecho del niño a crecer en un ambiente que le prodigue afecto y seguridad moral y material. Asimismo se afirma que si uno de los padres tiene razones para cuestionar la tenencia a favor del otro, debió acudir a las vías legales en lugar de sustraer al menor de modo traumático o impedir el contacto con su madre. En ambos casos, el Tribunal Constitucional concluye considerando que la

demanda debe ser estimada, y que se debe proceder a la entrega del niño a su madre o padre según sea el caso.

Al respecto, corresponde reflexionar sobre el rol del Tribunal Constitucional, que en estos casos exige no solo evaluar sobre la retención ilícita del niño por alguno de los padres sino también se exige la entrega al otro, lo que implícitamente deriva en la valoración de su idoneidad, y por lo tanto su pronunciamiento sobre cuestiones que no le competen.

2. INSTITUCIONES FAMILIARES

En el ámbito civil se han incorporado instituciones para establecer o restituir el ejercicio de los derechos y deberes de los padres y de los miembros de la familia en relación al niño. A continuación nos detendremos en su análisis para destacar los principales aportes de la doctrina de la protección integral en brindarles contenido.

2.1. La patria potestad

La «patria potestad» como nominación ha sido superada en la doctrina, en la medida que esta institución tiene sus orígenes en el derecho romano con el *pater familias*, autoridad que tenía plena potestad sobre la mujer, hijos y esclavos. En la actualidad el rol de los padres es garantizar el ejercicio efectivo de derechos en los hijos, y está contemplado en el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que refiere a las obligaciones comunes de los padres hacia sus hijos en resguardo de su interés superior.

De esta manera la patria potestad se constituye en una institución garantista de los derechos genéricos y específicos de los niños y adolescentes, es decir, de aquellos derechos que tienen su origen en su condición de personas y de los otros, que están directamente relacionados al desarrollo oportuno e irreversible de su máximo potencial humano.

En consecuencia, el rol primordial de los padres es cumplir con un encargo social que se hace visible y exigible tanto en la legislación

internacional como nacional, «hacerse cargo del desarrollo integral⁸ de los hijos(as)»⁹. Sobre el particular, en relación a la responsabilidad de los padres en la crianza de los hijos, Margelys Guevara señala que «la familia de manera prioritaria e inmediata debe cumplir una función orientadora y permisiva, en relación a la primera deberá impartir dirección y orientación a sus hijos y en relación a la segunda, deberá permitir a los hijos ejercer los derechos conforme a su capacidad evolutiva [...]» (Guevara, 2006, p. 79).

Ahondando en ello, el sentido jurídico de cada uno de los deberes correspondientes a la patria potestad, los cuales han sido explicitados en el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, son un desagregado del deber genérico de velar por el desarrollo integral de los hijos(as), contenido en el literal a del mencionado artículo.

Sin embargo, también la doctrina y normativa nacional han colocado límites a la autoridad parental, cuando se tergiversa su ejercicio. Sobre este particular, resulta de importancia analizar lo indicado en el artículo 24, literal a del Código de los Niños y Adolescentes, que se refiere al deber del hijo(a) de «Respetar y obedecer a sus padres o los responsables de su cuidado, siempre que sus órdenes no lesionen sus derechos o contravengan las leyes». En consecuencia, este deber de obediencia establece un límite, por estar supeditada al contenido del mandato, por lo tanto, la negación de su cumplimiento queda a la decisión justificada de los hijos en el entorno familiar, en función de su condición de sujetos de derechos.

El literal referido sintetiza finalmente la autonomía que estamos reconociendo al niño y adolescente en el ámbito familiar, como un miembro de la familia que tiene sus propios sentimientos, pareceres,

⁸ Entendemos por desarrollo integral lo señalado en el artículo 27.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, refiriéndose al desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del niño(a).

⁹ Además del artículo 27.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, está consignado en el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes.

vivencias y su manera de interpretar sus relaciones interfamiliares¹⁰. Sobre el particular, Grosman y Mesterman (1998) indican que en la legislación comparada se repite la constante de mantener el deber de obediencia de los hijos con respecto a los padres, sin otorgarle un carácter absoluto, es decir de exigibilidad sin excusa.

Es así como los artículos 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño favorecen a la alusión de una autodeterminación progresiva del niño en la dinámica familiar, de esta manera se alude al deber de la familia de brindarle dirección y orientación para el ejercicio efectivo de sus derechos conforme a la evolución de sus facultades. Sobre el particular, resulta ilustrativo lo planteado por el Comité de Derechos del Niño:

La evolución de las facultades como principio habilitador [...] se basa en el concepto de «evolución de las facultades» para referirse a procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor [...] (Comité de Derechos del Niño, observación general 7, fundamento 7).

¹⁰ La Conferencia sobre el Derecho de Familia, organizada por el Consejo de Europa en Viena, en 1977, incorporó las siguientes recomendaciones: 1) la autoridad parental debe ser ejercida de modo que se respete la personalidad y el bienestar del hijo; 2) para algunas decisiones importantes, los padres deben contar con el parecer del menor capaz de discernimiento, en tanto que para otras es conveniente intentar su conformidad; 3) el derecho-deber de educación debe ejercerse teniendo en cuenta las aptitudes, disposiciones y vocación del hijo, antes de adoptar medidas esenciales en este aspecto, es necesario escuchar al menor y obtener, en lo posible, su acuerdo; 4) es menester acordar al mayor de 14 años la posibilidad de acudir al juez, si no está de acuerdo con una medida específica de los padres, en particular en lo que se refiere a su formación y carrera profesional; con relación al cuidado de su salud del hijo, cuando el menor ha alcanzado un cierto grado de madurez, debe dar su consentimiento respecto de los actos que puedan atentar contra su integridad personal (una operación quirúrgica o determinados cuidados médicos o un aborto).

a. Tenencia

La tenencia como atributo de la patria potestad refiere al derecho y deber de los padres de tener consigo a sus hijos en su domicilio, a fin de prodigarles cuidado y atención. Para fijar la tenencia se tendrá en cuenta la opinión del niño o adolescente, así como el resguardo del interés superior del niño. En principio esta potestad es atribuida a los padres, pero tal y como lo indica la ley, en caso de desacuerdo o acuerdo perjudicial, lo determinará el juez especializado (artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes).

Esta institución ha sido replanteada en su contenido. Actualmente, bajo la orientación de la doctrina de la protección integral, no tiene un carácter exclusivo y excluyente de uno de los padres. Por consiguiente, al ahondar en esta temática, corresponde que nos detengamos en la coparentalidad, que refiere a la presencia de ambos padres, que aun viviendo separados, son partícipes y responsables directos de la crianza, educación y orientación de los hijos.

Este planteamiento doctrinal, no es coincidente con lo indicado en la normativa nacional, la cual focaliza la atención en el ejercicio exclusivo de la patria potestad para quien detenta la tenencia, cuando los padres viven separados. Esto es fácilmente constatable al revisar los artículos 420 del Código Civil y el literal g del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes, normas referidas a la suspensión de la patria potestad al padre o madre que no detenta la tenencia. Asimismo, esta orientación en la normativa peruana se hace evidente también en lo señalado en el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, que al referirse al régimen de visitas indica: «Los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos».

De similar manera se indica para el caso de los hijos extramatrimoniales, en la medida que el artículo 421 del Código Civil señala que la patria potestad la ejerce el padre o madre que reconoció al hijo; en el supuesto de que ambos lo hubieran reconocido, será el juez quien fije el ejercicio de la patria potestad. Asimismo, el artículo en mención alude a la existencia

de criterios que deberán ser valorados al momento de determinar el otorgamiento de la tenencia. Sobre el particular, resulta interesante notar que no hay referencia normativa similar al caso de los hijos forzosamente reconocidos (o vía judicial), por lo cual se presume que éste no querría el ejercicio de la patria potestad.

En relación a los criterios para la fijación de la tenencia, corresponde detenernos en el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, cuando señala (i) con quien el niño, niña o adolescente convivió más tiempo y (ii) la preferencia de entregar el hijo(a) menor de 3 años a la madre. Sobre el particular se puede constatar que la orientación jurisprudencial interpreta los «criterios» de manera orientadora más no obligatoria o de imperativo cumplimiento, es decir su aplicación está ajustada a cada caso concreto, en aras del interés superior del niño¹¹.

Otro tema de especial relevancia refiere al derecho a la tenencia de los abuelos, en particular cuando uno de los padres haya fallecido y se discuta la tenencia entre el abuelo y el otro progenitor. En este caso se hace necesario analizar como la tenencia se constituye en un atributo de la patria potestad y por lo tanto, no es jurídicamente aceptable otorgar la tenencia sin la patria potestad, tal y como sucede con los abuelos, y para efectos prácticos, no corresponde otorgar tenencia sin representación legal, es decir la potestad legal de actuar jurídicamente en representación del niño.

En base a ello, consideramos que la tutela es la institución pertinente para el caso de los abuelos, sin embargo para que proceda otorgarla será necesario afectar previamente el ejercicio de la patria potestad en los progenitores, mediante la suspensión o pérdida, a fin que sea concebida como institución supletoria.

¹¹ Esto se desprende del análisis realizado por la Corte Suprema en la casación 5051 – 2011 y la casación 1961-2012.

b. Régimen de visitas

El régimen de visitas inicialmente fue interpretado solo en beneficio del padre o madre que no detentaba la tenencia, en la actualidad se constituye en un derecho del niño o adolescente, en la medida que permite dar cumplimiento a lo indicado en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que textualmente señala: «Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño».

En la interpretación del artículo en mención, Salanova señala: «de ningún modo cabe hablar de un derecho del menor a permanecer bajo cualquier circunstancia y a toda costa bajo la custodia de sus padres.» (1995, p. 232), pero, en todo, caso corresponde que esta separación proceda cuando sea absolutamente necesario en el resguardo del interés superior del niño; para ello será necesario que analicemos cada caso en concreto y realicemos la ponderación de derechos que corresponda para su solución, a fin de determinar si debe ser requerida la afectación del derecho al contacto personal entre padres e hijos a fin de priorizar otros derechos.

En adición, corresponde destacar como se vincula el derecho de mantener contacto con el padre o madre con el derecho a la identidad, tal y como ha sido establecido en el artículo 7.1 de la norma internacional citada, al indicar que «en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos», esto último implica una relación personal en la cual se transmiten los componentes de la identidad, ya mencionados.

En la legislación nacional el derecho del niño o adolescente a las visitas de su progenitor y el contacto personal entre ellos, resulta de sumo interés, esto es claramente verificable cuando para la tenencia se incorpora el criterio: «Se priorizará el otorgamiento de tenencia a quien mejor garantice el derecho del niño o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor» (artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes). Esto conlleva que el actor de administración de justicia pueda realizar

una valoración de la conducta de los progenitores, tanto en los hechos probados como durante el desarrollo del proceso.

Otra cuestión a reflexionar es lo relativo a la nominación del régimen de visitas, en la medida que se le entiende restrictivamente por estar sujeta a un horario establecido voluntariamente entre las partes o por decisión judicial, desnaturalizando el carácter espontáneo de la interrelación de los padres con sus hijos.

c. Tutela

Procede cuando el ejercicio de la patria potestad es afectada y la familia ampliada o extensa asume un rol en la crianza y cuidado de sus parientes menores de edad. Sobre este caso particular nuestra normativa ha establecido la figura jurídica de la tutela (en el ámbito civil), al declararse la suspensión, pérdida o extinción de la patria potestad; cuyos supuestos han sido establecidos en los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes.

Los miembros de la familia ampliada o extensa son aquellos integrantes de la familia con quienes se comparte un parentesco lineal o colateral hasta el cuarto grado, según lo señalado en la normativa peruana. La participación de la familia extensa debemos considerarla acertada puesto que permite fortalecer los vínculos familiares a fin de brindar un espacio protector a los niños o adolescentes, y recurrir en menor proporción al actuar supletorio estatal, mediante el ámbito tutelar. Esto se encuentra consignado en el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que sostiene:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Sobre el particular, también resulta de utilidad detenernos en los tipos de familia existentes y en los roles y dinámicas que se van forjando entre sus miembros, en esa orientación el Tribunal Constitucional se ha pronunciado mostrando el vacío normativo sobre los tipos de familia existentes en la sociedad peruana. Agregando además a las familias monoparentales y nucleares, aquellas familias nominadas como ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o «familiastras» (Domínguez, 2006). Esta última ha sido definida como «la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa» (Ramos Cabalnellas, 2006, p. 192), en donde la figura del padre o madre afín deberá ser considerada al momento de definir la figura del tutor o tutora.

De esta manera, cuando se alude a la obligación del Estado de proveer al niño una familia, debe interpretarse en sentido extenso, es decir, garantizarle al niño una familia funcional para su desarrollo integral, debiendo en consecuencia recurrir en situaciones extremas a los miembros de la familia que no pertenecen al entorno familiar inmediato del niño.

3. LÍMITES A LA AUTORIDAD PATERNA

La probabilidad jurídica de limitar la autoridad paterna ha sido establecida en la normativa y en la doctrina vigente. De esta manera, el jurista O'Donnell (2004) fija ciertas condiciones para la intervención judicial en conflictos del ámbito familiar, específicamente en la decisión de separar a un niño de su familia, contenidas en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al sostener que:

- La decisión sólo puede ser tomada por las autoridades competentes de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables.
- El niño tiene derecho a ser escuchado y su opinión debe ser tomada en cuenta, en función de su edad y madurez.

- Debe considerarse que el niño debe mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, a menos que tal contacto sea contrario al interés superior del niño.

Asimismo, según Joseph Goldstein (2000), la naturaleza de la intervención estatal, en primer lugar radica en su naturaleza de «mínima» en resguardo de la autonomía paterna e intimidad familiar, y, en segundo lugar, el accionar estatal deberá estar dirigido al bienestar del niño, es decir a proveerle una familia que cumpla con su rol de prodigar cuidados y atención a sus miembros para garantizar su desarrollo integral. La postura del autor se ve reforzada al indicar que «[...] la justicia no tiene la capacidad de supervisar los vínculos interpersonales delicadamente complejos entre padres e hijos. Como *parens patriae* el Estado es demasiado crudo como instrumento para volverse un adecuado sustituto de los padres.» (en Belof, 2000, p. 203).

Esto coincide con la esfera de autonomía familiar expresada en el derecho anglosajón con el *privacy*, reconocido en el artículo II de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que señala: «El niño debe ser cuidado con el debido respeto a la familia como entidad». Así también Salanova (1995), al referirse a la doctrina española, indica que el derecho a la vida privada familiar es un derecho fundamental recogido en la Constitución española y es generador de jurisprudencia por el Tribunal Europeo.

Por otro lado, la autora en mención alude al «principio de intervención subsidiaria» o «principio de subsidiariedad», refiriéndose a los requerimientos para autorizarse la limitación de la autonomía de la familia, al respecto señala la familia debe ser respetada en la medida que cumpla con las obligaciones que le corresponden, de lo contrario la autoridad estatal no sólo estará legitimada sino también obligada a intervenir en el ámbito familiar a fin de brindar protección directa al niño.

Estos principios son sustancialmente importantes porque no sólo están orientados a resguardar el derecho a la vida privada familiar, sino

también a garantizar el principio de la seguridad jurídica, el cual refiere a los mecanismos procedimentales previamente preestablecidos en el ámbito legal, evitándose en consecuencia que las decisiones sean arbitrarias y dejadas plenamente a discrecionalidad o criterio de la autoridad judicial, según su propio parecer.

Por lo tanto, el sustento de la intervención estatal se encuentra también en el límite a la autonomía paterna a fin de priorizar la salvaguarda del desarrollo integral del niño, evitándose que en aras de la autoridad paterna se cometan abusos, justificados en muchas ocasiones en el deber y derecho de deber de crianza y disciplina de los hijos.

En todo caso, esta limitación del derecho del niño a vivir con sus padres debe ser valorado en cada caso concreto, buscando que se priorice su interés superior.

En base a lo indicado, la intervención del Estado para limitar la autoridad paterna está sustentado en el resguardo de derechos en el niño y adolescente, en base a ello no podrá expresarse motivos vinculados a otros factores, como por ejemplo los tipos y dinámicas familiares alejadas de los predominantes o vigentes en el imaginario de una sociedad dada, alegándose supuestamente del interés superior del niño. Sobre el particular podemos constatar lo afirmado por la Corte Interamericana:

Al respecto, el juez tampoco indicó qué riesgos reales y probados se derivan del crecimiento de una niña en una familia monoparental o ampliada, ni determinó por qué la ausencia de la madre en el caso concreto «perjudicaría [la] salud mental y seguramente física» de la niña, como afirmó [...]. Las consideraciones del Juez de Primera Instancia demuestran también una idea preconcebida de lo que es ser progenitor único, ya que [...] se le cuestionó y condicionó su capacidad y posibilidad de ejercer su función de padre a la existencia de una esposa. El estado civil de soltero [...], equiparado por uno de los jueces a «la ausencia de familia biológica», como fundamento para privarle judicialmente del ejercicio de sus funciones de padre, constituye una denegación de un derecho basada en estereotipos

sobre la capacidad, cualidades o atributos para ejercer la paternidad de manera individual, ello sin haber considerado las características y circunstancias particulares del progenitor que quiere, en su individualidad, ejercer su función de padre» (CIDH, caso Forneron e hija vs Argentina, fundamentos 95, 98 y 99).

Entre otros argumentos consignados, la Corte señaló que en la Convención Americana no se alude a un concepto único de familia, ni mucho menos que se proteja a un sólo modelo, resaltándose que el término «familiares» debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. Además se señaló que no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños.

3.1. Suspensión de la patria potestad

La suspensión de la patria potestad refiere a limitar el ejercicio de derechos en la autoridad parental como consecuencia del incumplimiento de sus deberes —contenidos en el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes—, lo que afecta el desarrollo integral de sus hijos —incumpliendo lo indicado en los artículos 8 y literal a del artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes—, o también por circunstancias ajenas a la voluntad de los padres —muerte, interdicción, mayoría de edad en los hijos—.

Será posible entonces correlacionar cada supuesto de suspensión de la patria potestad con el incumplimiento de un deber de la patria potestad, ejercicio que podremos realizar a continuación:

Causal Suspensión de la patria potestad Artículo 75 del CNA	Deber incumplido que origina la suspensión de la patria potestad Artículo 74 del CNA
Órdenes, consejos o ejemplos que corrompan a sus hijos	Darles buenos ejemplos de vida
Dedican a la mendicidad o permiten su vagancia	Proveer su sostenimiento y educación
Maltratan física o mentalmente	No disciplina con castigo corporal y trato humillante
Se niegan a prestarle alimentos	Velar por su sostenimiento

La separación o divorcio de los padres, o la invalidez del matrimonio como supuesto de suspensión de la patria potestad¹² origina una complicación en su entendimiento y análisis, en la medida que se diferencia de las demás situaciones que ocasionan la trasgresión de un deber de los padres y la consecuente afectación de su desarrollo integral. Se busca culpabilizar y sancionar al padre o madre que haya incurrido en el incumplimiento de un deber matrimonial y haya producido el decaimiento del vínculo matrimonial, en base a la Teoría del Divorcio Sanción, extendiendo sus efectos a la relación paterno-filial. Sin embargo, no debería establecerse una relación causal entre la frustrada relación marital y la relación paterno filial, sino por el contrario concebirse como una pretensión autónoma y no accesoria, y probarse en qué medida las circunstancias que originaron la causal del decaimiento del vínculo matrimonial afectan la relación parental.

La Corte Suprema se pronunció en relación al caso judicial de una madre que fuera condenada por falsificar una serie de documentos públicos y privados vendiendo el único inmueble familiar, siendo merecedora a una pena de tres años de prisión, indicando que: «el mérito de la referida sentencia por sí sola no constituye un elemento de juicio suficiente para acreditar la causal comentada, si se tiene en cuenta que al finalizar el

¹² Artículo 75 literal g del Código de los Niños y Adolescentes, de conformidad con los artículos 282 y 340 de Código Civil.

mencionado proceso penal, las referidas menores no han sido consideradas directamente como agraviadas por lo cual es menester determinar si el resultado de dicho proceso penal efectivamente menoscabó los intereses de las indicadas menores.» (Casación 1489-2009 CUSCO del 24 de marzo de 2010, considerando sexto). Es decir el delito probado se concibió como prueba insuficiente para afectar la patria potestad, mediante la declaración de su pérdida, lo cual ameritaba una mayor profundidad en el análisis del caso.

3.2. Pérdida y extinción de la patria potestad

A diferencia de la suspensión de la patria potestad, cuando aludimos a la pérdida y extinción nos referimos al término de la relación paterno-filial. En el primer caso se alude a supuestos de incumplimiento de deberes paternofiliales, mientras que el segundo está referido a supuestos que por situaciones naturales ponen término a la relación paterno-filial. Graficaremos con ejemplos cuando nos referimos a uno u otro supuesto.

En el caso de la reiteración de maltrato luego de que se hubiera afectado el ejercicio de la patria potestad, procede que se declare la pérdida; mientras que en el supuesto que el hijo adquiriera la mayoría de edad o contraiga nupcias, con autorización, a partir de los dieciséis años, podremos aludir a la extinción de la patria potestad.

Las diferencias entre los efectos jurídicos de la suspensión con la pérdida y extinción de la patria potestad, es que la suspensión de la patria potestad produce efectos temporales, mientras que la pérdida y extinción tiene efectos definitivos en el vínculo paterno-filial. Para la restitución de la patria potestad, luego de haberse afectado con la suspensión, deberá demostrarse que la situación que originó la suspensión ha variado en favor del niño o adolescente.

3.3. Niño y adolescente en desprotección familiar

La protección de los niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos ha sido consignada en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24.1), en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 19) y también en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, que establece el compromiso de los Estados Partes a brindar adecuada protección al grupo familiar (numerales 2 y 3 del artículo 16).

La respuesta tutelar del Estado peruano refiere a la intervención en la vida privada de los niños y adolescentes, así como en el ámbito familiar del cual procede, con la finalidad de resguardar sus derechos, supliendo temporalmente la ausencia o disfuncionalidad de la familia, para brindarle un entorno que garantice su desarrollo integral.

a. Características de la tutela estatal

Entre las características de la tutela del Estado podemos mencionar:

Sustento jurídico constitucional de la obligación de prodigar protección al niño

Conforme al bloque constitucional conformado por la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución Política del Perú, en el artículo 4 del marco normativo constitucional se establece la protección que debe prodigarse a los niños y adolescentes en estado de abandono. Sobre el particular, la Defensoría del Pueblo (2010) se pronuncia en este sentido al referirse a la obligación de protección, que se caracteriza por ser reforzada cuando se constata el abandono en los niños. Es decir sumada a su condición de niño, niña o adolescente se suma su situación de desamparo.

Legitimidad de la intervención tutelar

La finalidad del proceso tutelar será justificar la intromisión del Estado en la vida del niño o adolescente, así también en su familia¹³, a fin de proveer la protección a éstos, y asimismo favorecer a la restitución y ejercicio efectivo de sus derechos, especialmente su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en una familia¹⁴. Asimismo, la tutela estatal será legítima cuando mantiene un carácter temporal, es decir un plazo en el tiempo, siendo el único propósito amparar al niño o adolescente mientras se implementa la estrategia sociojurídica de su reintegración a una familia.

En base a lo indicado, la intervención tutelar del Estado debe concebirse como una respuesta extrema, supletoria (subsidiaria) por la ausencia o probada imposibilidad de los padres y de familia extensa de dar cumplimiento a sus obligaciones en relación al niño o adolescente. Esto es fácilmente constatable, cuando al descartarse la tutela legítima y la tutela dativa (fijada judicialmente con autorización del Concejo de Familia) deberá establecerse la tutela estatal, en donde el director del Centro de Atención Residencial (CAR) asume la tutela como la máxima autoridad y, por lo tanto la representación legal del niño o adolescente sin cuidado parental o en riesgo de perderlo.

¹³ En la legitimación de la intervención estatal está establecida la investigación tutelar, que con el auto apertorio se fijan las diligencias a actuarse, entre las cuales está establecido: examen psicossomático (conocer edad aproximada del niño), pericia pelmastoscópica (reconocer la edad aproximada del infante con las huellas digitales de la planta del pie), informe de la División de Búsqueda de Personas Desaparecidas de la PNP, así como los informes técnicos (social, psicológico y médico).

¹⁴ Este supuesto ha dado origen a la Ley del Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores declarados judicialmente en Abandono (ley 26981 y su respectivo reglamento 010-2005-MIMDES), en la medida que es obligación de INABIF poner en conocimiento de la Secretaría Nacional de Adopciones (artículo 4 l. del reglamento de la ley en mención) para que se proceda a impulsar el procedimiento administrativo de adopción.

Principios jurídicos para la actuación protectora del Estado

Según lo indicado en la normativa referida a la protección de niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos¹⁵, se plantean los siguientes principios:

- Diligencia excepcional: refiere a la respuesta estatal celer, eficaz, responsable y con cuidado a los niños y adolescentes que se encuentren en situaciones de riesgo o desprotección familiar.
- Informalismo: alude a que los derechos de los niños y adolescentes no deben verse afectados por los aspectos formales que puedan ser subsanados dentro de un procedimiento, bajo la condición que no afecte derechos de terceros.
- Integración familiar: indica que la actuación del Estado deberá estar direccionada a promover de manera prioritaria la integración del niño o adolescente en su familia de origen.
- Flexibilidad y gradualidad: señala que las medidas de protección deben ser revisadas con periodicidad y variarse conforme a las circunstancias personales y familiares.
- Subsidiaridad progresiva de la actuación del Estado: alude a que la actuación estatal es proporcional al grado de riesgo o desprotección familiar, haciéndose cargo subsidiariamente de los niños o adolescentes.

Asimismo, se alude a los principios del interés superior del niño, igualdad y no discriminación e interculturalidad; haciéndose especial referencia a los principios de excepcionalidad y temporalidad, así como de necesidad e idoneidad que trataremos en el siguiente literal.

¹⁵ Decreto legislativo 1297, publicado en el *Diario Oficial «El Peruano»*, el 31 de diciembre de 2016.

El acogimiento residencial como última ratio

El acogimiento residencial es una medida de protección frente a la desprotección familiar, tanto en sentido provisional como permanente (artículo 59 del decreto legislativo 1297). Esta medida es concebida como última ratio, por tratarse de la máxima intervención del Estado en la vida privada y familiar del niño o adolescente. El internamiento, no importa cuál sea su finalidad (en este caso protección), siempre constituye una restricción o privación de la libertad, y por lo tanto, es entendida como una medida extrema por el actor de administración de justicia, en el entendido que la intervención siempre deberá privilegiar el crecimiento y desarrollo del niño al interior de una familia, sea esta propia o no, de esta manera es plasmado en el Principio de Aplicación Preferente de las Medidas de Protección (artículo 58, literal d, del decreto legislativo 1297), que refiere a la aplicación prioritaria del acogimiento familiar en relación al acogimiento residencial.

Además, la normativa plantea el principio de excepcionalidad y temporalidad, este alude a que la medida de protección que implique la separación del niño o adolescente de su familia de origen es excepcional y por el más breve plazo, y por lo tanto deberá estar sustentada en la existencia de circunstancias objetivas y en función del interés superior del niño. En el caso del acogimiento familiar provisional se establece un plazo máximo de dieciocho meses, transcurrido el plazo la autoridad competente determina la reintegración familiar o promueve la declaración judicial de desprotección familiar y la consecuente aplicación de una medida de protección de carácter permanente.

Así también, el principio de necesidad e idoneidad, el cual refiere a que la separación del niño o adolescente de su familia procede cuando todos los medios para mantenerlo en su familia no han surtido efecto o han sido descartados. Por otro lado, la idoneidad alude a la selección de la medida de protección más adecuada al caso y que mejor responda a las necesidades de cada niño o adolescente en situación de riesgo o desprotección familiar.

Medidas de protección

En el ámbito tutelar las medidas de protección dependerán de la condición del niño o adolescente, es decir si se encuentra en alguna de las siguientes situaciones: (i) situación de riesgo, (ii) desprotección familiar provisional o (iii) desprotección familiar judicialmente declarada.

Medidas de protección para la situación de riesgo del niño o adolescente	Medidas de protección para la desprotección familiar provisional del niño o adolescente	Medidas de protección para la desprotección familiar judicialmente declarada del niño o adolescente
<ul style="list-style-type: none"> • Apoyo a la familia para fortalecer competencias de cuidado y crianza. • Acceso a servicios de educación y salud para los niños. • Acceso a servicios de atención especializada. • Apoyo psicológico a favor del niño. • Acceso a servicios para prevenir y abordar situaciones de violencia. • Acceso a servicios de cuidado. • Acceso a servicios de formación técnico productivo para el adolescente y su familia. • Inclusión a programas sociales. • Otras que fueran necesarias. 	<ul style="list-style-type: none"> • Acogimiento familiar. • Acogimiento familiar en familia extensa. • Acogimiento familiar con tercero. • Acogimiento familiar profesionalizado. • Acogimiento residencial. 	<ul style="list-style-type: none"> • Acogimiento familiar permanente. • Acogimiento familiar en familia extensa. • Acogimiento familiar con tercero. • Acogimiento residencial permanente. • Adopción.

La intención del legislador es descartar la situación de pobreza como justificante para que el niño o adolescente sea destinatario de medidas de protección por desprotección familiar, sobre el particular se señala: «La situación de pobreza, en ningún caso justifica, por sí sola, la separación del niño o adolescente de su familia de origen, ni constituye desprotección familiar. Es responsabilidad del Estado incorporar a estas familias a

programas y servicios de protección social.» (artículo 2, literal g, del decreto legislativo 1297).

La adopción al niño o adolescente como medida de protección

Al niño o adolescente declarado judicialmente en desprotección familiar, procede promoverlo en adopción¹⁶. Se señala que conforma una familia con el adoptante, constituyéndose en parte de ésta, con todos los derechos y obligaciones que se originan en la condición de hija o hijo, y asimismo se extingue cualquier relación jurídica en razón del parentesco consanguíneo con sus ascendientes y parientes colaterales. La normativa agrega que la adopción tiene un carácter pleno, indivisible e irrevocable en la relación paterno-filial entre el adoptante y el adoptado (artículo 127 del decreto legislativo 1297).

Requisitos mínimos de la adopción en el Perú:

Según el artículo 125 del decreto legislativo 1297 los requisitos son:

- Contar entre veinticinco y sesenta y dos años de edad. La edad máxima puede ampliarse excepcionalmente por razones debidamente justificadas en función del interés superior del niño.
- Acceder voluntariamente a la adopción en forma escrita. Los cónyuges o integrantes de unión de hecho deben presentar la solicitud en forma conjunta.
- Contar con declaración de idoneidad.

¹⁶ En relación al tema, el Código Civil de 1852 aludía adopción plena y semiplena. La adopción plena refiere según lo indicado en el artículo 332 a que el adoptado obtiene la calidad de hijo legítimo del adoptante. Sin embargo, el siguiente artículo refiere que el adoptado solo tiene vínculo jurídico entre ellos y sus descendientes, más no con los hermanos ni padres del adoptante, lo que podría dejar al adoptado en pleno abandono a la muerte del adoptante.

4. APLICABILIDAD DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL RESGUARDO DEL DERECHO A LA FAMILIA

El interés superior del niño es aplicable para el resguardo del derecho a una familia funcional de los niños o adolescentes. En esta medida, se faculta a limitar los derechos de los padres para privilegiar el ejercicio de derechos en los hijos, que son concebidos de mayor prioridad, como podría ser el derecho a la integridad física por implicar su desarrollo integral.

Así también, el interés superior del niño permite adoptar decisiones a favor de generar la coparentalidad o el trato continuo del niño con sus padres, no importando que estos vivan separados, esto exige como ya lo hemos mencionado que los padres antepongan los derechos e intereses de sus hijos a sus propios intereses.

Relacionado al ámbito tutelar, la legislación inspirada en la doctrina de la protección integral, protege y salvaguarda primordialmente el derecho de todo niño de vivir, crecer y desarrollarse al interior de su familia. Sólo en defensa de sus derechos, cuando su entorno sociofamiliar pone en peligro su condición de sujeto de derechos, y en aras del interés superior del niño, el Estado podrá intervenir y brindarle un ambiente familiar sustitutorio adecuado, favoreciendo a su normal desarrollo.

5. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es la orientación de la patria potestad en la actualidad?
2. ¿Cómo entender los criterios de valoración del juez para otorgar la tenencia?
3. ¿Por qué no procede la intervención tutelar por el supuesto de falta o carencia de recursos materiales o por situación de pobreza?

CAPÍTULO 5

ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

La responsabilidad atenuada por la corresponsabilidad del Estado

1. EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

La justicia penal juvenil ha tenido su origen tras la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por el Estado peruano, en la medida que esta normativa ha enfatizado el requerimiento de brindar una respuesta penal frente a supuestos de vulneración de bienes jurídicos por parte de los niños, quedando a criterio de cada Estado Parte fijar la franja o periodo etario de responsabilidad penal.

Desde la perspectiva doctrinal, la principal justificación para atribuir responsabilidad penal a los adolescentes ha sido reconocerles garantías a fin de colocar un escudo protector frente al rol persecutor del Estado, evitando encubrir el control social con medidas de protección al declararlo inimputable, tal y como sucedió en la doctrina de la situación irregular, mencionada en el primer capítulo.

1.1. Concepto jurídico

Resulta útil e importante identificar la relación intrínseca entre la especialidad del derecho de la niñez y adolescencia y la especialidad penal, pues los orígenes de las legislaciones de menores tienen lugar en el derecho penal de adultos y, en un segundo momento, cuando verificamos la transición de una doctrina a otra —de la llamada «doctrina de la situación

irregular» a la doctrina de la protección integral—, podemos constatar la vigencia de normativa internacional que buscó impactar en el surgimiento de un derecho penal juvenil, como:

- Reglas mínimas uniformes de las Naciones Unidas para la administración de justicia, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985.
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990.
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad – Reglas de la Habana, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad – Reglas de Tokio, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.

Con posterioridad tiene vigencia la observación general 10, llamada «Los derechos del Niño en la justicia de menores» (Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/10, del 25 de abril de 2007), y desarrollada por el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas. La orientación jurídica común de estos instrumentos normativos ha estado focalizada en:

- (i) Reconocer la responsabilidad penal en los menores de edad, asignándoseles una respuesta penal diferenciada a la que corresponde a los adultos.
- (ii) Recalcar el requerimiento de la especialización en los actores de administración de justicia penal juvenil.
- (iii) Colocar la temática de prevención de la delincuencia juvenil como una prioridad, enfatizando en las políticas sociales de resguardo de

derechos como son: el ambiente familiar adecuado y la participación de los niños y jóvenes en su comunidad.

- (iv) Enfatizar en la creación de mecanismos de coordinación intersectorial e interinstitucional visualizándose que la temática penal juvenil no solo es un problema de juzgados sino del Estado y de la sociedad civil en su conjunto.

1.2. Características

a. Edad de responsabilidad penal

En la doctrina se alude a la franja de responsabilidad penal juvenil para otorgar una reacción punitiva especial, que consiste en determinar el límite superior referido a qué edad es atribuible la responsabilidad penal de adultos y el límite superior que alude a bajo qué edad es exento de todo tipo de responsabilidad penal. En el caso peruano la franja de responsabilidad penal juvenil abarca de los 14 años hasta cumplir los 18 años de edad, a partir de cuya edad es juzgado en su condición de adulto. En relación a la temática Bustos Ramírez indica:

[...] la edad límite de diferenciación con el adulto a de fijarse en los 18 años, pues ella corresponde a la que se considera en general, conforme al ordenamiento jurídico en su conjunto, la del ejercicio pleno de todos los derechos. Por otra parte, la edad límite de diferenciación con la exclusión de responsabilidad penal ha de fijarse al término de un determinado proceso educativo de internacionalización de ciertos valores básicos del sistema, que generalmente está entre los 12 y 13 años (Bustos, 2004, p. 657).

A los adolescentes mayores de 14 años de edad que infringen la ley penal y cuya responsabilidad es probada en un debido proceso, se les aplican sanciones que han sido nominadas «medidas socioeducativas». En consecuencia, los Estados han renunciado a ejercer el poder punitivo estatal con los niños o adolescentes menores de 14 años de edad.

Además, la Regla 4 de Beijing establece que la imputabilidad penal «no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual del niño». Igualmente, la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados Partes a tener una edad mínima en la cual se presume que el niño no puede infringir la legislación penal o criminal «Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover [...]: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales» (artículo 40.3, inciso a). Esto deberá valorarse en la consideración que la imputabilidad penal va aparejada con la capacidad civil progresiva para el ejercicio de derechos.

Por otro lado, es importante destacar el vacío legislativo existente en relación a que no existe un tratamiento diferenciado para los niños o adolescentes menores de edad de 14 años que han cometido un ilícito penal. Sin embargo, las Naciones Unidas han considerado que a los niños eximidos de responsabilidad penal no debe abrirseles un proceso judicial para demostrar su autoría en la infracción que se les atribuye, requiriéndose erradicar la aplicación de medidas que encubran un control socio-penal —como sucede al aplicársele una medida protección que implica su internamiento en una institución—, por ello se alude explícitamente al final del artículo en mención y no de manera innecesaria a que «[...] se respetaran plenamente los derechos humanos y las garantías legales.»

El ámbito tutelar referido a la protección del Estado ha sido la respuesta priorizada en esta temática, en la medida que se alude a la ausencia o ineficacia del control social informal en los niños o adolescentes, que ha favorecido a la trasgresión prematura de una norma penal, afectando un bien jurídico tutelado. En consecuencia, la intervención tutelar se constituye en un límite al *ius punendi* con este sector de la infancia.

Esto implica la fijación de una edad antes de la cual el niño se considere exento de responsabilidad penal —un criterio objetivo que no implique madurez o discernimiento— y *iuris et de iure* —que no admite prueba en

contrario, o sea, que es categóricamente cierto desde la perspectiva jurídica. La edad de relevancia jurídica es aquella que se tenía al momento de la comisión del ilícito penal; en base a ello se ha establecido el presunción de minoridad que señala «En tanto no se acredite de forma fehaciente la edad del imputado, se presume la minoridad de edad, quedando sujeto a las disposiciones establecidas en el presente Código» (artículo 4 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes).

Este supuesto ha generado discusión en el ámbito judicial en relación a la víctima en la medida en que no se inicia un proceso penal, cuestión que dificulta determinar la responsabilidad de los padres en la vía civil, mediante una indemnización.

b. Relación paterno-filial del adolescente en conflicto con la ley penal

La patria potestad como vínculo jurídico paterno-filial establecido en la normativa nacional tiene supuestos que afectan su ejercicio. Sin embargo, no se hace referencia a la privación de libertad de los adolescentes en conflicto con la ley penal como un supuesto a considerar, tratándose de una situación que amerita una especial valoración, en la medida que los adolescentes no estarán bajo el cuidado de sus padres sino del director de un Centro juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación, quien asumirá la representación legal para adoptar decisiones que pueden implicar el resguardo de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, los deberes de los padres no podrán verse afectados, como, por ejemplo, participar activamente en la estrategia de reinserción social de sus hijos y responder solidariamente por las responsabilidades que se deriven de la infracción a la ley penal cometida por sus hijos, al respecto deben asumir de manera solidaria el pago de la reparación civil.

c. Respuesta penal diferenciada de los adultos

El Código Penal del Perú señala en el artículo 20.2 que «Está exento de responsabilidad penal: El menor de 18 años.», diferenciándose de

lo indicado en el numeral 1 que textualmente expresa que también está exento de responsabilidad «El que por anomalía síquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posee la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según su comprensión». Por lo tanto podemos afirmar, brindando una interpretación sistemática de la normativa, que el adolescente está exento de la responsabilidad penal de los adultos por la etapa de desarrollo, crecimiento y formación que rige su vida.

El adolescente de 14 a 18 años de edad no es penalmente imputable, pero si penalmente responsable¹, esto debido a que no cuenta con el pleno ejercicio de sus derechos. De esta manera, el sustento jurídico de la responsabilidad penal atenuada se halla en el alcance del principio de autonomía o autodeterminación progresiva, en la medida que se alude a que los adolescentes paulatinamente obtienen capacidad civil plena para el ejercicio de todos sus derechos y además no han participado en la elección de las autoridades, quienes norman las conductas lícitas en el ámbito social.

Asimismo, es importante tener en cuenta que se hace necesario valorar el desistimiento natural de conductas trasgresoras en la adolescencia —etapa de desarrollo humano que se caracteriza por poner a prueba la vigencia de las normas— en la medida que llegada la adultez habrá incorporado las exigencias sociales manifiestas en los bienes jurídicos tutelados. En consecuencia, las conductas ilícitas esporádicas deberán ocasionar una reacción penal leve, será necesario más bien que se ponga atención a las conductas persistentes, las cuales revelan la vigencia de los factores de riesgo.

¹ La determinación de la franja de responsabilidad penal ha sido referida en los artículos IV del Título Preliminar y 184 del Código de los Niños y Adolescentes.

d. El carácter atenuado de la respuesta penal juvenil

El adolescente que participa como autor o participe en la comisión de un hecho ilícito y su responsabilidad es probada mediante proceso es nominado «en conflicto con la ley penal» (artículo 1.1 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes). Esta nominación alude al nivel atenuado de la responsabilidad penal que se otorga a los adolescentes mayores de catorce, bajo la presunción *iuris et iure*, que por su etapa de formación y crecimiento, es decir por el proceso de madurez que le toca vivir, no tiene posibilidades de conocer plenamente las consecuencias de sus actos.

Es necesario indicar que la edad que tiene relevancia jurídica es la que corresponde al momento de la comisión de infracción que se le atribuye, sin importar la edad que tiene en el momento que se abre o se sigue el proceso judicial, así como al momento de dictarse la sentencia.

Además, se entiende que la normativa penal de adultos le será aplicable sólo en el caso que le beneficie, esto se sustenta en el principio jurídico del interés superior del niño, y asimismo el carácter supletorio de la normativa penal (artículo 8 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes).

e. Justicia especializada

La justicia especializada en los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal, tiene su principal sustento en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 40.3.b.), que hace referencia a autoridades e instituciones propias para los niños —entiéndase «adolescentes» para el sistema normativo peruano— a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes. Además, a fin de evitar factores criminógenos que contribuyan a una delincuencia persistente, se establece la viabilidad de tratarlos sin recurrir a procedimientos judiciales.

Sobre el particular, la normativa especializada refiere a los Juzgados de Investigación Preparatoria del Adolescente, Juzgados de Juzgamiento de los Adolescentes y las Salas Penales que conocen los procesos para adolescentes

infractores en la Corte Superior y, según sea el caso, en la Corte Suprema. Su actuación está enmarcada en el Principio de justicia especializada que implica y la capacitación en la normativa internacional especializada, orientada por la doctrina de la protección integral (artículo V del Título Preliminar del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes).

La especialización de los juzgados conlleva a un mejor conocimiento del autor de la infracción y al establecimiento de una sanción penal que tenga como objetivo su efectiva reinserción, así como la exigencia de tratar cada caso como un problema humano.

Por otro lado, una estrategia para la administración de justicia especializada es otorgar Equipos Técnicos Interdisciplinarios, que son definidos como órganos auxiliares. Su función consiste en «[...] brindar un enfoque interdisciplinario que permita asistir y orientar profesional y exclusivamente tanto a los jueces, fiscales y defensores» (artículo 30 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes), que se encuentra integrado por médicos, psicólogos, educadores y trabajadores sociales.

El equipo interdisciplinario emite informes solicitados por el juez o fiscal, realiza un seguimiento de las medidas aplicadas y alcanza a las autoridades un informe técnico para la evaluación y las recomendaciones que sean adecuadas al caso. Asimismo, puede identificarse su función en lo señalado en la Regla 23 de las Naciones Unidas para los menores privados de libertad, donde se requiere que se mantenga informado al juez sobre la situación personal y el contexto sociofamiliar del adolescente, a fin de acercarlo a las circunstancias personales, familiares y sociales que pudieron coadyuvar a la conducta de trasgresión a la ley penal por el adolescente².

Sobre el particular se pronuncia el Tribunal Constitucional cuando sostiene que el Código de los Niños y Adolescentes prevé la administración de justicia especializada respecto al adolescente infractor a la ley penal.

² En la actualidad esta temática cobra vital importancia cuando se establece que el juez podrá, de oficio o a pedido de parte, variar la medida de internación por otra de menor gravedad (reducir su duración o dejarla sin efecto), cuando se encuentre a la mitad de su cumplimiento y se cuente con el informe favorable del equipo multidisciplinario.

Cuando un adolescente es procesado como adulto y se le interna en un establecimiento penitenciario, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado en sede penal, por haberse acreditado la afectación de sus derechos al debido proceso y a la libertad individual³.

f. Aplicación de la teoría del delito

Los ilícitos penales cometidos por los adolescentes son actos típicos y antijurídicos. La Directriz 56 de Riad establece que «deberá promulgarse una legislación por la cual se garantice que todo acto que no se considera un delito, ni es sancionado cuando lo comete un adulto, tampoco deberá considerarse un delito ni ser objeto de sanción cuando es cometido por un joven». Al establecerse las correspondientes consecuencias sancionatorias, se fija la capacidad de culpabilidad de un sujeto. Si el sujeto carece de ella, no es posible formular en su contra el juicio de reproche como sucede cuando se alude a quien carezca de facultades psíquicas y físicas, bien por no tener la madurez suficiente o por padecer graves alteraciones físicas, por lo que no puede ser culpable y, en consecuencia, no es responsable penalmente de sus actos aunque éstos sean típicos y antijurídicos, de igual manera sucede con los menores de edad.

A esto se suma lo indicado por Mary Beloff (2001) cuando sostiene que existe una responsabilidad compartida por el Estado, la sociedad y la familia, es decir, el adolescente no tiene una responsabilidad plena por los hechos ilícitos cometidos, debiendo el Estado asumir —en realidades como la nuestra— su cuota de responsabilidad por la omisión en la implementación de políticas sociales preventivas que favorezcan a la inserción social pronta del adolescente. Asimismo se deberá tener en cuenta que cuando la sociedad en su conjunto y la familia no asumen el resguardo efectivo de sus derechos, desfavorecen al surgimiento de un sentido de pertenencia del adolescente con su colectivo inmediato.

³ Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de habeas corpus del expediente 10556-2006-HC del 12 de enero de 2007.

En relación al dolo, se refiere a la capacidad de proyección a futuro del adolescente como autor o partícipe de la conducta típica. Es decir, la inexistencia de una clara conciencia del daño personal y social producido con su accionar, (que se espera sea adquirida a una edad adulta), por no haberse internalizado plenamente el requerimiento social del respeto a los bienes jurídicos, situación que podría ser consecuencia de la inexistencia o falla del control social informal.

g. Tipos penales aplicables

Los tipos penales aplicables a los adolescentes, son los que corresponden a los adultos, pero existen delitos que aluden a bienes jurídicos no resguardados para menores de edad, como podrían ser los delitos tributarios, entre otros.

Como antecedente ilustrativo resulta interesante recoger un tipo penal que no fuera considerado para los adultos y que sin embargo estuvo vigente en la normativa peruana de la especialidad. Nos referimos al tratamiento del pandillaje pernicioso —artículos 193 y 194 del Código de los Niños y Adolescentes que han sido derogados por el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes—, sobre el particular la Defensoría del Pueblo se pronunció indicando que la vigencia de este tipo penal era contrario al mandato de taxatividad y al principio de legalidad penal, contemplado en el literal d inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en la medida que se caracterizó por su ambigüedad y vaguedad.

Asimismo, en relación a las características de este tipo penal, el Tribunal Constitucional peruano estableció que si bien el artículo 193 omite señalar lo que debe entenderse por «grupo» de adolescentes, esto es, que no hubo una configuración cierta o caracterizadora de la conformación numérica de esta organización; sin embargo, la interpretación sistemática de esta norma en el contexto del Código del Niño y el Adolescente —específicamente el artículo 196 que menciona como sujeto activo de esta infracción al líder o cabecilla del grupo— supuso necesariamente una elemental organización y el concurso de una pluralidad de sujetos, así como, una acción delictiva

concreta. Así y no de otro modo debió interpretarse el concepto de pandilla perniciosa⁴.

En su momento, la incorporación de este tipo penal específico para adolescentes resultó una clara trasgresión de la Convención sobre los Derechos del Niño, en esa medida conforme a las últimas modificaciones introducidas en la normativa peruana, ha quedado derogada su vigencia.

b. Aplicación de un derecho penal mínimo

La aplicación del derecho penal especializado a los adolescentes en conflicto con la ley penal debe considerarse como ultima ratio o como medida extrema, sobre el particular existe una interpretación plasmada en la normativa internacional en relación a los graves riesgos a la salud o desarrollo integral que produce la aplicación del derecho penal en los adolescentes, además de los factores criminógenos para la construcción de la identidad.

El requerimiento de un derecho penal mínimo, lo encontramos reiteradamente, como sucede en la Regla 2.5 de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad, que señala: «Se considerara la posibilidad de ocuparse de los delincuentes en la comunidad, evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los tribunales, de conformidad con las salvaguardias y las normas jurídicas». Este tipo de soluciones extrajudiciales tienen como mira lograr los objetivos de educar e insertar socialmente al adolescente y así también conseguir la reparación de la víctima, con medidas desjudicializadoras, alternativas al proceso. Un ejemplo es la aplicación de la remisión fiscal en la normativa peruana⁵.

Así también, lo indicado es ratificado en las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia, al establecerse

⁴ Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de acción de inconstitucionalidad 0005-2001-AI/TC, del 15 de noviembre de 2001.

⁵ Institución recogida en el Título II de la Sección VI del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

que desde el primer contacto del adolescente con la administración de justicia penal se deberá considerar la posibilidad de ponerlo en libertad. Al iniciarse el proceso deberá entonces privilegiarse la medida de comparecencia, afirmándose en consecuencia que el internamiento preventivo o las medidas coercitivas deberán ser también consideradas como *ultima ratio* (regla 10.2 de las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas). Esta regla se encuentra inspirada en el párrafo 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200 A (XXI) el 16 de diciembre de 1966— que textualmente señala: «La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo»⁶.

Dando respuesta a las exigencias procedentes de la normativa internacional, el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, en su artículo 51, establece lineamientos para determinar la internación preventiva —con el objetivo de que ésta se constituya en *ultima ratio*—, planteando (i) su excepcionalidad por un periodo mínimo y necesario para evitar el peligro de fuga u obstaculización del proceso, (ii) cuando no resulte suficiente la aplicación de otra medida cautelar, (iii) cuando la medida socioeducativa que pudiera aplicarse fuera la internación y (iv) cuando procede la variabilidad de la medida por una menos gravosa.

Por otro lado, el derecho penal mínimo es aplicable al determinar la sanción de internación como *ultima ratio*⁷, privilegiándose el

⁶ De igual manera es reconocido en la Regla 6.1 de las Naciones Unidas sobre Medidas no privativas de libertad, que, al aludir a la prisión preventiva como último recurso, señala que deberá tenerse en cuenta la investigación de la supuesta infracción y la protección de la sociedad y de la víctima.

⁷ Mientras que en la Regla 1.1 de las Naciones Unidas para la Protección de menores privados de libertad se señala que «El sistema de justicia de menores deberá respetar

fortalecimiento de las medidas en medio abierto, de esta manera ha sido expresado en la Regla 17.1 de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia, al indicar que: «La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: [...] b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible»⁸.

Es importante señalar que la normativa nacional alude a esta garantía cuando señala «La internación es una medida socioeducativa privativa de libertad de carácter excepcional y se aplica como último recurso [...]» y se establecen los siguientes presupuestos para que proceda:

- Cuando se traten de hechos tipificados como delitos dolosos y sean sancionados en el Código Penal o leyes especiales, con pena privativa de libertad no menor de seis años, siempre que se haya puesto deliberadamente en grave riesgo la vida o la integridad física o psicológica de las personas;
- Cuando el adolescente infractor haya incumplido injustificada y reiteradamente las sanciones de mandatos y prohibiciones o las privativas de libertad impuestas distintas a la de internación; o,
- La reiteración en la perpetración de otros hechos delictivos, cuya pena sea mayor a seis años de pena privativa de libertad en el Código Penal o Leyes especiales, en un lapso que no exceda de dos años. (artículo 162 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes).

los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento deberá usarse como último recurso».

⁸ Así también en la Regla 2.6 de las Naciones Unidas sobre Medidas no privativas de libertad se indica que: «Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención».

2. PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTÍAS

La especialidad penal juvenil permite identificar principios, derechos y garantías aplicables a los adolescentes de manera diferenciada a los adultos (artículo 1.2 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes). Entre los principios más relevantes o sustanciales aplicables al derecho penal juvenil, podemos mencionar:

2.1. Principios

a. *Principio de humanidad*

Refiere al trato con dignidad que debe prodigarse al adolescente infractor, lo que significa que no debe ser sometido a medidas crueles, inhumanas y degradantes. Así también, hacerlo destinatario de un sistema penal especializado conforme a la etapa de desarrollo humano que le toca vivir.

b. *Principio de derecho penal mínimo*

El derecho penal en su rol persecutor y sancionador tiene un componente altamente dañino para los adolescentes, por dicho motivo deberán aplicarse medidas desjudicializadoras, así como fórmulas que permitan la conclusión pronta del proceso. Por otro lado, la consideración de sanciones que impliquen mantener al adolescente en libertad y establecer la privación de libertad como una medida severa y de *ultima ratio*.

Sobre el particular, el decreto legislativo 1204 y, posteriormente, el decreto legislativo 1348 —que dejó sin vigencia el anterior—, procedió a establecer el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, que mantiene en diez años la privación de libertad en casos de sicariato, terrorismo y violación seguida de muerte en menores de edad.

Resulta crucial verificar que desde la entrada en vigencia del primer Código de los Niños y Adolescentes —tras la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por el Estado peruano—, se ha incrementado de manera sustantiva el plazo de privación de libertad en adolescentes,

siendo una constante que suceda luego de la delegación de facultades al Poder Ejecutivo para que legisle sobre seguridad ciudadana.

También se alude a la excepcionalidad de la medida de privación de libertad, cuando se trate de detención preventiva, que deberá ser apreciada como medida de último recurso, planteándose el requerimiento de incorporar la fundamentación de la medida y que debe señalar el motivo por el cual no es posible aplicar una medida alternativa (artículo 3 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes).

c. Principio de proporcionalidad

Las medidas deben guardar proporción tanto con las circunstancias del adolescente, así como con la infracción cometida (artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño) sin obviar también las necesidades de la sociedad (artículo 17.1, inciso a, de las Reglas de Beijing).

En el análisis de este principio corresponde detenernos en el componente de la idoneidad, que refiere a la relación de causalidad entre el medio adoptado y el fin propuesto. Siendo el medio adoptado la «medida socioeducativa» y el fin propuesto la educación, el desistimiento futuro y la reinserción del adolescente. Sobre el particular, es útil detenernos en la taxonomía realizada por Moffitt (1993) en que se divide la delincuencia de los adolescentes entre esporádica, transitoria o común y, por otro lado, la persistente o distintiva. En ese sentido el tratamiento brindado al adolescente será diferenciado y deberá considerar que la aplicación inadecuada de una medida puede originar factores criminógenos y por lo tanto disponer al adolescente a una carrera delinencial. En base a ello la idoneidad de la sanción aplicable será medible en base a la probabilidad de producir desistimiento de conductas infractoras en los adolescentes.

d. Principio de respeto a la vida privada

Se contraponen a la garantía de publicidad, que en el tratamiento penal de adultos tiene como finalidad favorecer a la vigilancia del debido proceso e instalar un sistema democrático de gobierno. Sin embargo, este principio

no debe disminuir el derecho de defensa de las otras partes en litigio ni restar transparencia a las actuaciones judiciales.

En consecuencia, se limita la publicidad en beneficio de la dignidad o intimidad del adolescente, en la medida que ésta puede generar consecuencias negativas o estigmatizantes por la etiqueta colocada. Sobre el particular, el Comité de Derechos del Niño sostiene que: «Las audiencias judiciales y de otro tipo de un niño en conflicto con la ley deben realizarse a puerta cerrada. Las excepciones a esta norma deben ser muy limitadas y estar claramente estipuladas en la legislación nacional y guiadas por el interés superior del niño» (Comité de derechos del niño, observación general 12, fundamento 61).

Debe entonces prevalecer la confidencialidad de los expedientes penales y la prohibición de difundir cualquier información que permita identificar a los adolescentes acusados de infringir leyes penales. En ese sentido, debe garantizarse en todo momento el respeto a la vida privada de estos adolescentes.

2.2. Garantías

En relación a las garantías para el adolescente infractor, podemos sostener que al igual que en análisis de derechos, corresponde distinguir entre garantías genéricas y garantías específicas, a continuación analizaremos las segundas.

a. Garantía del tratamiento penal diferenciado al adolescente

Es la principal garantía conseguida en la especialidad, sobretudo en el ámbito penal, a partir de las denuncias que en su momento fueran formuladas —desde inicios del siglo XX en América— porque se confundieron en las mismas cárceles los adultos con los menores en situación irregular. Las denuncias mostraron la perversión de estos menores por su continuo trato con los delincuentes adultos. Además de la trasgresión de su derecho a la integridad, se afectó su identidad por afianzar en estos su condición delincuente.

En base a ello, se hace importante distinguir no sólo las autoridades y las leyes que serán aplicables a los adolescentes, sino también las instituciones en que se recluyen a éstos, sea para la investigación preliminar, para la detención preventiva o para el cumplimiento de la medida socioeducativa.

b. Garantía de contar con la presencia de sus padres durante la etapa prejudicial y judicial

Los padres que tienen bajo la patria potestad a sus hijos, quienes han cometido un ilícito penal, deben contribuir a la vigilancia de la aplicabilidad de un derecho penal mínimo y asimismo, a la reparación civil para la víctima mediante la responsabilidad solidaria. En consecuencia, se ha establecido como una garantía específica que se debe comunicar a los padres (tutores o responsables) el hecho que motivó de detención del adolescente⁹.

c. Garantía de la presencia del Ministerio Público y de contar con un abogado

Debe reconocerse el carácter diferenciado de la función de los representantes del Ministerio Público y la defensa pública. En la medida que los fiscales son titulares de la acción penal y deben sustentar la imputación que hacen contra el adolescente investigado.

Mientras que el derecho a la defensa cobra relevancia en la especialidad penal juvenil, por brindar una mirada vigilante de resguardo de derechos y garantías del adolescente en conflicto con la ley penal, esto debido a su mayor vulnerabilidad frente al rol persecutor del Estado.

De esta manera se señala que el adolescente bajo ningún supuesto será privado de su derecho a la defensa, porque debe: «Ser asistido por un defensor especializado desde su detención policial, durante la investigación y a lo largo de todo el proceso, así como durante el cumplimiento de alguna

⁹ Entre los deberes policiales en el artículo 44.5 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

medida socioeducativa» (artículo 19.1 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes), cuestión que garantiza el debido proceso (artículo VII del Título Preliminar del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes). Asimismo, se requiere su intervención para que todas las decisiones que sean adoptadas se ajusten a lo indicado por ley (principio de legalidad), así por ejemplo la resolución que señala internamiento preventivo, debe encontrarse debidamente sustentada.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha dispuesto la inmediata libertad del adolescente, cuando se comprobó la ausencia de abogado al momento de fijarse el internamiento preventivo: «No se contó con presencia de un abogado defensor y de los padres del adolescente, dándose una transgresión que no solo fue cometida en sede judicial sino también policial. Por tanto, el internamiento preventivo dictado contra el favorecido deviene en arbitrario, al provenir de un acto violatorio al debido proceso» (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de Habeas Corpus del expediente 00986-2005-PHC/TC del 2 de noviembre del 2005).

d. Garantía de duración mínima del proceso

Las decisiones sobre los adolescentes sometidos a la justicia penal especializada, deberán cumplir con su finalidad procesal y ajustarse al cumplimiento de plazos, para no dilatar innecesariamente el proceso y afectar el principio del derecho penal mínimo. Es requerida la determinación pronta de la responsabilidad penal adolescente, a fin de superar situaciones de incertidumbre jurídica, las que resultan atentatorias a la vigencia de un derecho penal mínimo, así es señalado por el Tribunal Constitucional cuando indica que: «[...] toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal, tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad [...]» (sentencia del expediente 2623-2003- PHC/TC del 18 de junio de 2004).

De otro lado, en el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente se ha establecido un plazo razonable para emitirse pronunciamiento, cuando el adolescente cumpla la medida cautelar de internamiento

preventivo de ciento veinte días (excepcionalmente de ciento cincuenta días). En caso se incumpla este plazo legal, el juez se encuentra facultado de oficio o a solicitud de las partes, para determinar la inmediata libertad del adolescente (artículos 57 y 58 del Código de Responsabilidad penal de Adolescentes). De esta manera, el derecho al plazo razonable del proceso es un elemento que se infiere de los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, recogidos en el artículo 139,3 de la Constitución (Sentencia del expediente 0594-2004-HC/TC).

e. Garantía de la valoración de las circunstancias personales para tratamiento diferenciado

Resulta crucial según la normativa internacional, la referencia a la valoración de las circunstancias personales así como a la naturaleza de la infracción al momento de determinar la responsabilidad del adolescente infractor (artículo 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

En la normativa peruana, se establece que al momento de imponer la medida socioeducativa, se deberá considerar: la edad al momento de cometer la infracción; la capacidad para cumplir la medida socioeducativa; la contención y contexto familiar; así también las condiciones personales y sociales del adolescente, entre otras, como los señala el artículo 153 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

Además, se alude a la proporcionalidad e idoneidad de la medida socioeducativa atendiendo al interés superior del adolescente y el principio educativo. De esta manera, el análisis de la proporcionalidad de la medida socioeducativa deberá considerar que es lo más conveniente para que el adolescente logre su reinserción socio familiar, evitando que el análisis se circunscriba únicamente a la gravedad de la infracción cometida.

Lo indicado tiene respaldo en las Reglas de Administración de Justicia a Menores —reglas 22.2 y 26.2 de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores— que alude a recibir del personal encargado de administrar la justicia de menores un tratamiento acorde a las diversas características de los menores y para el logro de su

desarrollo integral (social, educacional, profesional, psicológica, médica y física), así también en las Reglas de las Naciones Unidas sobre Medidas no privativas de libertad (regla 13.3), que alude a ser destinatarios de un tratamiento que comprenderá la personalidad, las aptitudes, la inteligencia, los valores, y especialmente las circunstancias que lo llevaron a cometer la infracción; incidiendo en la temática las Reglas para la Protección de los Menores privados de libertad señalan la obligación de realizar un plan de tratamiento individual, debiéndose especificar por escrito los objetivos del tratamiento, el plazo y los medios, así como las etapas y fases en que se debe procurar los objetivos. De manera similar ha sido establecido en el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente (artículo 169.1 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes) que refiere a un Plan de tratamiento individual para cada adolescente sentenciado¹⁰.

3. FINALIDAD

Conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional: «[...] un mecanismo de responsabilidad penal juvenil se basa en que el adolescente no sólo es sujeto de derechos sino también de obligaciones hacia la sociedad» (sentencia del expediente 03247-2008-PHC/TC). Y asimismo, en la mencionada sentencia indica que toda política criminal deberá tener a la prevención como estrategia coadyuvante, en la medida que:

[...] no ignora la realidad del país en la cual la delincuencia juvenil se ha convertido en un creciente problema de inseguridad ciudadana. Sin embargo, se tiene la obligación de enfatizar que ningún sistema de responsabilidad penal juvenil solucionará esta situación sin el desarrollo de políticas de prevención que logre socializar e integrar a los niños con sus familias, con su colegio y con su comunidad.

¹⁰ Este Plan se encuentra a cargo de personal especializado del Centro Juvenil o del Servicio del Adolescente y debe comprender todos los factores individuales del adolescente, especificar los objetivos del tratamiento, el plazo y los medios, etapas y fases en que haya que procurar dichos objetivos.

La aplicación de la justicia juvenil debe verse como el último elemento de una política integral en materia de infancia y adolescencia.

Al demostrarse la responsabilidad del adolescente por los hechos ilícitos que le han sido imputados, el juez dictará una sentencia debidamente motivada esgrimiendo argumentos normativos y de doctrina jurídica que permitan dar aplicabilidad a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. La respuesta penal estatal ha sido nominada «medidas socioeducativas», cuyo sustento es educativo para la consecución del objetivo consistente en la reinserción social del adolescente a fin de generar un ciudadano cuyo accionar este acorde a los requerimientos sociales vigentes (artículo 168.1 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes).

El fundamento normativo constitucional lo encontramos en el artículo 40.1 de la CDN, cuando sostiene que el adolescente infractor deberá: «[...] ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros [...]».

De esta manera, el artículo en mención brinda los siguientes aportes a la especialidad penal juvenil:

- Al adolescente infractor se le reconoce la dignidad propia de su condición de persona, investido de su condición de sujeto de derechos con deberes.
- Se orienta el sentido de la respuesta penal con un criterio de proporcionalidad (en base a su edad y otras circunstancias personales), y se fomenta el respeto del adolescente por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros.
- Se expresa como la finalidad de la intervención penal lograr la reintegración del adolescente y generar una función constructiva en la sociedad.

3.1. Medidas socioeducativas

En la normativa peruana se clasifica entre las medidas socioeducativas privativas de libertad y las medidas socioeducativas no privativas de libertad. Agregándose medidas accesorias a las segundas.

Medidas socioeducativas no privativas de libertad	Medidas accesorias
Amonestación	Fijar un lugar de residencia determinado o cambiar de lugar la residencia al actual.
Libertad asistida	No frecuentar a determinadas personas.
Prestación de servicios a la comunidad	No frecuentar bares, discotecas o determinados centros de diversión, espectáculos u otros lugares señalados por el juez.
Libertad restringida	No ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.
	Matricularse en una institución educativa (pública o privada) o en otra cuyo objeto sea la generación de un oficio o profesión.
	Desempeñar una actividad laboral o formativa laboral; siempre que sea posible su ejecución y se adecue a la legislación sobre la materia.
	No consumir o ingerir bebidas alcohólicas o drogas.
	Internar al adolescente en un centro de salud público o privado, para un tratamiento contra la adicción.
	Participar en programas educativos o de orientación; y otras que el Juez considere adecuada y fundamente en la sentencia condenatoria.

Importante considerar que no sólo las medidas socioeducativas tienen plazo en su aplicación, sino también las medidas accesorias.

A continuación nos detendremos a analizar las medidas socioeducativas no privativas de libertad, expresadas en el capítulo I del Título II de la Sección VII del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente:

Medida socioeducativa	Descripción	Plazo	Supuesto
Amonestación	<p>Llamada de atención oralmente realizada por el juez, de manera clara y directa.</p> <p>Exhortación al adolescente a cumplir con las normas de convivencia social.</p> <p>Puede extenderse a los padres, tutores o responsables del adolescente, para que ejerzan más control sobre la conducta del adolescente y con advertencia de consecuencias jurídicas de reiterarse infracción.</p>	<p>Su ejecución queda condicionada al cumplimiento de las medidas accesorias, que no podrán ser aplicadas por un plazo mayor de seis meses.</p>	<p>Se trata de faltas.</p> <p>Infracción no revista gravedad.</p>
Libertad asistida	<p>Medida en libertad en que se obliga al adolescente a cumplir programas educativos y recibir orientación, con la asistencia de especialistas y personas con conocimientos y aptitudes en el tratamiento del adolescente, éste se podrá brindar en entidades públicas o privadas.</p> <p>Las entidades donde se ejecuta la sanción deben informar al juez sobre la evolución del adolescente infractor cada tres meses o cuando se le requiera.</p>	<p>Mínimo de seis y máximo de doce meses.</p>	<p>El hecho punible se encuentre tipificado como delito doloso y sea sancionado por el Código Penal con pena privativa de libertad no mayor de dos años y no haya sido cometido mediante violencia o amenaza, ni puesto en grave riesgo o la integridad física o psicológica.</p>
Prestación de servicios a la comunidad	<p>Medida en libertad que consiste en la realización de tareas gratuitas, de interés social, en entidades públicas o privadas que tengan fines asistenciales, de salud, educación que desarrollen programas educativos o de orientación u otras instituciones similares</p> <p>Los servicios son asignados, en lo posible, conforme a las aptitudes de los adolescentes.</p> <p>Las jornadas de seis horas semanales entre los días viernes, sábados, domingos o feriados.</p> <p>Sin perjudicar su salud y su asistencia regular a la escuela o al trabajo.</p> <p>Las unidades receptoras deben informar al juez sobre la evolución del adolescente infractor cada dos meses o cuando se le requiera.</p>	<p>No menor de ocho ni mayor de tres jornadas.</p>	<p>El hecho punible se encuentre tipificado como delito doloso y sea sancionado en el Código Penal con pena privativa de la libertad no mayor de tres años.</p>

DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Medida socioeducativa	Descripción	Plazo	Supuesto
Reparación directa a la víctima	<p>Es la prestación directa de un servicio por parte del adolescente en favor de la víctima.</p> <p>Finalidad: resarcir el daño producido con la infracción.</p> <p>Servicios asignados conforme a las aptitudes del adolescente</p> <p>No deberá perjudicar su salud, escolaridad o trabajo.</p> <p>Cuando sea posible la reparación consiste en la restitución de un bien de similar naturaleza y valor o por una suma de dinero que el juez fijará, la cual no podrá exceder de la cuantía de los daños y perjuicios por el hecho.</p> <p>La imposición de la sanción excluye el pago de la reparación civil, salvo acuerdo contrario entre las partes.</p>	<p>Se deberá cumplirse entre los días sábados, domingos o feriados.</p> <p>El juez lo fijará conforme al daño producido sin exceder las 36 jornadas.</p>	<p>El hecho punible se encuentra tipificado como delito doloso y sea sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de tres años.</p> <p>Acuerdo de la víctima con el adolescente, que sea aprobado por el juez.</p>
Mandatos y prohibiciones	<p>Reglas de conducta impuestas por el juez a fin de favorecer a su desarrollo social y promover su formación.</p> <p>Si se incumple el juez puede de oficio o a petición de parte modificar la sanción impuesta.</p> <p>Puede ser aplicada de manera accesoria o autónoma.</p> <p>Cuando sea necesario hacer seguimiento de sus actividades para ayudarlo a superar los factores que determinaron la infracción.</p>	<p>Duración máxima de dos años.</p>	
Internación domiciliaria	<p>Sanción privativa de libertad del/la adolescente en su domicilio habitual, donde se encuentra su familia.</p> <p>Se puede practicar en el domicilio de cualquier familiar que coadyuve a que se cumplan los fines de la sanción. Si no la tuviese en una entidad privada.</p> <p>La persona responsable deberá contar con responsabilidad y solvencia moral.</p>	<p>No mayor de un año.</p>	<p>El hecho punible tipificado como delito doloso y sea sancionado por el Código Penal con pena privativa de la libertad no menor de tres años y no mayor de cuatro años.</p>

Medida socioeducativa	Descripción	Plazo	Supuesto
Internación domiciliaria	<p>Esta internación no deberá afectar su salud, ni su trabajo, ni asistencia a un centro educativo. El Juez deberá establecer parámetros de desplazamiento.</p> <p>Durante la internación domiciliaria deberá el adolescente participar de programas de intervención diferenciada.</p> <p>La supervisión de la medida se hará a través de un(a) trabajador social que designe la gerencia de operaciones de Centros Juveniles, o quien haga sus veces.</p>		
Libertad restringida	<p>Es una medida de privación de libertad en medio libre.</p> <p>Asistencia y participación diaria y obligatoria del adolescente a programas de intervención diferenciados.</p> <p>Controlan sus actividades.</p> <p>De enfoque formativo-educativo.</p> <p>Se ejecuta en los Servicios de Orientación al Adolescente o la que haga sus veces, o en instituciones públicas o privadas con fines asistenciales o sociales. Estos deben informar sobre la evaluación, seguimiento y resultados cada tres meses a la autoridad.</p>	<p>No menor de seis meses ni mayor de un año.</p>	<p>El hecho punible tipificado como delito doloso y sea sancionado con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años.</p> <p>Cuando la pena privativa de libertad sea de seis años pero no se haya puesto deliberadamente en grave riesgo la vida o la integridad física o psicológica de las personas.</p>
Internación	<p>Es una sanción de privación de libertad. Carácter excepcional.</p> <p>Se aplica como último recurso.</p>	<p>La sanción de internación durará un período mínimo de uno y máximo de seis años.</p> <p>La sanción de internación es no menor de seis ni mayor de diez años cuando el adolescente tenga entre dieciséis (16) y menos de dieciocho (18) años de edad y se trate de los delitos tipificados en los artículos 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121, 148-A, 152, 170, 171,</p>	<p>Hechos tipificados como delitos dolosos y sean sancionados con pena privativa de libertad no menor de seis años, siempre que haya estado en grave riesgo la vida, la integridad física o psicológica de las personas.</p> <p>El adolescente haya incumplido injustificada y reiteradamente las sanciones de mandatos y prohibiciones, o las privativas de</p>

Medida socioeducativa	Descripción	Plazo	Supuesto
Internación		<p>172,173, 189 último párrafo, 200, 296, 297 del Código Penal, en el decreto ley 25475 y cuando sea integrante de una organización criminal, actúe por encargo de ella o se encuentre vinculado a la misma.</p> <p>Cuando se trate de los delitos antes mencionados y el adolescente tenga entre catorce (14) y menos de dieciséis años (16), la sanción de internación es no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Al aplicar la sanción de internación, el Juez deberá considerar el período de internamiento preventivo al que fue sometido el adolescente, abonando el mismo para el cómputo de la sanción impuesta.</p>	<p>libertad distintas de la internación.</p> <p>La reiteración en la perpetración de otros hechos delictivos graves en un lapso que no exceda de dos años.</p> <p>Cuando el equipo multidisciplinario determine que el adolescente es de alta peligrosidad, en atención a sus características, personalidad, perfil y demás circunstancias y rasgos particulares.</p> <p>No procede cuando sean delitos dolosos y no sancionados en el Código Penal con penas distintas a la privación de libertad.</p>

4. APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL ÁMBITO PENAL

La actuación de los actores de administración de justicia deberá regirse por el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, supletoriamente será aplicable el Código Penal y el Código Procesal Penal, cuando favorezca o beneficie al adolescente (artículo VII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes). Para dicho efecto, se deberá tener en cuenta la aplicación del principio jurídico del interés superior del niño.

El traslado de los adolescentes resulta una interesante temática a tratar. Sobre el particular, se ha manifestado el Tribunal Constitucional peruano

(sentencia de habeas corpus del expediente 0343-1997-PHC/TC del 23 de marzo de 1997) al afirmar que procede el traslado del adolescente infractor a otro Centro Juvenil distante a su lugar de origen cuando esta decisión no vulnera derechos, y la orden es brindada por órganos competentes (como los juzgados y Salas de Familia) que desarrollaron procesos regulares (conforme a ley) y además, se cuenta con teléfono para comunicarse con sus familiares y con quien ejerce su defensa.

Este pronunciamiento se desprende de la sentencia del Tribunal Constitucional que tuvo lugar al cuestionarse el traslado de adolescentes privados de libertad de Lima al Cusco, decisión que se justificó por haberse demostrado que adolescentes pertenecientes al MRTA intentaron fugarse por un túnel y también cumplían una medida por infracciones comunes, pero eran considerados de difícil rehabilitación. Estos traslados fueron definidos como medidas de seguridad¹¹.

El análisis del Tribunal Constitucional haciendo primar la seguridad del Estado, cuestiona la aplicación del principio del interés superior del niño, en la medida que se afectan derechos de tanta relevancia que implica su desarraigo y la improbabilidad de favorecer a su reinserción sociofamiliar.

En relación a la ubicación y traslado de los adolescentes en conflicto con la ley penal (artículo 165 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes), corresponde la internación en un centro juvenil cercano al entorno familiar y social del adolescente. Se hace explícito el requerimiento de separarlos en base a determinados criterios como son: edad, sexo, gravedad de la infracción y el informe preliminar del Equipo Técnico Interdisciplinario del Centro Juvenil. Por otro lado, para que proceda el traslado del adolescente a otro Centro Juvenil se procede a verificar los siguientes supuestos:

¹¹ Se interpuso el habeas corpus arguyéndose la afectación de su derecho a contar con una legítima defensa (artículo 2, inciso 23) y del derecho de los adolescentes a no ser incomunicados, puesto que se impedía el contacto de los mismos con sus padres (artículo 2, inciso 24-g).

- El adolescente lidera o participa en reyertas, motines, fugas u otros actos violentos en contra de la autoridad del Centro Juvenil, otro adolescente o cualquier otra persona;
- Hacinamiento o sobrepoblación;
- Funcionamiento de un nuevo Centro Juvenil;
- Salud del adolescente interno;
- A solicitud del adolescente, por razones de seguridad personal, salud o unidad familiar, previa evaluación del caso;
- Cuando su permanencia en el Centro Juvenil de origen represente un perjuicio en su tratamiento;
- Por encontrarse en peligro la integridad física del adolescente; y
- Por razones de seguridad del Centro Juvenil, debidamente fundamentada.

Siendo explícita la normativa en señalar que no será suficiente criterio la mayoría de edad para trasladar al adolescente, puesto que en principio tiene derecho a permanecer en el Centro Juvenil hasta la culminación del plazo de la medida impuesta. Sin embargo, se establece la posibilidad de su traslado en casos especiales previo informe del Equipo Interdisciplinario, lo que será revisable cada seis meses (artículo 166 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes).

Otro supuesto de análisis es la aplicación el beneficio de semilibertad de los adolescentes infractores. Sobre el particular el Tribunal Constitucional ha señalado que al existir una norma específica en el artículo 241 del Código de los Niños y Adolescentes —ya derogada— no sería aplicable el artículo 50 del Código de Ejecución Penal, a pesar que esta segunda resultaría más beneficiosa (sentencia de habeas corpus del expediente 0374-2003-PHC/TC del 17 de marzo de 2003). Esto es justificado porque las normas están dirigidas a distintos sectores sociales que están claramente identificados en la normativa.

En relación a este tema, consideramos que jurídicamente estuvo correcto, pero cuestionamos la aplicación del interés superior del niño, en la medida que la normativa especializada resulta ser más gravosa que la aplicable a adultos, más aún si conocemos que se establecieron algunas exigencias explícitas en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 1997, que indica la procedencia del beneficio de semilibertad cuando se haya cumplido lo siguiente: (i) que el adolescente tenga dos terceras partes de la medida de internación cumplida y (ii) que el objetivo sea concurrir a trabajar o a estudiar fuera del centro juvenil, como medida transitoria previa a su externamiento o puesta en libertad y su duración máxima sea de 12 meses. Se agregaba que para que proceda se debían apreciar los avances y comportamiento del adolescente según la apreciación del Equipo Multidisciplinario del Centro Juvenil. Sin embargo, su aplicación difirió en la práctica puesto que se otorgaba este beneficio dándose la plena libertad al adolescente, omitiéndose en muchos casos una valoración del entorno sociofamiliar del adolescente.

En la actualizada normativa penal juvenil estos son los requisitos para el beneficio de la semilibertad: (i) que el adolescente en conflicto con la ley penal haya cumplido las dos terceras partes de la internación y (ii) que el objetivo el externamiento sea concurrir al trabajo o al centro educativo fuera del Centro Juvenil, como cuestión previa a su egreso. Se plantea asimismo, la probabilidad de una revocatoria cuando se incumplan las medidas accesorias establecidas por ley (artículo 174 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes).

5. PREGUNTAS

1. ¿Cómo se justifica la aplicación de un derecho penal mínimo a los adolescentes?
2. ¿Qué garantías específicas podemos identificar en los adolescentes?
3. ¿Cuál es la finalidad del ámbito penal juvenil?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 6

CONCLUSIONES

1. La doctrina de la protección integral tiene como primordial objetivo contribuir a la erradicación de los efectos jurídicos de la doctrina de la situación irregular, buscando priorizar el resguardo de los derechos de los niños y adolescentes, sin distinción alguna, cuya exigibilidad se ha establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño.
2. La normativa especializada para los niños y adolescentes se justifica en el reconocimiento y exigibilidad de derechos diferenciados de los adultos. En base a ello se determina que son destinatarios de los derechos genéricos propios de su condición de personas y los derechos específicos que responden a su consideración de sujetos que se encuentran en una etapa de desarrollo y crecimiento, en quienes se hace necesario garantizar su desarrollo integral y su proyecto de vida.
3. La Convención sobre los Derechos del Niño debe ser interpretada y aplicada en el marco del corpus juris internacional de la protección jurídica general, tiene rango constitucional y brinda contenido a los derechos fundamentales establecidos en la normativa peruana, sobre todo en relación al resguardo de la condición de sujeto de derechos de los niños y adolescentes.
4. La Convención sobre los Derechos del Niño establece la triangulación niño-familia-Estado, con la familia como corresponsable con el Estado

para garantizar y consolidar la condición de sujeto de derechos en los niños y adolescentes y, además, la obligación del Estado de fijar límites a la autoridad parental en relación al niño y suplirla cuando fuera necesario, en función de la tutela estatal.

5. El interés superior del niño como principio jurídico permite resolver conflictos de derechos, en base a una regla de ponderación, en donde se deben evaluar las soluciones posibles a un caso concreto conocido, a fin de armonizar los intereses en conflicto y buscar priorizar al máximo los derechos de los niños o adolescentes.
6. El principio jurídico de no discriminación tiene un carácter transversal en los tratados de derechos humanos y permite afianzar la condición de sujeto de derechos en los niños y adolescentes que se encuentran en circunstancias difíciles; asimismo, permite superar situaciones adversas que tienen su origen en cuestiones culturales, como sucede en el hecho de ser niña.
7. El derecho a la vida en el concebido cuenta con respaldo jurídico en la orientación doctrinal, al reconocerse que el concebido es niño y por lo tanto merecedor de atención y cuidados del vientre materno, reconociéndosele derechos específicos y la aplicación del interés superior del niño.
8. El derecho a la integridad en su componente específico tiene impacto en la autoridad parental, por limitar el ejercicio de la patria potestad cuando los padres se exceden en la corrección bajo la excusa de ejercer disciplina en sus hijos. De esta manera en la normativa peruana ha sido prohibido el castigo corporal y el trato humillante.
9. El resguardo del derecho a la identidad en los hijos extramatrimoniales se ha visto favorecido con la incorporación de la prueba de ADN. Los efectos del vínculo filial quedan sin embargo supeditados a la aplicación del interés superior del niño. Asimismo, se consolida una estrategia en que la conducta procesal genera certeza del vínculo parental.

10. El derecho a la identidad de los hijos matrimoniales resguardado en base a la presunción «hijo de mujer casada es hijo del marido», corresponde revisarse para adecuarlo a las exigencias de cada caso concreto, en la medida que las relaciones familiares o el trato continuo con el padre biológico o el padre legal, será el elemento determinante para reconocer el vínculo paterno filial.
11. El derecho del niño o adolescente a vivir, crecer y desarrollarse en una familia es un derecho específico, en la medida que corresponde garantizar su ejercicio, por la presunción implícita de que el trato continuo con sus miembros favorecerá el desarrollo de todas sus potencialidades como ser humano. En esa medida no podrá ser separado de sus padres, salvo que, por circunstancias justificadas, que hayan sido determinadas por una instancia judicial competente y de acuerdo a lo que la normativa establece, sea necesario en aras del interés superior del niño.
12. La coparentalidad como potestad de los padres de estar presentes de manera continua y decidida en la crianza de los hijos, aun viviendo éstos separados, no ha sido establecida en la normativa peruana, pues se alude explícitamente que quien detente el régimen de visitas no tendrá el ejercicio de la patria potestad.
13. Los criterios fijados en la normativa peruana para otorgar la tenencia guardan un carácter orientador, mientras que el régimen de visitas se establece como un derecho de los hijos en la doctrina peruana y en la legislación comparada, siendo ambas fijadas en resguardo del interés superior del niño.
14. La tutela se constituye en una institución fundamental para recurrir a la familia ampliada o extensa del niño, con el fin de que esta asuma su rol de prodigar atención y cuidado al mismo. Sin embargo, su aplicación es supletoria a la patria potestad, debiendo previamente afectar el ejercicio de ésta, mediante un proceso judicial que demuestre la falta de idoneidad de los padres en el cumplimiento de sus deberes

parentales. A falta de representantes legales nombrados por la tutela civil corresponde la tutela estatal, haciéndose cargo el Estado de los niños que se encuentran en riesgo o declarados en desprotección familiar.

15. En el ámbito penal juvenil se atribuye una respuesta penal atenuada a los adolescentes por considerarse que en la etapa de formación y crecimiento que viven no tienen posibilidades de conocer plenamente las consecuencias de sus actos. En base a ello son inimputables del ámbito penal adulto, pero sí responden atenuadamente por los hechos ilícitos que cometan o de los que sean partícipes.
16. Se ha construido un ámbito penal especializado para los adolescentes en conflicto con la ley penal. Además de las garantías genéricas, se atribuyen las garantías específicas que favorecen a la construcción de un debido proceso para los adolescentes en conflicto con la ley penal. La finalidad del ámbito penal juvenil es educativa y socializadora.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguer, Héctor (2009). ¿A dónde puede llegar un país cuyos jueces han perdido el sentido de lo que es lo justo? <http://www.chicosperdidos.org.ar/legales/proyecto-ninopornacer.htm>. Fecha de consulta: 10/03/2017.
- Ariano, Eugenia (2005). El proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal? *Actualidad Jurídica*, (134), 65-68.
- Aries, Philip (1973). *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Madrid: Taurus.
- Ballón, Ildelfonso (1935). *Anteproyecto presentado a la Comisión encargada del Proyecto del Código de Menores*. Lima: Congreso de la República.
- Baratta, Alessandro (2007). Democracia y Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, (9), 17-26.
- Beloff, Mary (2001). Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos. En Emilio García Mendez (comp.), *Adolescentes y Responsabilidad Penal* (31-69). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Bidart, Germán (1989). *Teoría general de los derechos humanos*. México D.F.: Universidad Autónoma de México.

- Bossert, Gustavo & Eduardo Zannoni (1998). Manual de derecho de familia (cuarta edición). Buenos Aires: Astrea.
- Bullrich, Eduardo (1919). *Asistencia social de menores*. Buenos Aires: Jesús Menéndez.
- Bustos, Juan (2004). *Obras completas*. Tomo II: control social y otros estudios. Lima: Ara Editores.
- Castillo, Carlos (1986). *Derecho de menores*. Lima: Consejo Nacional de Menores.
- Cillero, Miguel (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, (9), 25-142.
- Comisión Andina de Juristas/Save the Children (2005). *Poniendo fin a la violencia legalizada contra los niños y las niñas: Castigo corporal en América Latina y El Caribe*. Presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington: Save the children.
- Chieri, Primarosa & Eduardo Zannoni (2001). *Prueba del ADN*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Defensoría del Pueblo (2010). *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia*. La situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo. Lima: Serie de Informes Defensoriales.
- Díaz Muñoz, Óscar (2010). La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional. En *La persona en el Derecho Peruano: un análisis jurídico contemporáneo* (pp. 81-110). Lima: USAT.
- Domínguez, Andrés (2006). *Derecho constitucional de familia*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar.
- Donzelot, Jacques (2008). La conservación de los hijos. http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/la_conservacion_de_los_hijos.pdf. Fecha de consulta: 12/06/2017.
- Feldman, Gustavo (1998). *Los derechos del niño*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

- Fernández Sessarego, Carlos (s.f.). El daño al proyecto de vida. http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF. Fecha de consulta: 14/06/2017.
- Fernández Sessarego, Carlos (1988). *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Lima: Studium.
- Fernández Sessarego, Carlos (1990). *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima: Universidad de Lima.
- Fernández Sessarego, Carlos (2003). *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*. Lima: Editorial San Marcos.
- García Méndez, Emilio (1997). Prehistoria e historia del control sociopenal de la infancia: política jurídica y Derechos Humanos en América Latina. En *Materiales de lectura Post-Título Justicia, Derechos y Políticas Públicas para la Infancia y Adolescencia* (pp. 1-8). Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- García Toma, Víctor (2001). *Los Derechos Humanos y la Constitución*. Lima: Gráfica Horizonte.
- Goldstein, Joseph (2000). Asistencia médica para menores en riesgo. En Mary Beloff, *Derecho, infancia y familia* (pp. 199-233). Barcelona: Gedisa.
- Goldstein, Joseph (2000). ¿En el interés superior de quién? En Mary Beloff, *Derecho, infancia y familia* (pp.250-270). Barcelona: Gedisa.
- Gómez Vásquez, Carlos (2005). El daño corporal. Una crítica a la jurisprudencia colombiana en materia de indemnización de daños extrapatrimoniales. <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1280/1207>. Fecha de consulta: 12/06/2017.
- González Pérez, Jesús (1986). *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas.
- Grosman, Cecilia & Silvia Mesterman (1998). *Maltrato al Menor. El lado oculto de la escena familiar* (segunda edición). Buenos Aires: Editorial Universidad.

- Guevara Guevara, Margelys (2003). Derecho de los niños y adolescentes a conocer a sus padres, a ser cuidado por ellos y a ser criados en una familia. En *Tercer año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente* (pp. 63-104). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Heidegger, Martín (1951). El ser y el tiempo. En Carlos Fernández Sessarego, *El daño al proyecto de vida* (p. 433). http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF. Fecha de consulta: 14/08/2017.
- Iglesias, Susana (1996). El desarrollo del concepto de infancia. En *Sociedades y Políticas*, (2), 1-6.
- Larenz, Karl (1990). *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas.
- Mateo de Ferrini, Delia (2000). *Régimen penal de menores*. Bogotá: Editorial Juris.
- Morales, Georgina (2001). *La divergencia entre la Ley Tutelar de Menores y la Convención sobre los Derechos del Niño*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Morales Godo, Juan (2005). El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida. *Revista de Derecho PUCP*, (58), 414-418.
- O'Donnell, Daniel (s.f.). La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido. http://www.iin.oea.org/la_convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf. Fecha de consulta: 12/05/2017.
- Organización Mundial de la Salud (2002). *Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud*. Washington D.C.: OMS.
- Pacheco de Kolle, Sandra (2001). *El nuevo derecho de la niñez y adolescencia*. La Paz: UNICEF.
- Pérez Luño, Antonio (1979). Delimitación conceptual de los Derechos Humanos. En *Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema* (pp. 5-23). Sevilla: Universidad de Sevilla.

- Ramos Cabanellas, Beatriz (2006). Regulación legal de la denominada familia ensamblada. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, (1), 189-207.
- Rubio Correa, Marcial (1995). *Biblioteca para leer el Código Civil*. Volumen XII: el ser humano como persona natural. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Salanova, Marta (1995). El derecho del menor de no ser separado de sus padres. *Derecho privado y Constitución*, (7), 231-297.
- Sánchez Barragan (2010). *El tratamiento jurídico del derecho a la vida en relación al concebido desde el pensamiento de Carlos Fernández Sessarego*. Chiclayo: USAT.
- Serrano Fernández, María (2001). Régimen jurídico del nombre y los apellidos en el derecho español. *Revista de Derecho Privado*, (65), 687-773.
- Torres, Aníbal (1998). *Acto jurídico*. Lima: Editorial San Marcos.
- UNICEF (2004). *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Ginebra: UNICEF.
- Valencia, Jorge (1999). *Derechos Humanos de los Niños en el marco de la doctrina de la protección integral*. Lima: Acción por los Niños.
- Varsi, Enrique (2006). La inversión de la carga de la prueba: la experiencia latinoamericana. *Sociedade e Estado*, Vo.21 (3), 643-666.
- Zannoni, Eduardo (1978). *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*. Buenos Aires: Astrea.

Fondo Editorial PUCP

VOLÚMENES PUBLICADOS

1. *Derechos reales*. Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.
2. *Los derechos fundamentales*. César Landa Arroyo
3. *Derecho penal básico*. Felipe Andrés Villavicencio Terreros
4. *Derecho constitucional*. Carlos Blancas Bustamante
5. *Introducción al derecho ambiental*. Patrick Wieland Fernandini
6. *Nociones básicas de derecho internacional público*. Elizabeth Salmón
7. *La enseñanza del derecho*. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
8. *Derecho constitucional económico*. Baldo Kresalja y César Ochoa
9. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.
10. *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Marcial Rubio Correa y Elmer Arce
11. *Derecho tributario: temas básicos*. Francisco Ruiz de Castilla
12. *El mercado de valores en fácil*. Lilian Rocca
13. *Derecho de las obligaciones*. Mario Castillo Freyre
14. *Derecho de sucesiones*. César E. Fernández Arce
15. *Ética y ejercicio de la ciudadanía*. Alberto Simons Camino, S.J.
16. *Arbitraje comercial nacional e internacional*.
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

17. *Derecho eclesiástico del Estado peruano*. Milagros Revilla Izquierdo
18. *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert
19. *Sistema de justicia en el Perú*. David Lovatón Palacios
20. *Manual de derecho marítimo*. Percy Urday B.
21. *Los secretos de los seguros*. Alonso Núñez del Prado Simons
22. *Derecho internacional privado*. César Delgado Barreto y María Antonieta Delgado Menéndez
23. *Introducción al derecho urbanístico*. Iván Ortiz Sánchez
24. *La protección jurídica de los signos distintivos. Marcas, nombres y lemas comerciales*. María del Carmen Arana Courrejolles
25. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. Julio Salas Sánchez
26. *Las creaciones industriales y su protección jurídica. Patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y secretos empresariales*. Baldo Kresalja Rosselló
27. *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Víctor Prado Saldarriaga
28. *El derecho a la seguridad social*. César Gonzales Hunt y Javier Paitán Martínez

Fondo Editorial PUCP

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
marzo 2018 Lima - Perú

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP