

EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PERÚ: EL CAMINO HACIA SU EFECTIVA APLICACIÓN Y HACIA EL REAL RECONOCIMIENTO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS PLENOS DE DERECHOS*

*Carolina Garcés Peralta***

Pontificia Universidad Católica del Perú

Existe un importante desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho interno en materia de protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, en los hechos, debido a patrones social y culturalmente arraigados, las personas menores de edad continúan siendo considerados «objetos de protección» antes que «sujetos de derechos».

El presente artículo analiza el marco jurídico, la doctrina y la jurisprudencia desarrollada a la fecha respecto al principio derecho del interés superior del niño/a. Su finalidad es la toma de conciencia, por parte del Estado, de su responsabilidad de adoptar e implementar acciones y políticas para erradicar la discriminación que hoy sigue jugando en contra de las niñas, niños y adolescentes; y, en especial, del rol trascendental que juegan las y los magistrados en la real protección y vigencia de sus derechos fundamentales.

1. Consideraciones generales

No cabe duda que, en las últimas décadas, se ha venido produciendo un importante desarrollo doctrinario, normativo y jurisprudencial en lo que se refiere a la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, tanto en lo que se refiere al derecho internacional de los derechos humanos como también en el derecho interno de los Estados.

* Algunas de las ideas de este trabajo ya fueron incluidas en Garcés (2012).

** Abogada, exviceministra de la Mujer del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables; magíster en Derecho Constitucional; doctoranda por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); exdirectora general de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo; exadjunta encargada para los Derechos de la Mujer de la Defensoría del Pueblo del Perú; miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC); docente de la Maestría en Derecho Constitucional y de la Facultad de Derecho de la PUCP, e investigadora del Grupo de Derecho, Género y Sexualidad (DEGESE) y del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF) de esta misma casa de estudios.

Durante muchos años se consideró que la normatividad en materia de derechos humanos era suficiente para garantizar su vigencia a todos los seres humanos. Sin embargo, la desigualdad material que afecta a grupos de personas que, en los hechos, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad ha llevado a que, necesaria y complementariamente, se adopten medidas que reconozcan derechos y mecanismos específicos de protección.

Precisamente, uno de estos grupos en situación de vulnerabilidad son los niños, niñas y adolescentes, quienes históricamente han sido considerados, en las distintas sociedades, como personas en situación de dependencia que, por ende, requerían ser objeto de protección de sus progenitores o de quienes los tenían bajo su cuidado.

En el marco de la evolución de los derechos humanos, la doctrina que inicialmente se aplicó para la emisión e interpretación de normas jurídicas sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes fue la denominada Doctrina de la Situación Irregular. Esta se caracterizaba por un enfoque eminentemente tutelar y paternalista, basado en el establecimiento de normas jurídicas que planteaban su protección como personas que, no siendo aún capaces de gozar y ejercer *per se* sus derechos, requerían ser objeto de tutela por parte del Estado y la sociedad.

Si bien antes de su emisión existieron instrumentos internacionales que abordaban aspectos vinculados a la protección de niños, niñas y adolescentes, puede afirmarse que es la Convención sobre los Derechos del Niño el principal instrumento jurídico vinculante que establece un marco de protección y promoción específica e integral de las personas menores de edad y de sus derechos humanos. Este tratado, ratificado por el Perú en 1990 y, por ende, de obligatorio cumplimiento en el país, es la máxima expresión de la denominada Doctrina de Protección Integral, que reconoce a los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) como sujetos de derecho que requieren de un sistema garantista para la protección de sus derechos humanos¹.

Así, en materia de respeto y promoción de los derechos humanos existe una clara tendencia al progresivo reconocimiento y protección de derechos específicos de los NNA debido a sus particulares circunstancias (Cillero, 1999, p. 74), por ser sujetos de derecho en formación. La especificidad en materia de niñez y adolescencia comprende, además, el establecimiento de sistemas y mecanismos (judiciales, administrativos, participativos, etc.) para la tutela efectiva de sus derechos, tanto en el ámbito internacional como nacional.

1 Siendo los NNA sujetos de derecho, además del goce y ejercicio de sus derechos, deben también responder por sus actos en función de su especial situación y grado de desarrollo. Es por ello que la Doctrina de Protección Integral ha tenido su mayor desarrollo en lo que se refiere a la responsabilidad penal de las personas menores de edad, centrándose en el planteamiento de una opción punitivo-garantista, en respeto del Derecho Penal Mínimo y de la utilización de medidas socioeducativas alternativas a la privación de libertad, empleándose esta como *ultima ratio*. Sin embargo, el desarrollo de este tema requiere de un tratamiento especial, pero escapa a los alcances del presente trabajo.

Sin embargo, a pesar de estos avances normativos, en los hechos, los niños, niñas y adolescentes aún continúan siendo históricamente ignorados, debido al arraigado paradigma y los estereotipos sociales que los consideran «objetos de protección» antes que «sujetos de derechos». Ello lleva, en muchos casos, a una interpretación restrictiva en el ejercicio y goce de sus derechos fundamentales, la que se origina, entre otras razones, debido a que quienes los tienen bajo su cuidado (progenitores o tutores), al ser responsables de su bienestar, se consideren, por esta misma razón, moral y legalmente facultados para imponer su autoridad y decidir por ellos sin tomar en consideración su autonomía y dignidad.

La situación se complica si a ello sumamos que las disposiciones de carácter general y abstracto, que reconocen principios y derechos fundamentales, requieren ser adecuadamente interpretadas y aplicadas para la solución de casos concretos por las y los operadores jurídicos. Sin embargo, estos suelen también tener arraigados patrones sociales y culturales que no les permiten brindar una adecuada protección a los NNA.

Uno de los fundamentos de la mencionada Doctrina de la Protección Integral es el principio del interés superior del niño/a (Garcés, 2009, pp. 251-282). Pero su indeterminación, sumado al desconocimiento de las y los operadores del Derecho sobre la materia y a los ya referidos estereotipos que generan que aún no se entienda en qué consiste la obligación de garantizar sus derechos fundamentales², lleva a que, a pesar de los avances, aún se siga desnaturalizando su real contenido y finalidad. A todo esto, se suma la coexistencia de normas jurídicas (algunas de ellas emitidas antes del establecimiento de la Doctrina de Protección Integral) que, de no ser adecuadamente interpretadas en el marco de los estándares actuales de protección de derechos humanos y principios de interpretación, contribuyen a la desprotección de los NNA y a la restricción de la vigencia de sus derechos fundamentales (Garcés, 2009, pp. 251-282).

En este contexto resulta claro que el establecimiento, hace más de tres décadas, del interés superior del niño como principio de derecho base de la Doctrina de protección integral, aún carece de suficiente desarrollo en el establecimiento y la aplicación del ordenamiento jurídico peruano. En este sentido, resulta indispensable, de un lado, llevar a cabo un análisis del marco jurídico vigente y de la doctrina desarrollada vinculada a la materia; y del otro, a partir de la identificación del contenido de algunas sentencias y resoluciones, presentar ejemplos sobre la manera en que este principio viene siendo interpretado y aplicado por los diversos operadores jurídicos encargados de su cumplimiento, al momento de resolver casos concretos³.

2 El deber estatal de garantizar los derechos fundamentales se encuentra establecido en los artículos 1.º y 44.º de la Constitución Política del Perú y en los artículos 1.º y 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3 No siendo factible una revisión cuantitativa de las sentencias o resoluciones emitidas en el ámbito internacional de protección de derechos humanos y en el nacional, se llevará a cabo el análisis de algunas sentencias emblemáticas que permiten realizar una evaluación cualitativa de los alcances y limitaciones que se vienen presentando respecto a su utilización, en el marco de la efectiva protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

2. La Constitución de 1993 y el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes⁴

A diferencia de Constituciones como la de Bolivia, Ecuador, México y Venezuela⁵, que consagran el interés superior del niño/a de manera expresa, la Constitución peruana de 1993 no consideró su inclusión. Aun cuando en el Diario de Debates de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático (CCD) se han identificado intentos por incorporar artículos que establecieran la protección expresa y específica de los NNA y del principio del interés superior del niño/a (en adelante ISN), estos fueron finalmente dejados de lado tanto en dicha Comisión como también en el Pleno del CCD (Congreso Constituyente Democrático, 1993a, pp. 616-633; y Congreso Constituyente Democrático, 1993b, pp. 359-365, 373 y 375).

La vigente Constitución peruana de 1993 contiene disposiciones específicamente vinculadas a la protección de los NNA. El artículo 4.º de la Constitución establece el deber del Estado y de la comunidad de proteger al niño/a y adolescente en situación de abandono, considerándolos como personas que, dada su situación de vulnerabilidad, requieren de especial protección. El artículo 6.º consagra el deber y derecho de los padres y madres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos/as y el deber de estos últimos de respetar y asistir a aquellos. Asimismo, reconoce la igualdad de derechos de los hijos/as prohibiendo «toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad». Por su parte, el artículo 13.º dispone el deber de los padres y madres de familia de educar a sus hijos/as. Finalmente, vinculado al ámbito laboral, el artículo 23.º establece la protección especial del Estado a la madre, al menor de edad⁶ y al impedido que trabajan.

Si bien los artículos que tratan en nuestra Constitución sobre NNA son escuetos, tanto los principios y pautas de interpretación constitucional y de derechos fundamentales, como la denominada Internacionalización del Derecho Constitucional⁷ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hacen que hoy la defensa de los NNA se deba llevar a cabo respetando los estándares internacionales de protección de sus derechos fundamentales, sobre la base de los principios-derechos de dignidad (artículo 1.º), libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.º inciso 1), libertad (artículo 2.º 24) a) e igualdad y no discriminación (artículo 2.º inciso 2) de todas las personas, por ser estas el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Lo expuesto se encuentra intrínsecamente vinculado a lo dispuesto en los artículos 3.º y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución⁸ que,

4 Véase al respecto Garcés, C. (2009), pp. 251-282.

5 Artículos 59.º y 60.º de la Constitución de Bolivia, Artículo 44.º de la Constitución de Ecuador y artículo 78.º de la Constitución de Venezuela. El artículo 4.º de la Constitución mexicana se refiere al «interés superior de la niñez».

6 La grave problemática del trabajo infantil constituye un tema de especial relevancia y requiere de un abordaje especial que esperamos realizar en un futuro próximo.

7 Véase al respecto, Landa, C. (2014), pp. 219-254; y Landa, C. (2015), pp. 153-185.

8 Artículo 3.- Derechos Constitucionales no enumerados. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza

en el marco de la denominada fuerza expansiva de los derechos fundamentales, establecen las cláusulas de apertura que apuntan a una cada vez mayor protección de los derechos fundamentales, en especial de quienes, como es el caso de los NNA, requieren de una especial protección.

A ello sumamos la obligatoriedad de los tratados ratificados por el Perú⁹ que, en el caso de los tratados de derechos humanos, detentan rango constitucional (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 047-2004-AI/TC, fj. 32 y 33; Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC acumulados, fj. 26), y que forman asimismo parte del denominado bloque de constitucionalidad, por lo que son también parámetro para evaluar la compatibilidad de una disposición con la Constitución como norma suprema del Estado (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 6165-2005-HC/TC, fj. 12), siendo las infracciones directas a los tratados de derechos humanos afectaciones a la Constitución (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 00053-2004-PI/TC). Es más, en virtud del denominado Control de Convencionalidad¹⁰, las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) vinculan tanto al Estado parte, contra el cual fueron emitidas, como también a todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Lo expuesto comprende también las opiniones consultivas que, como máximo tribunal internacional encargado de interpretar los tratados de derechos humanos, emite la Corte IDH, por lo que se constituyen en parámetros de interpretación vinculantes de los derechos fundamentales¹¹ de los derechos de los NNA.

Cabe finalmente mencionar que, adicionalmente, las declaraciones y los pronunciamientos¹² emitidos por los distintos órganos de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, encargados de supervisar el cumplimiento de los tratados, se constituyen en parámetros de interpretación autorizada

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.

Cuarta Disposición Final y Transitoria.- Interpretación de los derechos fundamentales. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

- 9 De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.
- 10 El Control de Convencionalidad ha sido desarrollado por la propia Corte IDH en las sentencias emitidas en los casos *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) y *Gelman vs. Uruguay* (2011). Constituye una técnica de control normativo del derecho interno mediante el uso de instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el cual busca asegurar que las normas y actos de los Estados sean acordes tanto con el contenido de los tratados de derechos humanos por él ratificados como con la interpretación que de ellos realizan los organismos encargados de su cumplimiento.
- 11 Es importante tener en cuenta que el artículo V del Título Preliminar de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional establece que «el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte».
- 12 Por ejemplo, las recomendaciones, observaciones y resoluciones.

que, aun cuando no tienen formalmente carácter vinculante, se inspiran en el principio de buena fe como base del cumplimiento de los tratados y del derecho internacional público¹³.

En virtud de lo expuesto, resulta fundamental abordar el desarrollo internacional que se ha llevado a cabo en materia de protección de derechos de los NNA y del denominado interés superior del niño/a.

3. La Convención sobre Derechos del Niño¹⁴, la Doctrina de Protección Integral y el establecimiento del Principio del Interés Superior del Niño/a¹⁵

Como ya se ha referido líneas arriba, es con la Convención sobre Derechos del Niño, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en 1989, que se establecen con carácter vinculante los principios e instituciones que son hoy la base de la protección de las personas menores de edad a nivel internacional y nacional. Tal es el caso de la mencionada Doctrina de la Protección Integral, que reconoce al niño/a como titular de derechos y que está compuesta por tres fundamentos que, como se verá, se encuentran intrínsecamente vinculados entre sí: la protección especial de los NNA (derechos específicos), el reconocimiento del niño/a y adolescente como sujeto de derecho, y el principio del interés superior del niño/a (Garcés, 2009, pp. 251-282).

3.1. Los NNA como sujetos de derechos. La evolución progresiva de facultades

La Convención sobre Derechos del Niño reconoce a los NNA derechos humanos vinculados al ejercicio de derechos y obligaciones como los de opinión, asociación y expresión. Por su parte, el artículo 5.º dispone que la dirección y orientación impartida por los padres y madres a sus hijos/as, u otras personas legalmente encargadas de su cuidado, deben tomar en consideración las capacidades de los mismos para ejercer sus derechos por cuenta propia. Así, se reconoce su carácter de sujetos de derecho, es decir, titulares de derechos y deberes, de la mano con su capacidad de goce y de ejercicio, en el marco de la evolución de sus facultades, vinculada a su voluntad en la toma de decisiones que les afectan (Lansdown, 2005, p. 9) establecida en el artículo 12.º de este tratado.

13 Artículo 26.º de la Convención de Viena. «*Pacta Sunt Servanda*». «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por las partes de buena fe». Artículo 27.º. El derecho interno y la observancia de los tratados. «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.º».

14 Si bien en el desarrollo del presente trabajo se emplea lenguaje inclusivo, más allá de la limitación que ello implica ante la falta de enfoque de género con la que fue emitida, al referirnos a la Convención sobre Derechos del Niño resulta necesaria mantener la denominación exacta del tratado.

15 A diferencia de lo referido en la nota pie anterior, se utiliza el término interés superior del «niño/a», pues se trata de un concepto que consideramos que debe ser necesariamente entendido desde un enfoque de género y, por ende, requiere ser referido con lenguaje inclusivo. Por otro lado, aun cuando consideramos indispensable que se comprenda la distinción entre los derechos de los niños y niñas y los derechos de los y las adolescentes, mantenemos el uso del término «interés superior del niño/a» por ser, hasta la fecha, el de uso común tanto en el plano nacional como internacional.

Esta capacidad de asumir responsabilidades y decisiones que afectan su vida se va incrementando en función de su progresivo grado de madurez integral (física, psicológica y moral) y de su discernimiento, entendido este como la capacidad de toda persona para saber qué desea hacer o no hacer, si es bueno o malo, que comprende la denominada voluntad o posibilidad de realizar un acto propio que manifieste dicha decisión (Espinoza, 1998), todo lo cual no busca limitar el ejercicio de sus derechos, sino, por el contrario, garantizar su libre decisión sin ningún tipo de coacción.

De esta manera, el establecimiento expreso de los NNA como sujetos de derecho tiene por finalidad dejar de lado la concepción paternalista y compasiva que los entendía como objetos de protección sin autonomía, dando paso al reconocimiento de su dignidad, autonomía y, por ende, de su derecho y deber de participar no solo en las decisiones que atañen a su identidad y desarrollo personal y familiar, sino también en diversos ámbitos públicos y privados de la vida en sociedad; siendo el Estado, la sociedad y la familia responsables de proteger y garantizar sus derechos fundamentales para que puedan alcanzar su desarrollo integral.

Cabe tener en cuenta que esta consagración normativa de los NNA como sujetos de derecho resulta obligatoria, erradicando la concepción adultocéntrica que inspiraba la visión tradicional del derecho de familia, cuya relación paterno y materno-filial se basaba en la sujeción total a la potestad y decisión de los padres y madres. De esta manera, se reconoce a las personas menores de edad como sujetos autónomos, con intereses y necesidades que pueden resultar distintas —e inclusive contrarias— a las de sus progenitores o tutores.

A pesar de que todo lo expuesto generó, desde hace más de dos décadas, un importante cambio jurídico en la dinámica de todas las relaciones familiares y sociales en las que intervienen los NNA, lamentablemente, en los hechos, la situación de discriminación y consiguiente subordinación, que durante siglos ha limitado el reconocimiento y la efectiva protección de las personas menores de edad, continúa, en muchos casos, aún vigente.

3.2. El principio de protección especial de los niños, niñas y adolescentes

El reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos no se contradice, sino más bien se complementa con la necesidad de reconocerles una protección especial; es más, este deviene en necesario debido a la situación de vulnerabilidad que aún experimentan, pues durante muchísimo tiempo han sido considerados como objetos de protección y de decisión de quienes los tienen bajo su cuidado, así como de la sociedad y del Estado.

Esta importancia de brindar a los NNA protección especial se encontraba ya contemplada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño. Asimismo, la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada en 1959, establece en su Preámbulo que, por su falta de madurez física y mental, necesitan de protección y cuidado especiales; y en el Principio 2 refiere que cada niño/a «gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y

servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad».

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales e instrumentos, y documentos emitidos por diversos organismos y organizaciones contienen disposiciones vinculadas a la protección de los NNA. Sin embargo, es recién la Convención sobre Derechos del Niño la que establece disposiciones específicas que plantean la protección de los derechos fundamentales en concreto para los NNA, que a su vez debe ir de la mano con el establecimiento de mecanismos que garanticen su efectiva protección, lo que, como ya se ha referido, constituye un avance importante en el reconocimiento normativo de sus derechos fundamentales.

Precisamente, en concordancia con el avance del reconocimiento de la especificidad de los derechos de los NNA, y de su protección especial, es que también en el sistema interamericano, la Corte IDH ha emitido diversas sentencias que, en el marco del Control de Convencionalidad, resultan obligatorias para el Perú. En ellas establece que, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 19.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶ los niños, niñas y adolescentes no solo gozan de iguales derechos a los de las personas mayores de edad, sino que, complementariamente, poseen derechos adicionales específicos que buscan garantizarles efectiva protección en función de su particular situación de vulnerabilidad.

Así, en el caso del Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay, la Corte IDH sostiene que, al igual que los adultos, los NNA «poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos [...] y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado», los que entiende como derechos adicionales complementarios que el tratado establece para seres que, por su desarrollo físico y emocional, necesitan de protección especial (2004, párr.147). Similar planteamiento se encuentra en el caso de las Masacres del Río Negro vs. Guatemala, donde asimismo sostiene que «el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño», el cual se fundamenta en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades». En esta misma sentencia, la Corte reitera que «tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir [...] para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana» (2012, párr. 142).

16 «Artículo 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado».

Una destacable concreción realizada por la Corte IDH, respecto de la protección especial a partir de la adecuada interpretación de las normas internacionales de derechos humanos de los sistemas universal e interamericano, se produce en *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, y se circunscribe al derecho de toda persona a ser oída en el marco de un proceso. Así, en este caso, la Corte establece, de un lado, que las medidas especiales de protección para los NNA, contempladas en el artículo 19 de la Convención, deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto y, de otro lado, que el derecho a ser oído debe interpretarse a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyas previsiones buscan ajustar la intervención de los NNA a sus condiciones y que no redunde en perjuicio de su interés genuino (2012, párr. 196).

En el mismo sentido se pronuncia en la Opinión Consultiva OC-17/2002, donde establece que el artículo 19 de la Convención debe interpretarse de manera dinámica, a fin de que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades especiales del niño/a como verdadero sujeto de derecho y no solo como objeto de protección, para lo cual se debe ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño/a (2002, párrs. 28, 60 y 61). Por su parte, en la Opinión Consultiva OC21/14 recalca la existencia de un «muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños», que es fuente de derecho para establecer el contenido y los alcances de las obligaciones estatales a través de lo dispuesto por el artículo 19 de la Convención Americana, en el marco de lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyos principios y derechos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la Convención Americana, cuando el titular de derechos es una niña o un niño (2014, párr. 57). Queda así clara, entonces, el importante vínculo entre los sistemas universal e interamericano de protección de derechos humanos para una mayor protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

3.3. El principio del interés superior del niño/a¹⁷

En lo que se refiere al ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, el interés superior del niño/a (ISN) fue previamente mencionado en la Declaración de los Derechos del Niño (Principio 2). Sin embargo, se consagra como tal por primera vez en la Convención sobre Derechos del Niño, tornándose en uno de los aportes más importantes de esta norma internacional.

El artículo 3.1 de la Convención establece que «[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño/a»¹⁸.

17 Parte del contenido de esta parte del trabajo ha sido tomado de Garcés (2009), pp. 251 a 282. Sin embargo, esta información ha sido actualizada y ampliada en función del desarrollo alcanzado en los últimos años sobre la materia.

18 Otros artículos de la Convención (9.1, 9.3, 18.1, 20.1, 21, 37 c, 40.2.b.iii) también hacen referencia al interés superior del niño.

Si bien al inicio de su establecimiento fue considerado como un término básicamente declarativo, hoy es claro que no se trata de un simple criterio o pauta de interpretación que puede o no ser utilizada. Por el contrario, constituye un principio general del Derecho (Aguilar, 2008, p. 226) que, en el caso del Perú, ha adquirido carácter constitucional¹⁹, y que como tal es obligatorio y debe ser necesariamente aplicado por intérpretes constitucionales y las y los operadores jurídicos para la protección efectiva de sus derechos fundamentales. Así, su incumplimiento genera la responsabilidad tanto de los Estados como de la sociedad y de los particulares (Santamaría, 2018, p.104).

Ahora bien, más allá de lo que implica el establecimiento y reconocimiento normativo de la denominada Doctrina de Protección Integral y, en especial, de su principio base que es el del interés superior del niño/a, al igual que todo principio, constituye un concepto obligatorio pero a la vez general, indeterminado y abstracto, además de dinámico y flexible (Carbonell, 2020), por lo que requiere ser concretizado en reglas que garanticen los derechos de los NNA ante cada situación específica. Esto implica la interpretación y aplicación a partir de exigencias deliberativas y argumentativas, que permitan la adecuada delimitación de su contenido y alcances, la que suele realizarse a partir de la jurisprudencia (Santamaría, 2018, p. 24).

En este sentido, el problema se presenta al pasar de los principios a las reglas (Atienza, 2010, p. 72), pues, es en estas situaciones es que su contenido viene siendo, de un lado, adecuadamente desarrollado por los diversos organismos encargados de garantizar su cumplimiento; y, de otro, de manera paralela, lamentablemente, dotado de contenidos no solo inadecuados, sino inclusive perjudiciales para la efectiva protección de los derechos de los NNA, entre otras razones, por los estereotipos que —como ya hemos referido— aún persisten y no permiten entender su real estatus de sujetos de derecho.

En este sentido, existen planteamientos o pautas que buscan contribuir a su adecuada determinación. Así, en primer lugar, el ISN es considerado el principio «rector-guía» de la Convención sobre Derechos del Niño, por lo que:

[...] cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el «interés superior del niño» deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención. No es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del interés superior del niño que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce (Cillero, 1999, p. 71).

Un aspecto clave para la determinación del contenido y alcances del interés superior del niño/a es que está conformado por tres conceptos relacionados entre sí: a) es un derecho sustantivo de todo niño/a que su interés superior sea con-

19 Véase al respecto el acápite 4.2. «El desarrollo del Principio del interés superior del niño en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional».

siderado como primordial al momento de evaluar y sopesar distintos intereses para la toma de una decisión respecto de una cuestión debatida; b) es un principio jurídico interpretativo al momento de determinar la norma aplicable (entre varias), o para elegir la interpretación que mejor satisfaga; y c) es una norma de procedimiento, lo que se vincula a la adopción de las garantías procesales; así, los NNA deben ser tenidos en cuenta en los procesos judiciales o procedimientos en la adopción de decisiones (Comité de los Derechos del Niño, 2013, numeral 6).

Es entonces importante indicar que su obligatoria aplicación como principio implica que, cuando se presenten conflictos entre derechos o bienes constitucionalmente protegidos —ya sea en la resolución de una situación concreta o en la decisión sobre una propuesta normativa o política pública—, si una de las partes intervinientes es persona(s) menor(es) de edad, deberá, en el marco del test de ponderación²⁰, aplicarse el principio del ISN. Llegado a este punto, es importante incidir en que, si bien el ISN no será el único factor que se deba tener en cuenta en la solución de un conflicto de derechos o en el planteamiento de una norma o de una política pública, sí debe ser siempre objeto de consideración primordial (Plácido, 2006, p. 4). Será entonces deber del Estado privilegiar los derechos de los NNA respecto de otros derechos, instituciones o valores constitucionalmente reconocidos²¹. Lo expuesto no implica, sin embargo, un trato arbitrario a favor de niños/as y adolescentes, sino que responde a un tratamiento diferenciado, fundado en causas objetivas y razonables que se derivan de la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra todo ser humano en esta etapa etaria de su vida (Garcés, 2012, p. 18).

De otro lado, el ISN juega un rol fundamental al momento de interpretar normas jurídicas que fueron emitidas antes del establecimiento, o sin considerar la doctrina de protección integral y los estándares vigentes de protección de los derechos humanos. Así, en el marco de los principios de interpretación constitucional de los derechos fundamentales, y dentro de la denominada «especificación de los derechos de personas pertenecientes a grupos vulnerables», el interés superior del niño/a busca salvar los problemas que se presentan respecto a estas normas o políticas, «otorgándoles en muchas ocasiones una nueva y vivificada perspectiva y, en otras, considerándolas inaplicables» (Plácido, 2006, p. 5).

Finalmente cabe reiterar que, en el marco de su carácter dinámico y flexible, el interés superior del niño/a busca garantizar la vigencia de sus derechos en cada

20 El objetivo de la técnica de la ponderación es lograr, ante una situación concreta, una solución que optimice la realización de cada uno de los derechos o bienes en conflicto. De no ser esto posible, sobre la base de una restricción constitucionalmente justificada para la protección que se busca establecer, se establecerá la prevalencia de uno de los derechos, desplazando al otro con base en ciertos requisitos concurrentes: a) un fin legítimo o constitucionalmente reconocido; b) la idoneidad o razonabilidad de la medida para alcanzar el fin perseguido; c) que la intervención lesiva del bien o derecho afectado sea necesaria por no existir otra medida menos gravosa que conduzca a la misma finalidad; y, finalmente, d) la proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en la evaluación de si existe equilibrio entre los beneficios que se obtienen respecto del bien protegido y el daño o restricción ocasionados al derecho limitado (Garcés, 2012, p. 30).

21 Véase al respecto Cillero (1999) y Freedman (2005).

situación concreta, para su evaluación y determinación. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño sostiene que, de un lado, se debe determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás; y de otro, «seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho» (Comité de los Derechos del Niño, 2013, numeral 46). Refiere también el Comité lo siguiente:

La «evaluación del interés superior» consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño. Por «determinación del interés superior» se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior (Comité de los Derechos del Niño, 2013, numerales 46 y 47).

En virtud de lo expuesto, resulta importante presentar a continuación los avances que vienen logrando, así como también las limitaciones que vienen enfrentando las y los distintos organismos y operadores del derecho, tanto en el ámbito internacional como en el derecho interno peruano, respecto de la definición de la naturaleza, contenido y aplicación del ISN.

4. El desarrollo del contenido del interés superior del niño/a en la actuación de los organismos internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos. Avances y limitaciones

4.1. El desarrollo del contenido del Principio del interés superior del niño/a por los organismos internacionales de protección de derechos humanos

Como se ha referido en el punto 3 del presente trabajo, el contenido del interés superior del niño/a, que viene siendo desarrollado por los diversos organismos internacionales de protección de derechos humanos competentes en la materia, es fundamental, pues sus declaraciones y pronunciamientos —tengan o no carácter formalmente vinculante— se fundamentan e inspiran en el principio *pacta sunt servanda* o buena fe, que es la base del cumplimiento de los tratados y del derecho internacional público. Así, constituyen fuente directa y resultan clave para la interpretación y adecuada aplicación de las normas constitucionales y demás normas internas del Estado.

Es en virtud de lo expuesto que resulta fundamental conocer el desarrollo que desde el derecho internacional se ha llevado a cabo en materia de protección de derechos de los NNA y del denominado interés superior del niño/a; ello, a fin de poder realizar una adecuada interpretación constitucional de este principio, en el marco de la denominada internacionalización del Derecho Constitucional.

En lo que respecta al Sistema Universal de Derechos Humanos, el Comité sobre Derechos del Niño ha sostenido la importancia del principio del ISN en diversas

recomendaciones. La Observación General N.º 5 plantea que todas las instituciones del Estado —incluidos los órganos legislativos y judiciales— deben analizar cómo los derechos e intereses de las y los niños pueden verse afectados, inclusive por aquellas acciones que no buscaron afectarlos, pero que, en los hechos, sí lo hicieron de manera directa (Comité de Derechos del Niño, 2003, numeral 12). Esta misma Observación General resalta el énfasis en el derecho de los NNA, de expresar su opinión en todos los asuntos que los afectan. Asimismo, es importante referir la Observación General N.º 12 del año 2009, en la cual el Comité resalta la relación entre el interés superior del niño/a y el derecho a ser escuchado y reconocido en el artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño, sosteniendo que no es posible la correcta aplicación del artículo 3.º —sobre el interés superior del niño/a— si no se respetan los componentes del artículo 12.º, estableciendo su rol esencial en todas las decisiones que afecten su vida (Comité de Derechos del Niño, 2009, párr. 74).

Es en la Observación General N.º 14, del año 2013, que el Comité de los Derechos del Niño trata específicamente, sobre el derecho del niño y de la niña a que su interés superior sea una consideración primordial. Es en esta misma observación general donde —como se refirió en el acápite 3.3— se establece la triple concepción del interés superior del niño/a como un derecho sustantivo, como un principio interpretativo y como norma de procedimiento, dejando de esta manera manifestada la trascendencia del mismo, para la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de los NNA (Comité de Derechos del Niño, 2013, artículo 3).

Ante los citados avances desarrollados en sus informes generales sobre el ISN, preocupa que el Comité de Derechos del Niño haya manifestado, en su informe sobre el Estado peruano del año 2006 que, a pesar del reconocimiento normativo, «le preocupa que este principio no se aplique plenamente en la práctica, por ejemplo en la asignación de recursos a los niños, las decisiones sobre otros tipos de cuidado y su revisión y la administración de justicia» (Comité de Derechos del Niño, 2006, párr. 29). Por tal motivo, recomendó que Perú persevere en lograr que el ISN «se comprenda adecuadamente y se integre debidamente en todos los instrumentos jurídicos, así como en las decisiones judiciales y administrativas y en los proyectos, programas y servicios que repercuten en la infancia» (Comité de Derechos del Niño, 2006, párr. 30). La situación se agrava, ya que, en su último informe del año 2016 al Perú, reitera su preocupación respecto a que el ISN «no se aplica sistemáticamente en la práctica, sobre todo en las decisiones administrativas y judiciales» (Comité de Derechos del Niño, 2016, párr. 29). Asimismo, respecto al cumplimiento de su Observación General N.º 14 recomienda al Perú:

- a) Intensifique sus esfuerzos para lograr que se dé prioridad a ese derecho, se integre debidamente y se interprete y aplique sistemáticamente en todas las actuaciones y decisiones legislativas, administrativas y judiciales y en todas las políticas, los programas y los proyectos que sean pertinentes y que tengan repercusiones en los niños;
- b) Vele porque ese derecho se reconozca plenamente en la versión revisada del Código de los Niños y Adolescentes;

- c) Establezca procedimientos y criterios para orientar a todas las personas pertinentes con autoridad para determinar los intereses superiores del niño en cada esfera y para ponderar debidamente esos intereses como consideración primordial (Comité de Derechos del Niño, 2016, párr. 30).

De otro lado, cabe también mencionar el trabajo que en materia del ISN viene desarrollando el Comité de Derechos del Niño, en el marco del Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de comunicaciones, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 2011 -A/RES/66/138. En virtud de esta norma, los niños, niñas y adolescentes pueden dirigirse al Comité de Derechos del Niño para que este se pronuncie sobre sus quejas por presuntas vulneraciones de sus derechos establecidos en la Convención y en sus otros dos Protocolos facultativos. Dado que este Tercer Protocolo Facultativo también hace referencia expresa al carácter de sujetos de derechos y al principio del interés superior del niño como consideración fundamental cuando se ejercen recursos para reparar la violación de sus derechos (artículo 2.º), el Comité ha establecido interesantes planteamientos sobre ISN, en los casos que han llegado a su conocimiento. Solo a modo de ejemplo, como refieren Ravetllat y Contreras (2019), el Comité sostiene que ante la presentación de una comunicación a nombre de otra persona o un grupo de ellas sin su consentimiento, el autor/a de la misma podrá hacerlo siempre que ello obedezca al interés superior del niño o grupo de niñas o niños presuntamente víctimas de vulneraciones.

Asimismo, mediante la Comunicación N.º 2/2015 -CRC/C/73/D/2/2015, el Comité observa que la decisión para desestimar una demanda para visitar a una niña se basó en el ISN, el cual se justificó adecuadamente en el potencial efecto perjudicial que podría suponer para ella, iniciar una relación con una pariente desconocida que hubiese mantenido un alto nivel de conflictividad con sus padres. Es interesante que el Comité planteara que «En ausencia de información adicional que permita justificar en qué medida se habría lesionado el principio del interés superior de la niña al desestimar la demanda de la autora, el Comité considera que esta queja no ha sido suficientemente fundamentada y la declara inadmisibles». Finalmente, Ravetllat y Contreras mencionan como uno de los primeros casos, en los que el Comité considera que un Estado parte vulneró la Convención, el de *I. A. M. vs. Dinamarca* (2018), Comunicación N.º 3/2016, CRC/C/77/D/3/2016, sobre una orden de expulsión de una madre de nacionalidad somalí junto con su hija, por parte de las autoridades danesas. Tras admitir a trámite la comunicación, el Comité se pronuncia sobre el fondo y considera que «el Estado parte no tuvo en cuenta el interés superior de la niña al evaluar el supuesto riesgo al que se exponía la hija de la autora de ser sometida a la mutilación genital femenina en caso de ser expulsada a Puntlandia, ni adoptó las salvaguardias debidas para garantizar el bienestar de la niña a su regreso, lo que supone una vulneración de los artículos 3 y 19 de la Convención».

De otro lado, respecto a los avances en el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, adquiere especial relevancia la Corte IDH,

como máximo tribunal internacional encargado de interpretar los tratados de derechos humanos, a través de sus sentencias y opiniones consultivas. Es más, sus pronunciamientos sobre el interés superior del niño, en virtud del denominado Control de Convencionalidad²², vinculan tanto al Estado responsable, contra el cual fueron emitidas, como también a todos los Estados que han ratificado los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del Sistema Interamericano.

En cuanto a los temas vinculados al interés superior de niños, niñas y adolescentes y a la protección de sus derechos, la Corte IDH viene destacando, desde tiempo atrás, el carácter rector y guía del interés superior del niño/a, afirmando que «el desarrollo de este y el pleno ejercicio de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño» (Corte IDH, 2002, párr. 89). Asimismo, en diversas sentencias²³ resalta a los NNA, no únicamente como sujetos de protección especial sino como sujetos plenos de derecho (Aguilar, 2008, p. 223), sosteniendo la necesidad de abandonar la visión paternalista y asistencialista del derecho y de las personas que lo aplican, y más bien de buscar «que las decisiones sean adoptadas considerando a los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derechos, pero además, que en el proceso de decisión, los niños, niñas y adolescentes lo sepan, lo sientan y lo perciban como resultado final» (Aguilar, 2008, p. 234).

Otro punto importante abordado por la Corte IDH, en diversas sentencias, es el derecho de todo niño/a a alentar su proyecto de vida, lo que conlleva a sentar las bases para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad (Aguilar, 2008, p. 234)²⁴.

Resulta asimismo relevante mencionar que, en el caso *Campo algodónero vs. México*, la Corte IDH sostuvo que la «prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad» (2009, párr. 408).

Es, sin embargo, en *Atala Riffo vs. Chile* (2012) donde la Corte IDH desarrolla el contenido y alcances de este principio. Como se recordará, Karen Atala Riffo estuvo casada con Ricardo Jaime López, con quien tenía tres hijas que cuando se separaron quedaron bajo el cuidado de ella. No obstante, cuando la pareja mujer

22 El Control de Convencionalidad ha sido desarrollado por la propia Corte IDH, con especial énfasis en las sentencias emitidas en los casos *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) y *Gelman vs. Uruguay* (2011).

23 Las sentencias relacionadas son: Corte IDH. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Caso *Bulacio vs. Argentina*, Sentencia de 18 de setiembre de 2003, Caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, Sentencia de 2 de setiembre de 2004, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004, caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia de 8 de setiembre de 2005.

24 Corte IDH. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N.º 63, párr. 141, p.49.

de Atala comienza a convivir con ella y sus hijas, el padre interpone una demanda de tenencia. Cuando el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de Chile, a él se le concedió la tuición definitiva.

Es importante resaltar la forma en que la Corte deja en claro lo cuestionable de los argumentos sostenidos por la justicia chilena, respecto al interés superior y bienestar de las niñas, determinando la insuficiente motivación especulativa y abstracta de las sentencias (2012, párr. 100). Así, reiterando lo ya manifestado en anteriores sentencias, la Corte IDH refiere que el ISN «se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades» (2012, párr. 108), y que su determinación en casos de cuidado y custodia de menores de edad.

[...] se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño/a según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (2012, párr. 109).

También refiere que «al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo, sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona» (párr. 110), más aún cuando se trata de «una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño, la cual no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño» (párr. 111), y de decisiones emitidas por la justicia chilena «sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño» (párr. 208).

Hemos considerado importante hacer referencia expresa a los fundamentos citados debido a que lo emblemático de este caso permite evidenciar, en primer lugar, cómo la justicia chilena empleó el término ISN para negar la tenencia a Karen Atala Riffo, no con base en la efectiva protección de los derechos, opiniones e intereses de las niñas, sino con base en estereotipos contra las relaciones homosexuales; sin tener en cuenta que las niñas querían continuar con su madre, quien les brindaba afecto y cuidado y la protección de sus derechos. Lo expuesto estaba a todas luces fuera del contenido del principio del ISN como tal.

Por otro lado, entre opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH, la más destacable en materia de derechos de los NNA es OC-17/2002 de 28 de agosto

de 2002 sobre la Condición jurídica y derechos humanos del niño. Esta establece en su Opinión 2 «que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y aplicación de normas en todos los órdenes relativos a la vida del niño». Cabe también resaltar que, en esta misma opinión consultiva, la Corte establece, en el numeral 56, que el principio del ISN «se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño».

Como puede apreciarse, existen avances desarrollados por la Corte IDH sobre aspectos vinculados al interés superior de los niños/as y a la protección de sus derechos. Sin embargo, resulta aún necesario contar con mayores precisiones respecto a su contenido (Ibañez, 2010, p. 54) a fin de que no solo los Estados, sino que los propios NNA puedan contar con mayor información respecto a los alcances que pueden llegar a tener sus derechos con base en la aplicación de este principio de interpretación (Ibañez, 2010, p. 27).

4.2. El desarrollo del Principio del interés superior del niño/a en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución viene emitiendo, desde tiempo atrás, sentencias que destacan la importancia de la aplicación de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Aun cuando escapa a los alcances del presente trabajo la realización de un análisis exhaustivo de todas las sentencias emitidas hasta la fecha, en lo que se refiere al contenido y aplicación del interés superior del niño/a en situaciones concretas, se mencionan algunas emblemáticas vinculadas al reconocimiento constitucional al ISN y a la protección de sus derechos fundamentales.

Cabe destacar, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional (TC) ha reconocido expresamente que el deber estatal de protección constitucionalmente establecido en el artículo 4.º de la Constitución comprende no solo a los NNA en situación de abandono sino que se extiende la protección, prevista en este artículo constitucional, a la niñez y adolescencia en general, declarando así la obligación del Estado «de proteger especialmente al niño y al adolescente» (Tribunal Constitucional, Exp. 0052-2004-AA/TC, fj. 3).

De otro lado, el TC otorga alcance constitucional al interés superior del niño/a, estableciendo que forma parte del bloque de constitucionalidad del citado artículo 4.º constitucional, ello a través del artículo IX del Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente, del principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y del artículo 3.º inciso 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁵.

25 Véase al respecto, STC Expediente N.º 6165-2005-HC/TC de 6 de diciembre de 2005, fj. 12, STC Expediente N.º 4646-2007-PA/TC de 17 de octubre de 2007, fj. 45, Exp. N.º 02079-2009-PHC/TC, fj. 11 y STC Expediente N.º 03247-2008-PHC/TC, fj. 9.

Lo expuesto constituye, sin duda, un importante avance en materia de reconocimiento constitucional del ISN, que busca contribuir a la verdadera protección y realización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

De otro lado, el Tribunal Constitucional ha emitido diversas sentencias en favor de la protección de los derechos de niños/as y adolescentes, no desde la perspectiva adultocéntrica, sino desde el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos y titulares de derechos específicos. Así, a modo de ejemplo, el intérprete supremo de la Constitución ha sostenido que la protección de la dignidad o desarrollo físico, psíquico o social de los NNA no se puede supeditar a la voluntad o intereses de los padres, madres o responsables de su tutela, ni a los intereses del Estado o de la sociedad (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 2132-2008-AA/TC, fj. 11). En cuanto a quiénes están obligados a respetar el interés superior del niño/a, el TC reconoce que no solo es el Estado sino toda la sociedad en su conjunto, lo que comprende la actuación de todas las instituciones privadas²⁶, además de sus progenitores o tutores.

Un caso de particular relevancia es aquel en el cual se impuso al ciudadano brasileiro Jesús de Mesquita Oliveira la sanción de salir obligatoriamente del país, estando impedido de ingresar al territorio nacional y, por tanto, estar con su hija y esposa (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 02744 2015-PA/TC). Resulta importante resaltar varios aspectos a partir de los cuales argumenta los alcances del ISN, en el caso concreto, en los cuales acierta en sostener, en primer lugar, que «en la valoración que formulen las entidades públicas o privadas del interés superior del niño que justificaría la separación de sus padres, tutores u otros responsables, resulta de vital importancia que tomen en cuenta la participación del menor y la manifestación de su opinión, en tanto se trata de medidas que involucran sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura» (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 02744 2015-PA/TC, fj. 33). De la mano con lo expuesto, refiere que «cualquier decisión relativa a la separación del niño respecto de sus padres o de su familia que, a partir del Estado, se adopte a través de sus representantes (funcionarios, autoridades, empleados, etc.), por motivos vinculados con la condición migratoria de uno o ambos progenitores, debe ser excepcional, de carácter temporal, y deberá estar justificada en el interés superior del niño», valorando adecuadamente las circunstancias propias de los padres o familiares de los NNA en cada caso (fj. 36). Cabe asimismo citar la «superación de las concepciones paterno-autoritarias, al dejar de considerar al niño y el adolescente como objeto de protección, para asumirlos como sujetos a los que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos [STC 3247- 2008-PHC/TC]. Este principio orienta la interpretación y entendimiento de los diversos derechos del niño y el adolescente [STC 01817-2009-PHC/TC]» (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 02744 2015-PA/TC, fj. 36).

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido la obligación de garantizar, en todo momento y a todo nivel, el interés superior de los niños, las niñas

26 Ya el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a que este principio vincula también a las entidades privadas. Véase STC Expediente N.º 4646-2007-PA/TC, fj. 46.

y los adolescentes frente a cualquier otro tipo de interés (Tribunal Constitucional, Exp. 02132-2008-AA, fj. 10; Exp. 2079-2009-HC, fj. 13; Exp. 02132-2008-AA, fj. 10). Esta misma sentencia precisa que «la protección especial brindada a niños, niñas y adolescentes no significa, de alguna forma, que les pueda considerar como un mero objeto de protección, sino más bien como auténticos sujetos de derechos»; y que «la protección que se les brinda no debe basarse únicamente en su situación de debilidad o vulnerabilidad», sino que «parte de reconocerlas como personas y está encaminada a la construcción y al fortalecimiento progresivo de su autonomía, así como a la asunción de responsabilidades como futuro ciudadano²⁷ (doctrina de la «protección integral»). De este modo, la protección especial a favor de niñas, niños y adolescentes está encaminada a fortalecer y permitir el despliegue de sus capacidades, así como a promover su bienestar, y jamás a su anulación o subordinación» (Tribunal Constitucional, Exp. 2018-2015-PA/TC, fj. 20).

Otra postura importante sostenida por el TC se presenta en un caso de denuncia por violación sexual en agravio de dos hermanas menores de edad (13 y 12 años) en una comunidad nativa, en el cual se declaró infundada la demanda por no ser el caso de competencia de la justicia comunal sino de la justicia penal ordinaria. En esta sentencia se refiere la imposibilidad de entender como costumbre comunal que una persona adulta pueda tener relaciones sexuales con menores de 14 años de edad (Tribunal Constitucional, Exp. 7009-2013 PHC/TC, Voto Singular de la Magistrada Ledesma Narváez, p. 22). Cabe referir que en el fundamento 24 del voto singular de la magistrada Marianella Ledesma, se reitera lo ya sostenido por el Tribunal Constitucional en anteriores sentencias sobre «la vinculatoriedad del principio del interés superior del niño, recogido en la Declaración de los Derechos del Niño y posteriormente asumido en la Convención de Derechos del Niño (STC 04646-2007-AA/TC, FJ 42). Este principio, que tiene entre sus dimensiones, según la Observación General N.º 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, la de ser un principio jurídico interpretativo fundamental y, a la vez, una norma de procedimiento, deriva de forma implícita del artículo 4.º de la Constitución antes mencionado (STC 03744-2007-PHC/TC, FJ 5)» (Tribunal Constitucional, Exp. 7009-2013 PHC/TC, Voto Singular de la Magistrada Ledesma Narváez, fj. 24). Asimismo, la magistrada sostiene, respecto a la participación de los niños/as y adolescentes en procesos judiciales, que esta debe ser *especial* en la medida en que los NNA poseen características singulares y particulares, debiendo procurar-

27 Cabe, sin embargo, referir, como se verá en el punto 5.1. del presente trabajo (Toma de conciencia sobre la persistencia de una situación de discriminación estructural en contra de los NNA), la referencia a «futuro ciudadano» resultaría cuestionable si es que partimos del carácter de ciudadano/a, entendido de manera amplia —postura que asumimos—, es decir, no circunscrita a la participación política a través del voto, sino como persona que, en ejercicio de su libertad y facultades evolutivas, participa en la vida política, económica, social y cultural del país (artículos 2.º inciso 17 y 31.º de la Constitución), ejerciendo sus derechos fundamentales de reunión, asociación, acceso a la información pública, entre otros, los cuales son reconocidos a los NNA, por el ordenamiento jurídico peruano. Se trata, sin embargo, de un tema cuyo desarrollo, por su especificidad, escapa a los alcances del presente trabajo.

se un escrupuloso y prioritario tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso (Exp. 03744-2007-PHC/TC, fj. 5).

Lo mencionado es solo una muestra de los avances logrados por el máximo intérprete de la Constitución, los que, no obstante, son aún insuficientes en aras de lograr la efectiva garantía de los derechos fundamentales de los NNA y la real aplicación del principio del interés superior del niño/a en el país.

4.3. El establecimiento y desarrollo del Principio del interés superior del niño/a en el sistema jurídico interno nacional. Algunos casos emblemáticos que evidencian los avances y límites en relación con su contenido y aplicación

En el año 2000 fue emitida la Ley N.º 27337, Código de los Niños y Adolescentes (CNA), con la finalidad de contar con una norma que, de manera integral, tratara sobre el reconocimiento de derechos, defensa y mecanismos para la protección de los NNA. Esta ley refuerza la importancia del respeto al principio del interés superior del niño/a, ya reconocido en el ámbito internacional, al establecerlo expresamente en el artículo IX de su Título Preliminar, el cual dispone que «[e]n toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés

Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos».

Por su parte, el artículo IV del Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente establece que las personas menores de edad:

[...] gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes.

La Ley establece las circunstancias en que el ejercicio de estos actos requiere de un régimen de asistencia y determina responsabilidades.

Asimismo, el artículo 9.º de esta misma norma establece el derecho de los niño/as y adolescentes que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios, «de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez».

Años después, en el 2015, la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, establece entre los principios rectores para su interpretación y aplicación, previstos en el artículo 2.º, en relación con «toda medida que adopte el Estado a través de sus poderes públicos e instituciones, así como en la acción de la sociedad», al denominado Principio del interés superior del niño para «todas las medidas concernientes a las niñas y niños adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos» (inciso 2).

En este mismo sentido, el artículo 50 del Reglamento de la citada Ley 30364, D. S. 009-2016-MIMP, establece que, «[t]ratándose de actos de violencia en agravio de niñas, niños y adolescentes que no constituyan faltas o delitos, la Fiscalía Provincial Penal o Mixta, remite los actuados al Juzgado de Familia, cautelando el interés superior del niño y sus derechos, a fin que evalúe el inicio del proceso de contravención a sus derechos de conformidad a lo dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes». Por su parte el artículo 77.º establece que «[l]a Unidad de Investigación Tutelar (UIT) del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables que dirige el procedimiento de Investigación Tutelar [...] recibe denuncias por presunto abandono de niñas, niños y adolescentes, dispone el inicio del procedimiento de Investigación Tutelar y aplica las medidas de protección en función al interés superior de la niña, niño o adolescente». Finalmente, el artículo 99.º establece, entre los principios que rigen el Sistema Nacional previsto en la Ley, el del «interés superior de la niña, niño y adolescente 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» (inciso d). Por su parte, el Reglamento de la Ley 30403, que prohíbe el castigo físico o humillante (Decreto Supremo N.º 003-2018-MIMP), también establece el principio del ISN en sus artículos 4.º, 6.º inciso a) y 15.6.

Sin embargo, recién con fecha 17 de junio de 2016 se publica la Ley N.º 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño/a, en el marco de la Convención sobre Derechos del Niño, la Observación General N.º 14, y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y los Adolescentes. En consonancia con lo establecido en el ámbito internacional, como en las normas nacionales citadas líneas arriba, el artículo 2 de esta ley establece que «[e]l interés superior del niño 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 [...] garantizando sus derechos humanos». Cabe destacar el artículo 4.º inciso 6 y el artículo 5.º, que inciden en la necesidad de argumentar y fundamentar jurídicamente las decisiones tomadas en consideración a los derechos de las y los niños. Por su parte, y en concordancia con la Convención sobre Derechos del Niño (artículo 12.º) y el Código de los Niños y Adolescentes (artículos 9.º y IV del Título Preliminar), establece, entre las garantías procesales contempladas en el artículo 4.º, el derecho de los NNA a expresar su opinión (inciso 1); a la argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño/a (inciso 6); a los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a las y los niños (inciso 7), y a la evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración a los derechos del niño/a (inciso 8).

El reglamento de la Ley N.º 30466 (Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP), desarrolla «los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos, procedimientos y demás actuaciones

del Estado o entidades privadas que conciernan a niñas, niños y adolescentes», estableciendo los principios, enfoques y disposiciones para la aplicación del interés superior del niño/a.

Adicionalmente, encontramos pronunciamientos en materia del ISN emitidos por instancias administrativas. Así, cabe mencionar la reciente emisión de la Resolución de Sala Plena N.º 003-2020-SERVIR/STC, de fecha 13 de junio de 2020, precedente administrativo sobre la falta de hostigamiento sexual tipificada en el literal f) del Artículo 49.º de la Ley N.º 29944, Ley de la Reforma Magisterial, valoración de los medios de prueba, acreditación y motivación de la falta. El fundamento 31 de esta resolución refiere que en nuestro ordenamiento jurídico «se exige a todas las autoridades que integran el Estado tener en cuenta el interés superior del niño no solo como principio sino también como norma de procedimiento que impone una serie de garantías procesales en pro de los intereses de los niños, niñas y adolescentes; los cuales deberán ser sopesados cuidadosamente cuando entren en conflicto con intereses de otras partes. En ese sentido, deberá ser un criterio a tomarse en cuenta al momento de realizar el razonamiento probatorio y valoración de los medios de prueba en los casos de hostigamiento sexual y violencia sexual en agravio de los menores».

De lo expuesto se aprecia la existencia de un progresivo reconocimiento normativo del ISN en diversas normas nacionales, que inclusive ha llevado a la emisión de la Ley 30466 y su reglamento, específicamente emitidos para el establecimiento expreso de parámetros y garantías procesales, precisamente para la consideración primordial del interés superior del niño/a.

Sin embargo, más allá de sus alcances y limitaciones, y al igual que ocurre con la mayor parte de las normas que forman parte del sistema de protección de los derechos fundamentales, los principales problemas se presentan, fundamentalmente, al momento de su aplicación por parte de los operadores jurídicos, en el marco de sus respectivas competencias.

La situación se agrava al encontrar, en el ámbito jurisdiccional, sentencias en las que las y los magistrados, no obstante ser intérpretes constitucionales por excelencia y protectores de derechos fundamentales, transgreden en sus decisiones el real contenido y alcances del principio del interés superior del niño/a. Así, por ejemplo, en una tesis que analiza diversas resoluciones emitidas en la jurisdicción de Arequipa sobre cuestionamientos de paternidad, que alegaban la defensa del interés superior del niño, niña y adolescente para sustentar sus decisiones, el autor identificó sentencias en las que se argumentaba la aplicación del ISN sin mayor fundamentación ni tener en cuenta las características especiales de cada caso en concreto, y sin escuchar a las y los menores de edad cuya paternidad estaba en disputa. De otro lado, en los procesos de impugnación de paternidad se encontraron casos en que el padre, madre o responsable de su tutela supeditaba la satisfacción de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su voluntad, considerando a los NNA como objetos de tutela bajo las decisiones de los padres/madres, o a los criterios de las y los jueces (Torreblanca, 2018, pp. 163-166).

En concordancia con lo expuesto en el párrafo anterior, preocupa haber identificado una sentencia en la Corte Suprema de Justicia en la que se realiza una inexplicable aplicación del interés superior del niño/a, en favor del autor de delito de violación sexual en agravio de una menor de edad, con quien mantenía una relación de convivencia y con quien tenía dos hijos. Dicha sentencia resuelve suspendiendo la ejecución de la pena privativa de libertad, fundándose en el «interés superior del niño/a», en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y a sus hijos menores de edad quienes dependen del imputado y han venido sido acogidos y cuidados por él (Corte Suprema de Justicia, Recurso Nulidad N.º 761-2028/Apurímac, 2018).

5. Propuestas para una adecuada interpretación y aplicación del Principio del interés superior del niño/a

Todos los temas abordados hasta aquí nos permiten evidenciar los importantes avances logrados a la fecha en materia de regulación, interpretación y aplicación del Principio del interés superior del niño/a, de la mano con el reconocimiento del carácter de sujetos de derecho de los niños, niñas y adolescentes y del reconocimiento de sus derechos fundamentales.

A pesar de ello, y de que su aplicación obliga tanto al Estado como a toda la sociedad en su conjunto, la realidad nos continúa mostrando día a día la insuficiencia de lo desarrollado tanto en el marco del derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho interno. La situación se agrava pues, en muchos casos, no solo no se ha avanzado, sino que, inclusive, se evidencia una clara contradicción entre lo que se sostiene se viene aplicando «para garantizar el ISN» y la real protección y vigencia de los derechos de los NNA. En efecto, sin tener en cuenta todo lo desarrollado en materia de fuentes del Derecho (legislación, jurisprudencia, doctrina, principios) y de criterios de interpretación para la adecuada interpretación y aplicación del ISN y la vigencia de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, muchos operadores del Derecho continúan desnaturalizando su aplicación, utilizando el término «interés superior el niño/a» para la defensa de posturas precisamente opuestas a su contenido y alcances.

Las preguntas que deben surgirnos de inmediato son, en nuestro concepto, las siguientes:

- ¿Cuál es la razón para que se sigan produciendo violaciones a los derechos fundamentales de los NNA sustentadas en el «interés superior del niño/a», a pesar de existir desde siempre consenso en todas las sociedades sobre la importancia de proteger a los niños/as y adolescentes?, y
- ¿Cuál es la razón para que se siga desnaturalizando el contenido del principio del «interés superior del niño/a», a pesar de su carácter imperativo y la existencia de criterios obligatorios para su adecuada interpretación y aplicación desarrollados por las diversas instancias competentes?

La respuesta es, en nuestro concepto, la insuficiente toma de conciencia respecto a la persistencia de una discriminación estructural contra los niños, niñas y

adolescentes por razones de edad, y sobre la urgente necesidad de adoptar medidas para su erradicación de la mano con el planteamiento de alternativas que contribuyan a la real vigencia del interés superior del niño/a y la consiguiente protección de sus derechos fundamentales.

Llegado a este punto consideramos indispensable presentar algunos planteamientos y propuestas. La finalidad no es otra que contribuir a enfrentar, desde el derecho, el grave problema que aún enfrentan los NNA en materia de defensa y protección de sus derechos fundamentales.

5.1. Toma de conciencia sobre la persistencia de una situación de discriminación estructural en contra de los NNA

Como hemos manifestado, a pesar de los logros jurídicos alcanzados, en los hechos aún no se llega a entender el real contenido y consiguiente aplicación del principio del interés superior del niño/a y del carácter de sujetos de derechos de los NNA, lo que se evidencia al momento de diseñar y, sobre todo, de aplicar políticas públicas, así como en el momento en que las y los operadores jurídicos resuelven situaciones concretas en las que se encuentra de por medio la protección de los NNA y de sus derechos. Y esta problemática no va a poder ser adecuadamente enfrentada y erradicada mientras no se enfrente la persistencia de discriminación estructural por razones de edad en contra de los niños, niñas y adolescentes.

En efecto, persiste —no solo en el Perú sino nivel mundial— toda una estructura social que, basada en patrones social y culturalmente arraigados, continúa hasta el día de hoy considerando a los NNA como «objetos de especial protección» por parte de quienes los tienen bajo su custodia o cuidado. Lo expuesto va de la mano con la continuidad de un paternalismo mal entendido²⁸ que, en vez de reconocer que los NNA son sujetos de derecho con plena dignidad y autonomía en el marco de virtud de la progresiva evolución de sus facultades, los continúa tratando como como personas sin individualidad ni voluntad, como incapaces de discernir y tomar decisiones, situación ante la cual consideran y optan, bajo un erróneo concepto de «protección», que lo mejor es mantenerles dependientes bajo el control y decisión de quienes ejercen su representación legal, inclusive en temas especialmente sensibles por estar vinculados a decisiones sobre su intimidad y necesidades básicas, afectando, así, su autonomía y dignidad, que son la base de los derechos humanos, es decir, su propia humanidad. Evidencia de lo expuesto es la concepción socialmente arraigada que continúa entendiendo a los NNA «como el futuro del país» y no como su presente.

La existencia de estas barreras sociales se evidencia también en la actuación de las y los funcionarios del Estado que en el marco de sus competencias, y más allá de las disposiciones jurídicas que consagran instituciones y medidas para la protección de sus derechos, en los hechos, siguen considerando decidir sobre los

28 Es importante referir que no toda medida paternalista es limitativa de derechos, pues existen aquellas que buscan satisfacer aquellas preferencias o planes de vida por las que las personas han optado libremente. Véase al respecto Nino, C. S. (1989), p. 414.

NNA como la mejor manera de abordar la problemática respecto a temas vinculados a las personas menores de edad.

La situación se agrava teniendo en cuenta que toda esta problemática es de carácter sistémico, por lo que requiere de una comprensión compleja y multicausal y de su consiguiente abordaje multidisciplinario para contribuir a lograr la real vigencia de los derechos fundamentales de los NNA. Ante esta situación es urgente reiterar y evidenciar que —aun cuando no suele reconocerse— todo lo referido se basa en que los NNA, como grupo etario, enfrentan todavía —y más allá de los avances logrados para la protección de sus derechos— una manifiesta situación de discriminación estructural.

Somos conscientes de que esta afirmación resulta retadora, más aún en un contexto en el cual en todas las sociedades ha existido, desde siempre, consenso sobre la necesidad de brindar afecto, formación y protección a los niños, niñas y adolescentes, tanto desde la familia como célula básica de la sociedad, como desde toda la sociedad y el Estado en su conjunto. Sin embargo, han sido precisamente estas mismas razones las que han permitido y aún permiten la persistencia de una extendida tolerancia social que, de manera consciente o inconsciente, continúa entendiendo como indispensable mantener el *status quo*, a fin de poder garantizar la necesaria protección que requieren las personas menores de edad.

En este sentido, consideramos necesario exponer los fundamentos que sustentan nuestra afirmación sobre la vulneración del principio derecho a la igualdad y no discriminación de los niños, niñas y adolescentes.

5.1.1. Vulnerabilidad y discriminación estructural por edadismo contra los niños, niñas y adolescentes. Durante todo el desarrollo del presente trabajo nos hemos estado refiriendo a la obligación estatal de garantizar los derechos fundamentales de las personas, en especial de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad por pertenecer a grupos históricamente discriminados.

Como sostiene Barranco Avilés, el concepto de vulnerabilidad se encuentra estrechamente ligado al concepto de discriminación. Por lo general, el tratamiento de la situación de vulnerabilidad se ha realizado considerando a las personas pertenecientes a estos grupos como carentes de capacidad y autonomía, con las que se asume una actitud paternalista desde la cual se ignora a las personas del colectivo al momento de establecer sus propias necesidades e intereses, apareciendo así las nociones de «protección» y «responsabilidad». De esta manera, se evidencia la vinculación de la vulnerabilidad con una «tendencia a la discriminación» (Barranco, 2014, pp. 17, 19 y 36).

Como es sabido, el principio derecho a la igualdad implica que todos los seres humanos debemos ser tratados iguales, salvo que existan criterios objetivos y razonables que justifiquen una diferencia de trato (Eguiguren, 1997, p. 70). Hasta aquí es claro que los NNA, en función de su edad como condición natural, requieren un tratamiento distinto debido a la protección y cuidado especial que, sin duda, necesitan y que requiere ser brindado a todo ser en desarrollo y formación.

Ello comprende la obligación de quienes los tienen bajo su cuidado de brindarles afecto, atención, educación integral, alimentación, vestido, juego²⁹, un ambiente armonioso, entre otros; para lo cual el Derecho establece los mecanismos para garantizar la efectiva protección de sus derechos fundamentales en caso se presenten situaciones de vulneración a estas necesidades especiales.

Resulta por demás razonable y necesario que la minoría de edad constituya un argumento para justificar una diferencia de trato para establecer la falta de capacidad de ejercicio para, por ejemplo, celebrar por sí mismo y de manera autónoma un contrato de compraventa de un inmueble, o la falta de capacidad para contraer matrimonio. El problema se presenta en los casos de diferencias de trato injustas y arbitrarias, que, en vez de responder a una real protección, lo que hacen es limitar u obstaculizar la protección de sus derechos fundamentales como, por ejemplo, su integridad (física, psicológica y moral), opinión, salud integral, identidad, entre otros.

Llegado a este punto, cabe reconocer que la complejidad de la realidad nos muestra que no siempre resulta fácil identificar cuándo se está realmente estableciendo límites constitucionalmente admisibles para la efectiva protección de los derechos de los NNA, en aplicación del interés superior del niño/a; y cuándo, por el contrario, se trata de una afectación a sus derechos fundamentales y a su calidad de sujetos de derecho. Lo expuesto se exagera, teniendo en cuenta el carácter abierto e indeterminado de las disposiciones que reconocen los derechos fundamentales y principios como el del interés superior del niño/a, y la consiguiente necesidad de determinar su aplicación, convirtiéndolos en reglas para situaciones y contextos concretos a partir de exigencias argumentativas.

Sobre el particular, consideramos que un punto clave para dicha determinación, además del uso de principios y criterios de interpretación constitucional y de derechos fundamentales y de los alcances planteados en el presente trabajo, es identificar si se trata de supuestos que, en última instancia, afectan principios base del Derecho como son su dignidad y su autonomía progresiva en el marco de la evolución de sus facultades. Y es que, en estos casos, lo que se estaría vulnerando son todos aquellos derechos que se encuentran intrínsecamente vinculados a su condición de ser humano y que les han sido expresamente reconocidos en el marco del proceso de especificación de los derechos humanos³⁰.

Cabe, al respecto, tener en cuenta que en virtud de lo dispuesto por la Convención sobre Derechos del Niño, «los niños son dignos en tanto que niños (y no solo en tanto que adultos en potencia) por lo que es necesario implementar derechos que consideren estas diferencias para evitar que los niños sean tratados como meros medios» (Barranco, 2014, p. 37), situación esta última que contradeciría la razón de ser del Estado Social y Democrático de Derecho, cual es garantizar los

29 El derecho al juego está expresamente reconocido en el artículo 31.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

30 El denominado proceso de especificación implica incidir en el análisis de la situación de cada ciudadano o ciudadana en atención a particulares consideraciones como el género, discapacidad, etnia, edad, entre otras. Véase al respecto Bobbio (1991, p. 109).

derechos fundamentales de todas las personas sin discriminación de ningún tipo. Estrechamente vinculado con lo expuesto se encuentra el concepto de dignidad que, en postura que compartimos, comprende tres objetos concretos de protección: a) el derecho a diseñar su plan de vida (vivir como se quiera), b) la presencia de ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), y c) la intangibilidad de bienes no patrimoniales como la integridad física y moral (vivir sin humillaciones) (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 381/14 de 13 de junio de 2014).

Coincidimos, asimismo, con Barranco Avilés, para quien salvaguardar la dignidad humana, común a todos los seres humanos como titulares de derechos, implica impedir que estos sean tratados como meros medios, siendo los derechos humanos «instrumentos orientados a salvaguardar a las personas de su instrumentalización» (Barranco, 2014, p. 27). En este sentido, cuando el estereotipo social niega a los NNA la capacidad de opinar, o incluso elegir aun cuando en función de su autonomía progresiva pueden entender y discernir sobre su situación, «se les está negando también uno de los atributos que de forma unánime se consideran definitorios de la dignidad humana» (Barranco, 2014, p. 30).

Solo a modo de ejemplo, y más allá del necesario análisis, la situación específica de un NNA o de un grupo de NNA, la afectación a su dignidad se podría presentar en los casos en los que (en contra de lo que establece la normatividad en la materia) no se tomara en cuenta su opinión en situaciones de tenencia o adopción; o cuando no se considerara su libertad de creencia, o su orientación sexual o identidad de género, o su libre desarrollo para la determinación de su apariencia, gustos o preferencias, salvo en aquellos casos en que exista prueba objetiva de que estas afectan su propia vida, salud o integridad. Y es que, en una lógica adultocéntrica, se suele considerar que la voluntad u opiniones del NNA no resultan ser las mejores para su bienestar, incurriendo así en una falsa concepción de protección y, por consiguiente, en la visión de entenderlos solo por encontrarse en etapa de crecimiento y desarrollo, como objetos de protección y no como verdaderos sujetos de derecho. De esta manera, partiendo de un malentendido concepto de cuidado que limita injustificadamente su capacidad y autonomía, se cae en un supuesto de discriminación disfrazado de protección, que no se basa en la causa natural de su edad, sino en barreras sociales que consideran a las personas menores de edad como «inferiores», y que Barranco Avilés califica como un tipo de discriminación que denomina «edadismo» (Barranco, 2014, p. 36).

El artículo 2.º de la Convención sobre Derechos del Niño establece la aplicación de los derechos a todos los niños/as, sin excepción alguna, siendo obligación del Estado tomar las medidas necesarias para proteger a los NNA de toda forma de discriminación³¹. Lo expuesto se vincula a su vez con el concepto de discrimi-

31 Entre las diversas normas que establecen el derecho a la no discriminación cabe mencionar el artículo 3.º inciso c) del Reglamento de la Ley N.º 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño (DS 002-2018-MIMP). Entre los principios para su aplicación contempla el de igualdad y no discriminación en virtud del cual todas las niñas, niños o adolescentes ejercen sus derechos en igualdad de condiciones, sin

nación que se consagra en los tratados vinculados a discriminación, y que permite definir como «discriminación contra los niños, niñas y adolescentes» a toda distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por las personas menores de edad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera³².

En virtud de lo expuesto, cuando se presentan situaciones de diferenciación arbitrarias o injustificadas contra los NNA —como las mencionadas líneas arriba— a partir de las cuales se les niega su carácter de sujetos de derechos y se limita sus derechos fundamentales afectando o poniendo en juego su dignidad y autonomía, se incurre en acciones que no solo vulneran a la persona menor de edad contra la que se producen, sino que afectan, por razón de su edad, a todo el grupo de personas conformadas por los NNA, el cual es reconocido tanto por el derecho internacional de los derechos humanos como por el derecho interno como grupo en situación de especial vulnerabilidad.

Resulta entonces claro que, en casos como los planteados, las afectaciones a los derechos de los NNA, en razón de su minoría de edad, encajan en el concepto de *discriminación estructural*, pues se definen por tener un sentido negativo intenso, fundado en razones históricamente prejuiciosas y estereotipos sociales por los cuales o el Estado o los particulares tratan como inferiores a personas pertenecientes a un grupo humano que tiene determinada condición —que en el caso de los NNA es la edad³³—, en función de la cual se les considera como inferiores o se les desconoce en los hechos como titulares de derechos, afectando su dignidad (García, 1991, p. 249), al entenderlos como medios antes que como fin en sí mismos, poniéndolos en una situación de control u opresión y de dominación.

La situación se agrava por la complejidad de la discriminación estructural, pues confluyen en ella diversos factores a nivel individual, familiar, comunitario, y social/institucional que contribuyen a su existencia y persistencia. Así, la discriminación estructural o sistémica responde a un fenómeno social y cultural contra un grupo social e históricamente excluido y discriminado por complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias profundamente arraigados e instalados en las personas, instituciones y la sociedad en su conjunto, los cuales se reproducen socialmente y se transmiten de generación en generación, afectando la vigencia de sus derechos fundamentales, debido a relaciones de poder en acciones que se dirigen (con o sin intención) contra ellas (Salomé, 2017, pp. 133-134), lo que afecta al grupo social —que en este caso son los NNA— por

discriminación alguna por motivos entre los cuales se encuentra expresamente establecido el de la edad.

32 Véase, al respecto, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 1.º, y Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, artículo 1.1.

33 La discriminación que se produce «contra una persona afecta en realidad a todas las personas que componen o integran dicho grupo discriminado» (Defensoría del Pueblo, 2012, p. 95).

el solo hecho de ser tales, considerándoles como inferiores o subordinados a las personas adultas.

Es más, en el marco del carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos (Naciones Unidas, 1993, párr. 5), así como por la propia naturaleza relacional del derecho a la igualdad y no discriminación (García, 1991, p. 229), su vulneración afecta otros derechos fundamentales de los NNA, en especial su dignidad, vida digna, integridad física, psicológica y moral, salud, así como al libre desarrollo o los planes de vida de los NNA.

En cuanto a sus manifestaciones, la discriminación estructural que se produce contra los NNA no solo es directa (expresa, manifiesta), sino que, precisamente, debido a que se sustenta en patrones y estereotipos socialmente arraigados contra las personas menores de edad, suele ser indirecta, es decir, se acostumbra —ya sea de manera consciente o inconsciente— sustentar en razones neutrales o «aparentemente» razonables, pero que producen un efecto adverso o discriminatorio en la persona menor de edad afectada y, por ende, en el grupo discriminado por razón de su minoría de edad. A ello hay que sumar que suelen presentarse como medidas paternalistas o aparentemente ventajosas que buscan proteger a las personas discriminadas, pero que en realidad constituyen una falsa protección, siendo contraproducentes al mantener la discriminación, perpetuando estereotipos o patrones culturales. La situación se agrava si se tiene en cuenta que, cuando los estereotipos llevan a que unas personas dependan de otras, los derechos terminan sirviendo para legitimar y consolidar las relaciones de poder que se producen en los espacios (Barranco, 2014, p. 30).

En virtud de todo lo expuesto consideramos urgente visibilizar la persistencia de esta situación de discriminación estructural contra los NNA, la cual, al estar prohibida para el Estado y los particulares, requiere de una decidida intervención desde el Estado para impedir se siga continuando con la sistemática reproducción social y transmisión intergeneracional de la discriminación por edadismo.

De no llegarse a tomar conciencia de lo expuesto, los esfuerzos y avances jurídicos en materia de protección y promoción de los derechos de los NNA seguirán resultando insuficientes ante la reproducción de las barreras sociales y transmisión intergeneracional de facto de patrones discriminatorios que impiden la vigencia de sus derechos, problema estructural que se presenta no solo en el plano nacional sino también en el derecho comparado (Riaño, 2019, p. 258).

5.2. Imposibilidad de sostener la adecuada aplicación del Principio del interés superior del niño/a en casos resueltos que presentan discriminación por edadismo en contra de niñas, niños y adolescentes

Las actuales constituciones poseen un alto contenido sustancial, principista y valorativo sin el cual no puede existir un verdadero Estado constitucional o social y democrático de Derecho. Lo expuesto guarda directa relación con la razón de ser del Estado que, como se encuentra expresamente establecido en los artículos 1.º y 44.º de la Constitución peruana, es la defensa de la persona humana y el respeto de su autonomía y dignidad, en especial de aquellas que se encuentran en

situación de especial vulnerabilidad y que, por ende, son más proclives a sufrir discriminación, como es el caso de los niños, niñas y adolescentes.

Dado su carácter general y abstracto, los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución requieren pasar a ser definidos como reglas para la resolución de los casos en los cuales, de presentarse derechos o bienes en conflicto, se realizarán la ponderación y la argumentación jurídica, siempre en el marco de la constitucionalización material o sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos y el consiguiente diálogo de derecho internacional-derecho interno (Landa, 2014, pp. 219-254), todo lo cual contribuirá a arribar a respuestas adecuadas con base en exigencias deliberativas y argumentativas. Cabe mencionar que esta necesidad de ponderación y argumentación es también referida por Riaño para la adecuada solución de los casos en los que está de por medio la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, en el marco de la aplicación del interés superior del niño/a (2019, pp. 247-248).

Así, para la aplicación del Principio del interés superior del niño/a se requiere, también, pasar al establecimiento de reglas que permitan definir su contenido ante situaciones concretas, lo que se encuentra directamente vinculado con el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos y el respeto de sus derechos específicos.

De la mano del interés superior del niño/a, como principio garantista, existen principios consagrados en la Convención sobre Derechos del Niño que, de acuerdo con la definición de Cillero Bruñol, son de carácter estructurante, es decir, que permiten a la vez el ejercicio de otros derechos y la resolución de conflictos que se den entre sí, siendo uno de ellos el de la igualdad y no discriminación (artículo 2.º) (Cillero, 1999, pp. 4-5). Esto último resulta de especial relevancia para nuestro planteamiento pues, identificada una situación de discriminación contra los NNA, resultará imposible sostener que la decisión se encuentra debidamente argumentada y amparada en una adecuada aplicación del interés superior del niño/a, pues este se basa en el respeto de su dignidad, de las características propias de las y los niños, y en la necesidad de propiciar su desarrollo, el cual implica el pleno aprovechamiento de sus potencialidades (Aguilar, 2008, pp. 242-243).

En efecto, la adecuada aplicación del interés superior del niño/a implica, necesariamente, que se trate de situaciones que realmente protejan el carácter de sujeto de derechos, la libertad y la dignidad de las y los menores de edad, y no de aquellas que los objetivizan dejando de lado su real protección en favor de las decisiones e intereses de quienes los tienen bajo su cuidado. Y la mejor manera de evitar este riesgo es identificar la situación concreta y, a partir de ella, analizar y visibilizar si se trata de un caso en el que realmente aplica el interés superior del niño/a; o si, por el contrario, enmarca en una aparente protección detrás de la cual se evidencia un supuesto de discriminación estructural (directa o indirecta) contra los NNA. Solo de esta manera se podrá realmente lograr establecer un adecuado contenido y consiguiente aplicación del Principio del ISN.

Cabe incidir en que la estrecha vinculación entre el interés superior del niño/a y el principio de prohibición de discriminación se encuentra, asimismo, reconocido en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, que establece que

«la no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados» (Naciones Unidas, 1993, párr. 5).

Ahora bien, como en toda presunta situación de discriminación de *iure* o de facto, más aún ante una realidad socialmente tolerada, resultará importante aplicar el denominado Test de la clasificación sospechosa (presunción de inconstitucionalidad), que permitirá determinar si existe o no justificación de una diferenciación en los casos que se trate de NNA y, por ende, si está o no fundada en una discriminación³⁴ como es el caso del edadismo.

En tal sentido, solo cuando no exista duda de la corrección de la diferenciación podrá esta considerarse como constitucional, debiendo dicha diferenciación redundar en una efectiva protección de sus derechos fundamentales, lo que comprende el respeto de su autonomía y dignidad. Si por el contrario, la diferenciación afecta el carácter de sujetos de derecho de los NNA y vulnera derechos como su dignidad, identidad, opinión, integridad, salud integral, libre desarrollo o participación, dejando de lado su voluntad y su participación en las decisiones que les competen por ser de su interés, se tratará de una situación de discriminación que, como tal, deberá generar la inmediata acción del Estado para erradicarla. Por el contrario, en caso de presentarse una duda respecto a si la diferenciación afecta sus derechos fundamentales, se considerará que existe discriminación y, por ende, vulneración del principio del interés superior del niño/a o adolescente. Lo expuesto va de la mano con la existencia de una suerte de núcleo duro de derechos del niño/a que constituye un claro límite a la actuación del Estado, de la sociedad y de su familia (Aguilar, 2008, p. 230).

5.3. Propuestas y pautas a seguir para contribuir al establecimiento del contenido, y la consiguiente aplicación efectiva del interés superior del niño/a, así como a la vigencia de su derecho a la igualdad y no discriminación, dignidad y demás derechos fundamentales

Sobre la base de los principios y pautas de interpretación constitucional y de derechos fundamentales, así como de la denominada Internacionalización del Derecho Constitucional, es que hoy se debe garantizar la protección de los NNA, en el marco de los estándares internacionales de protección de sus derechos fundamentales y de los principios-derechos de dignidad, libre desarrollo de la personalidad, igualdad y no discriminación, y participación.

Complementariamente a lo expuesto, resulta clara la urgencia, a partir de la aplicación del test de igualdad y de la clasificación sospechosa, de eliminar, en cada situación concreta, cualquier riesgo de discriminación y consiguiente vulneración del principio del interés superior del niño/a, escondida bajo el disfraz de una supuesta protección que, en los hechos, no es otra cosa que la afectación de su dignidad, autonomía e igualdad.

34 A modo de ejemplo, véase Tribunal Constitucional (Exp. 2317-2010-AA/TC), fj. 32, 33 y 34.

De no tomar conciencia de esta necesidad, se seguirá incurriendo en el error de intentar corregir los problemas de aplicación efectiva del ISN y de la vigencia de derechos de los NNA sin enfrentar las verdaderas raíces o causas de los mismos, las que en estos casos suelen basarse en la persistencia —a pesar de los avances normativos— de una discriminación estructural por edadismo en contra de las personas menores de edad.

Aun cuando cada uno de los puntos a plantear requiere de un tratamiento más detallado que escapa a los alcances del presente trabajo, también consideramos importante enumerar los siguientes criterios o pautas que buscan contribuir a una mejor definición y aplicación del interés superior del niño/a, al respeto de su condición de sujeto de derechos, a la erradicación de la discriminación y respeto de su dignidad y autonomía y, por ende, a la consiguiente vigencia de sus derechos fundamentales³⁵:

- a) El interés superior del niño/a no consiste en una simple declaración de intenciones de carácter vago, sujeta a múltiples interpretaciones. Por el contrario, es exigible y debe necesariamente ser cumplido y aplicado en cada situación concreta por las y los operadores jurídicos, para la protección de los derechos fundamentales de los NNA. La aplicación del interés superior del niño/a, como principio, introduce un criterio finalista de maximización de sus derechos fundamentales (Garrido, 2013, p. 143). Ello guarda relación con el hecho de que el interés superior del niño «contiene una serie de criterios que apuntan a amparar el pleno desarrollo y la total autorrealización del niño en su entorno y a proteger y garantizar la valiosa contribución que el niño debe hacer a la sociedad» (Aguilar, 2008, p. 238).
- b) Dado el reconocimiento de un catálogo enunciativo de derechos, consagrado en la Convención sobre Derechos del Niño, el contenido del interés superior del niño/a se define como la plena satisfacción integral de sus derechos. Así, «sólo lo que se considera derecho puede ser interés superior» (Cillero, 1999, p. 78). Lo expuesto implica lograr la máxima satisfacción —siempre que sea posible— y la menor restricción de dichos derechos (Cillero, 1999, p. 83).
- c) Si bien el interés superior del niño/a no será el único factor que se debe tener en cuenta ante una situación concreta, sí deberá ser objeto de consideración primordial (Plácido, 2006, p. 4) al momento de realizar el análisis, pero sobre la base de factores objetivos y razonables. El principio del interés superior del niño/a requiere que el énfasis se ponga en el real y mayor bienestar y el respeto de la condición de sujetos de derechos de las personas menores de edad, convirtiéndose dicho énfasis en una suerte de símil de este principio con el denominado principio *pro homine o favor libertatis* que, en este caso concreto, adquiere un especial énfasis o especificidad en

35 Algunas de los planteamientos que se presentan a continuación han sido previamente planteados en Garcés (2009), pp. 251 a 282.

el respeto de los derechos de los NNA. Ello implica que, en los casos en que existan dudas (en la aplicación de normas o en su interpretación), se optará por la posición más favorable a las personas menores de edad (Garrido, 2013, p. 144), lo que guardando así vinculación con el denominado *favor libertatis* o *pro homine* o pro persona que, de acuerdo con la especificidad de los derechos de personas menores de edad, opera a favor de los niños, niñas y adolescentes de una manera reforzada.

- d) El principio del interés superior del niño/a exige tomar en cuenta al niño/a como ser humano en plenitud, e implica abandonar estereotipos y viejas presunciones, reconociendo que los niños y niñas son capaces y, por ende, deben participar y pronunciarse manifestando sus opiniones e intereses (Aguilar, 2008, p. 230).

En el derecho comparado, la Corte Constitucional de Colombia viene emitiendo, desde tiempo atrás, importantes sentencias en respeto de los derechos fundamentales de los NNA³⁶ como el libre desarrollo de la personalidad y su identidad, incidiendo en su condición de sujetos de derecho en relación con cada una de las etapas de la vida del ser humano³⁷. Así, por ejemplo, ha resuelto protegiendo las decisiones de alumnos/as de los colegios, vinculadas a su apariencia física o personal como el uso del cabello corto, uso de *piercings*, etc. (Sentencia T-839/07 de 11 de octubre de 2007). De este modo, «[...] el largo del cabello y la forma del peinado, el maquillaje y el adorno corporal, así como el uso de accesorios hacen parte del derecho a la propia imagen, en cuyo ejercicio toda persona está facultada para decidir de manera autónoma cómo desea presentarse ante los demás [...]» (SU-641 de 1998, apartado 4).

Cabe asimismo mencionar que, como sostiene Cillero Bruñol (1999), el respeto de los intereses de los NNA no implica que no se deba «evaluar razonablemente el peso de las opiniones del niño, en relación a sus consecuencias para el conjunto de sus derechos fundamentales, así como en relación al nivel de madurez del niño, pero esta valoración [...] exige una carga argumentativa superior a la decisión que se aleja de la opinión» de las personas menores de edad (Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 207). Nuevamente, aquí se evidencia la fuerza expansiva y protección reforzada que debe operar en favor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y, por ende, de su interés superior.

- e) No se podrá sostener la afectación del interés superior del niño/a en aquellos casos en que no se argumenta, motiva o especifica los daños que se

36 Véase al respecto, Garcés (2012).

37 Véase al respecto, S 355-06 sobre penalización del aborto, donde se alude al discernimiento de los adolescentes, en la que se menciona a la SU-642 de 1998, donde se determinó que un menor de cuatro años contaba con suficiente capacidad para la elección libre de su vestimenta y, por lo tanto, también de su apariencia personal (apartado 10.2); y también se hace referencia a la SU-337 de 1999, que citó «la validez del consentimiento del menor frente a tratamientos o intervenciones que inciden en su definición sexual» (apartado 10.2).

pueden producir en su contra, en cuyo caso se generan dudas respecto a si realmente se trata del interés de los NNA o más bien del interés de la autoridad, de la sociedad o de la familia.

- f) La aplicación del ISN no implica un trato desigual arbitrario a favor de niños/as y adolescentes; por el contrario, responde a un tratamiento diferenciado que debe fundarse en causas objetivas y razonables, derivadas de la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el ser humano en esta etapa de su vida, en la cual los derechos fundamentales se deben entender como obligatorios o irrenunciables (González, 2011, p. 111).
- g) El principio de protección, contemplado en el artículo 3.º de la Convención sobre Derechos del Niño, es de carácter estructurante, y se refiere al compromiso que asumen los Estados de asegurar al niño/a la protección y el cuidado necesarios para su bienestar. Sin embargo, este concepto de «protección» de los NNA no puede ser sinónimo de limitar la voluntad de las personas menores de edad, ya que ello contradeciría su propia esencia, cual es, en el marco de la Doctrina de Protección Integral, respetar su condición de ser humano, su dignidad, desarrollo personal, deseos, intereses, opiniones y expectativas.

Al respecto, concordamos con Alex Plácido en que la determinación del interés superior del niño/a corresponde al énfasis que la Convención sobre Derechos del Niño pone en el/la niño/a y adolescente «*como individuo, con sus opiniones y sentimientos propios, y como persona con plenos derechos civiles y políticos, a la vez que como beneficiario de protecciones especiales*» (2006).

Manfred Liebel manifiesta que, siendo sujetos de derecho, es decir, titulares de derechos y deberes, los niños y niñas tienen derecho a tomar decisiones sobre su propia vida, más aún cuando estas tienen carácter existencial. Respecto a la evolución de sus facultades, además de la edad, esta tiene que ver con las experiencias de vida de cada niño/a. En todo caso, lo que se debe evitar en todo momento es una postura adultocentrista que menosprecie toda forma infantil de razonar o de pensar, calificándola de irracional, inmadura o carente de valor (2015, p. 57).

- h) Resulta indispensable dejar de lado lo que en el imaginario colectivo se viene considerando hasta la fecha como «personas autónomas y racionales», ya que ello solo genera barreras sociales que operan en contra de la real vigencia de los derechos de las personas que, como los NNA, se encuentran en situación de vulnerabilidad, que afectan su dignidad y el derecho a no ser discriminados/as. En tal sentido, debe tenerse en claro que la autonomía, así entendida en el imaginario social, no es el presupuesto para la atribución de derechos, sino, en buena medida, el objetivo perseguido (Barranco, 2014, p. 23).
- i) La situación de discriminación de facto de los niños, niñas y adolescentes se agrava debido a que estos no constituyen un grupo homogéneo. Así, y más aún en realidades como la peruana, los NNA pertenecen, además, de manera simultánea, a grupos que a su vez sufren discriminación por dife-

rentes razones como el sexo, la orientación sexual o identidad de género, el origen étnico, la discapacidad, entre otras. Esta discriminación simultánea requiere de la aplicación de un enfoque interseccional, el cual plantea la necesidad de brindar respuestas a estas realidades de discriminación múltiple y simultánea que sufren las personas menores de edad y que los llevan a estar más expuestos a la vulneración de sus derechos fundamentales.

- j) Vinculado al punto anterior, resulta fundamental incorporar el enfoque de género a fin de evidenciar la especial situación de vulnerabilidad que enfrentan las niñas y las adolescentes por el hecho de ser mujeres, debido a la persistencia de roles, espacios y atributos de género que no permiten alcanzar una igualdad real entre mujeres y hombres, situación que no solo se manifiesta en la discriminación y consiguiente vulneración de su derecho fundamental a una vida libre de violencia, sino, en general, en la vulneración de derechos fundamentales como la identidad, educación, salud, derechos reproductivos, entre otros.
- k) Lo expuesto se encuentra también relacionado con la necesidad de brindar un tratamiento diferenciado a las y los niños (de 0 a 12 años) y a las y los adolescentes (de 12 hasta los 18 años). La distinción niñez-adolescencia responde a etapas en la formación del ser humano que, dada la evolución del grado de madurez física, psicológica y moral por la que atraviesan las personas en el proceso de desarrollo, requiere de un tratamiento diferenciado que permita el ejercicio progresivo y autónomo de sus derechos fundamentales, ante la necesidad de contar con espacios de autodeterminación.
- l) Resulta urgente el diseño e implementación de políticas públicas y estrategias integrales y articuladas en los tres niveles de gobierno, destinadas a la progresiva erradicación de la discriminación estructural en contra de los NNA, la cual opera, la mayoría de veces, de manera inconsciente en el colectivo social, debido a barreras sociales y a una tolerancia centrada en una concepción adultocéntrica. En este sentido, deben tratarse de estrategias interdisciplinarias, ya que el Derecho de por sí no es suficiente para erradicar la discriminación estructural como fenómeno sociocultural complejo y multicausal. Lo expuesto va de la mano con la necesidad de que, en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales, se privilegien los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, lo que garantizará la reducción del margen de discrecionalidad del Estado³⁸.
- m) Es indispensable la deconstrucción de patrones socioculturales discriminatorios que privilegian lo adultocéntrico frente al enfoque de niñez y adolescencia. Ello requiere la transformación de dichos patrones, de las normas y cultura institucional que refuerzan la situación de inferioridad o subordinación de los NNA y su control por parte de las personas adultas. Lo expuesto implica una estrategia que contribuye a la capacitación y sensibilización de las y los funcionarios del Estado en su conjunto, así como

38 Véase Cillero (1999) y Freedman (2005).

la acción directa, estratégica, programática y descentralizada del Estado peruano y de sus servicios públicos. Asimismo, se requiere de una estrategia comunicacional y de educación de toda la sociedad en su conjunto, más aún cuando se trata de un cambio que, por ser estructural, requiere de estrategias progresivas, continuas y de carácter programático.

6. Consideraciones finales

Los avances logrados a la fecha, en materia de reconocimiento normativo y aplicación del interés superior del niño/a, resultan innegables. Sin embargo, teniendo en cuenta los años transcurridos desde su establecimiento y los problemas que aún se presentan en su aplicación, aún es poco lo avanzado.

La situación se agrava debido a los estereotipos social y culturalmente arraigados que impiden que, en los hechos, la sociedad y los propios funcionarios/as estatales reconozcan que los NNA son sujetos de derecho y que, por ende, requieren que sus derechos fundamentales sean respetados. Lo expuesto no implica en absoluto una negación de la necesidad e importancia de su protección por parte de quienes los tienen bajo su cuidado; por el contrario, se trata de garantizar que dicho deber de protección y cuidado realmente sea ejercido en beneficio y respeto de quienes, siendo personas menores de edad, deben gozar de igualdad, dignidad y libre desarrollo, igual que cualquier otro ser humano, debiendo garantizarse su derecho a expresar sus propios sentimientos, intereses y posturas.

Hace falta, entonces, sincerar la existencia de una afectación de derechos que, a pesar de los logros, aún persiste contra las personas menores de edad, y más aun contra quienes se encuentran en situación de especial vulnerabilidad por la interseccionalidad de la que son víctimas (niñas y adolescentes mujeres, NNA con discapacidad, NNA indígenas, afrodescendientes, en situación de pobreza, entre otros).

Lo expuesto exige una deconstrucción de la institucionalidad vigente y la consiguiente voluntad política por parte del Estado, en todos sus niveles de gobierno, para erradicar la discriminación por razones de edad que hoy juega en contra de los derechos de los NNA y que responde a la persistencia de concepciones sociales y culturales enraizadas, que obstaculizan la vigencia de sus derechos fundamentales.

Queda aún un largo camino por recorrer para llegar a la meta, y para ello se requiere de la urgente adopción de acciones y políticas públicas integrales y articuladas, de la mano con la capacitación, educación y sensibilización de la sociedad y, en especial, de todas las y los funcionarios públicos del Estado, en el marco de sus respectivas competencias y funciones. En tal sentido, debemos tener en consideración, ahora más nunca, que una real protección de los niños, niñas y adolescentes y de la vigencia del interés superior del niño/a implica dejar de lado un concepto de protección conformado por disposiciones de carácter paternalista y autoritario que, en vez de solucionar el problema, terminan afectando flagrantemente la plena vigencia de los derechos de los/as niños, niñas y adolescentes y su condición de sujetos de derecho, afectando directamente su dignidad, libre desarrollo y su derecho a no ser discriminados.

Finalmente, resulta indispensable que las y los operadores jurídicos —y en especial las y los magistrados constitucionales como intérpretes jurídicos por excelencia— tomen conciencia de la trascendencia, en el marco de sus funciones, de coadyuvar a otorgar una real protección de los derechos fundamentales de los NNA y de su derecho a no ser discriminados por razones de edad, a partir de la adecuada aplicación del interés superior del niño/a. Pero también es imprescindible que todas y todos, desde la sociedad y las familias, asumamos el firme compromiso de contribuir, desde nuestros respectivos espacios y roles, a una real protección y consiguiente respeto de la dignidad e igualdad de todos los niños, niñas y adolescentes del país.

REFERENCIAS

DOCTRINA

- Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6 (1). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2670601>
- Atienza, M. (2010). *Bioética, derecho y argumentación*. Themis.
- Barranco, M. (2014). Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo. En M. Barranco y C. Churruca (Eds.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*. Tirant Lo Blanc.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Traducción de Rafael de Asís Roig. Editorial Sistema.
- Canché, L. (2012). El niño y adolescente como ciudadano mexicano. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 45 (135). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000300004#:~:text=El%20derecho%20privado%20reconoce%20al,para%20acceder%20a%20su%20disfrute.
- Carbonel, M. (2020). *El interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Su definición jurisprudencial*. <https://miguelcarbonell.me/2020/04/28/el-interes-superior-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes-su-definicion-jurisprudencial/>
- Carbonel, M. (2020, 27 de agosto). El interés superior de la niñez: Análisis de casos prácticos. *Curso online Centro Carbonell*. <https://centrocarbonell.online/>
- Cillero, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño. *Infancia, ley y democracia en América Latina*, 2 (1). Temis.
- Eguiguren, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et Veritas*, 15.
- Espinoza, J. (1998). *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*. Grijley.
- Freedman, D. (2005). Funciones normativas del interés superior del niño. *Jura Gentium. Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global*. <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm>

- Garcés, C. (2009). Apuntes para una adecuada interpretación de la normatividad vigente en materia de niñez y adolescencia en el ordenamiento constitucional peruano, desde una perspectiva constitucional. *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 16-19 de setiembre de 2009, 1. IIDC; APDC; UNAM; PUCP.
- García, J. (1991). La Cláusula general de igualdad. *Academia de la Magistratura (1997) Derecho Constitucional*, 1. Materiales del Módulo Derecho Constitucional del Programa de Formación de Aspirantes. Tirant lo Blanch.
- Garrido, R. (2013). El interés superior del niño y el razonamiento jurídico. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx
- González, M. (2012). *Los derechos del niño en la reproducción asistida*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/8.pdf>
- González Contró, M. (2011, enero-abril). Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XLIV, (130), 107-133.
- Ibáñez, J. (2010). *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25555.pdf>
- Landa, C. (2014). El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: Entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia constitucional. *Constitutionalismo y democracia en América Latina. Controles y riesgos*. Adrus.
- Landa, C. (2015). ¿Diálogo entre la jurisprudencia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano. En: López, L. y Saiz, A. (Eds.). *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los DDHH. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. Palestra.
- Lansdown, G. (2005). *La evolución de las facultades del niño*. Save The Children, Centro de Investigaciones Innocenti (UNICEF).
- Liebel, M. (2015). Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades. Universidad de Berlín. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, (pp. 43-61).

- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Astrea.
- Pinochet, R. y Ravetllat, I. (2015). El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 44. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000100002&lng=es&nrm=iso
- Plácido, A. (2006). El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional. *Cuadernos jurisprudenciales* 6 (62). Diálogo con la Jurisprudencia.
- Ravetllat, I. y Contreras, C. (2019). El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Estudio a la luz de su aplicabilidad. *Estudios Constitucionales*, 17 (2). https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002019000200225
- Salomé, L. (2017). *El concepto «discriminación estructural» y su incorporación al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos* [trabajo para optar el Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid].
- Santamaría, M. (2018). El concepto del interés superior del niño y su concepción constitucional. *Colección Infancia y Adolescencia*, 7, Universitat Politècnica de València. <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/123416/Santamar%C3%ADa%20-%20El%20concepto%20del%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%20y%20su%20dimensi%C3%B3n%20constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

TESIS

- Garcés, C. (2012). *El derecho al libre desarrollo de la persona en el ordenamiento jurídico peruano vigente* [tesis de maestría con mención en Derecho Constitucional]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Riaño, V (2019). El principio del interés superior del niño. Una teoría para la interpretación constitucional. [Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, Universidad Libre de Colombia, Facultad de Derecho, Instituto de Posgrados].

<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17688/Tesis%20doctoral%20Vilma%20Ria%20C3%B1o.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Torreblanca, L. (2018). *Hacia una solución proporcional y tuitiva en los procesos de cuestionamiento de la paternidad en el Perú* [tesis para optar el grado de Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, Pontificia Universidad Católica del Perú].

DOCUMENTOS

Congreso Constituyente Democrático (1993a). Comisión de Constitución y de Reglamento. Diario de Debates. Tomo I Sesión del 1 de marzo de 1993, (pp. 616-633). Debate Constitucional Pleno 1993.

Congreso Constituyente Democrático (1193b). Diario de los Debates. Tomo I Sesión del 06 de julio de 1993 intervenciones de Julio Castro Gómez, Eusebio Vicuña Vásquez y Humberto Sambuceti Pedraglio y César Fernández Arce, (pp. 359-375).

Defensoría del Pueblo. (2012). *Las trabajadoras del hogar en el Perú. Una mirada al marco normativo nacional e internacional establecido para su protección*. Serie Documentos Defensoriales. Documento Defensorial N.º 21.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2018). Reglamento de la Ley N.º 30466. Decreto Supremo N.º 002-2018.MIMP.

Naciones Unidas (1993). Declaración y Programa de Acción de Viena, 25 de junio de 1993. Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

UNICEF (2014). Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres Protocolos Facultativos.
<https://www.unicef.org/argentina/media/571/file/CDN.pdf>

RESOLUCIONES Y JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Comité de los Derechos del Niño. (2003). Observación General 5. Medidas generales de aplicación El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Comité de Derechos del Niño. (2006). Observaciones sobre el Tercer informe periódico emitido por el Estado peruano. CRC/C/PER/CO/3, 14 de marzo de 2006.

Comité de Derechos del Niño (2009). Observación General 12. El derecho del niño a ser escuchado.

- Comité de Derechos del Niño (2013). Observación General 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
- Comité de Derechos del Niño (2016). Observaciones finales a los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú. CRC/C/PER/CO/4-5, 2 de marzo de 2016.
- Corte Constitucional de Colombia (1998, 5 de noviembre) Sentencia SU-641/1998 (Educación).
- Corte Constitucional de Colombia (2014, 13 de junio). Sentencia T-381/14 (Derecho fundamental a la salud).
- Corte Constitucional de Colombia (2007, 11 de octubre). Sentencia T-839/07 de 11 de octubre de 2007.
- Corte IDH (2002, 28 de agosto) Opinión Consultiva «Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño».
- Corte IDH (2004, 2 de septiembre). Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C. N.º 112.
- Corte IDH (2009, 16 de noviembre). Caso González y otras («Campo algodónero») vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C N.º 205.
- Corte IDH (2012, 24 de febrero). Sentencia de Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.
- Corte IDH (2012, 4 de septiembre). Caso Masacres del Río Negro vs. Guatemala, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C. N.º 250.
- Corte IDH (2014, 19 de agosto). Opinión Consultiva «Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional».
- Corte Suprema de Justicia (2018, 28 de mayo). Sala Penal Permanente. Recurso Nulidad N.º 761-2028/Apurímac.
- Tribunal Constitucional (2004, 1 de setiembre) STC Expediente N.º 0052-2004-AA/TC- FJ 3 (J. J. C. C.).
- Tribunal Constitucional (2006, 24 de abril) Exp. N.º 047-2004-AI/TC (Gobierno Regional de San Martín vs. Congreso de la República).
- Tribunal Constitucional (2005, 28 de octubre) Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC acumulados (Colegio de Abogados de Arequipa y otro).
- Tribunal Constitucional (2005, 6 de diciembre) STC Expediente N.º 6165-2005-HC/TC (Blanca Lucy Borla Espinoza).

- Tribunal Constitucional (2005, 16 de mayo) STC Expediente N.° 00053-2004-PI/TC (Defensoría del Pueblo vs. Municipalidad Distrital de Miraflores).
- Tribunal Constitucional (2007, 17 de octubre). STC Expediente N.° 04646-2007-AA/TC (Feliciano Contreras Arana).
- Tribunal Constitucional (2008, 14 de agosto). STC Expediente N.° 0347-2008-PCH/TC (Cusco J.V.C.B.).
- Tribunal Constitucional (2008, 12 de noviembre) STC Expediente N.° 03744-2007-PHC/TC (José Luis Ñiquin Huatay).
- Tribunal Constitucional (2009, 7 de octubre). STC Expediente N.° 1817-2009-PHC/TC (J.A.R.R.A. y V.R.R.A.).
- Tribunal Constitucional (2010, 9 de setiembre). STC Expediente N.° 2079-2009-HC (L.J.T.A. e I.M.T.A.).
- Tribunal Constitucional (2011, 9 de mayo) STC Expediente N.° 2132-2008-AA/TC, FJ 11 (Rosa Felícita Elizabeth Martínez García).
- Tribunal Constitucional (2016, 8 de noviembre) STC Expediente N.° 02744 2015-PA/TC. (Jesús De Mesquita Oliviera y otros).
- Tribunal Constitucional (2016, 19 de octubre) STC Expediente N.° 02018-2015-PA/TC. (Erik Armando Lecca Vigil y otro).