



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA EN TORNO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Luz Pacheco-Zerga

Navarra, 2017

FACULTAD DE DERECHO

Pacheco, L. (2017). La jurisprudencia constitucional peruana en torno al interés superior del niño. En S. Sanz (Dir.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, (pp. 151-170). Navarra: Aranzadi.



Esta obra está bajo una licencia
[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

La jurisprudencia constitucional peruana en torno al Interés Superior del Niño

El Perú aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), mediante la Resolución Legislativa N.º 25278, del 3 de agosto de 1990, ratificada el 14 de agosto del mismo año. Y, en concordancia con estos principios, ha extendido la protección al niño desde antes de nacer hasta que cumple los 18 años, en que adquiere la mayoría de edad, ya que, tanto la Convención como la Declaración de los Derechos del Niño, reconocen que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"¹. Esos cuidados especiales se reflejan en las normas administrativas, en la legislación civil, penal y laboral. Desde el 24 de diciembre de 1992 se recogió en un solo instrumento jurídico, la legislación especial para custodiar los derechos de los niños y adolescentes, en el Código del Niño y del Adolescente. Este Código ha sufrido diversas modificaciones en el transcurso de los años, a la vista de situaciones de violencia familiar y otros hechos que afectaban el normal desarrollo y estabilidad emocional de los menores, pero sustancialmente se mantiene su estructura originaria y su carácter supletorio en casos relacionados con los derechos de los niños y adolescentes².

Por otro lado, cabe destacar que una actividad prioritaria del Estado y de la sociedad civil –por mandato constitucional del artículo 4º – es la de proteger “especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”³. En concordancia con estas disposiciones, el Código del Niño y del Adolescente actualmente vigente⁴ define al niño como “a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario”⁵. El derecho a la vida del niño no nacido se reafirma en el primer artículo del Código que establece “el derecho a la vida del niño y del adolescente desde el

¹ Cfr. Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

² Está dividido en cuatro libros o secciones: el primero, desarrolla los derechos, deberes y libertades de los niños, las niñas y los (as) adolescentes. El segundo, se refiere a las organizaciones responsables de su atención. El tercero, enfoca los derechos y deberes de los padres, cuando no hacen vida en común. Señala el régimen de visita, la pensión alimenticia, así como los derechos de las niñas y los niños abandonados y los requisitos para su adopción, etc. El último libro, puntualiza el funcionamiento de las instituciones que promueven los derechos reconocidos en el Código.

³ Constitución del Perú, art. 4.

⁴ Ley N° 27337, que se divide en cinco libros: el primero se refiere a los derechos y deberes; el segundo, al sistema integral de atención del niño y del adolescente; el tercero, a las instituciones familiares; y el cuarto, a la administración de justicia del niño y del adolescente

⁵ Artículo I.



momento de la concepción {y} garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental”.

El Tribunal Constitucional destaca que “el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337) implementa sus derechos y libertades, regula el Sistema Nacional de Adopción y las funciones de las instituciones familiares y establece el sistema de justicia especializada. En el ámbito penal, el Código establece un procedimiento especial en su Capítulo III, determinando que en el caso de infracción a la ley penal, el niño será sujeto de medidas de protección y el adolescente de medidas socio-educativas (artículo IV)”⁶.

Estas disposiciones plasman el respeto a los derechos del niño y del adolescente y ordenan que “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente”⁷.

La norma más reciente en esta materia es la ley N° 30467, que recoge la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional en esta materia. En esta norma se define el Interés Superior del Niño (ISN) como “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”⁸. Y establece cinco parámetros para la aplicación de este principio: el primero es el carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño; el segundo, el reconocimiento de los niños como titulares de derechos; el tercero, la naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño; el cuarto, el respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y, finalmente, los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

Además, ha especificado ocho garantías procesales para lograr estos objetivos que son: a) El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga. b) La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el ISN. c) La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños. d) La participación de profesionales

⁶ Expediente N° 05966-2008-PHC/TC, fundamento jurídico 19. En consecuencia, no es contrario al orden internacional ni al nacional, ni al ISN, que haya un breve retraso en la expedición de una sentencia si se verifica que las autoridades han cumplido con estas prescripciones. En este caso, hubo incluso sustracción de la materia porque ya se había emitido sentencia, sin embargo, el TC quiso aprovechar la oportunidad para desarrollar los criterios constitucionales de protección al menor en el ámbito penal. Cfr. *Ibid.*, fundamento jurídico 21.

⁷ Código Civil del Niño y del Adolescente, art. IX.

⁸ Art. 2.

cualificados. e) La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda. g) La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del ISN. h) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños. i) La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño. En este sentido, los posibles conflictos entre el ISN, desde el punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general, se deberán resolver caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada. Lo mismo se deberá hacer si entran en conflicto los derechos de otras personas con el ISN⁹.

Teniendo en cuenta que han sido los criterios del Tribunal Constitucional los que han informado las decisiones de todos los operadores jurídicos, a continuación presentaremos una síntesis de la jurisprudencia constitucional más destacada en el Perú en relación a la Interpretación y argumentación jurídica; el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, Derecho Constitucional y Derecho Civil.

1. Interpretación y Argumentación jurídica: Existe una doctrina constitucional firme¹⁰, que se resume en dos reglas básicas: la primera es que “el principio constitucional de protección del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales”¹¹.

Y la segunda, que “el principio del interés superior del niño, comprende, entre otras cosas, una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable”¹² al dar solución a una controversia, “siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata de niños, niñas y adolescentes” de cuyos intereses tiene “especial cuidado y prelación” el Estado¹³.

Además, desde hace más de una década ese mismo Tribunal ha precisado que el interés superior del niño y del adolescente forma parte del bloque de constitucionalidad del antes mencionado artículo 4° de la Constitución del Perú, que a su vez está materializado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y, que es deudor, en el ámbito internacional, del principio 2° de la Declaración de los Derechos del Niño y del

⁹ Ley 30466, art. 4.

¹⁰ Cfr. Expedientes N° 03744-2007-PHC/TC, 02132-2008-PA/TC y N° 04058 2012-PA/TU, entre otros.

¹¹ Expediente N° 04058 2012-PA/TU, fundamento jurídico 19.

¹² Ibid. Fundamento jurídico 25.

¹³ Loc. cit.



artículo 3°, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴. Por esta razón “es importante que los operadores jurídicos apliquen la legislación de conformidad con el principio de supremacía del interés del niño (artículo 4° de la Constitución), tomando en cuenta precisamente la fragilidad de la personalidad de estos”¹⁵.

En todos estos casos, el ISN tiene no sólo “un mandato de actuación garantista” sino que se constituye en una “norma sobre la interpretación y aplicación de otras normas. Se trata, en este sentido, de una *metanorma* o una norma secundaria que contiene directrices sobre el modo cómo debe aplicarse otras disposiciones que alberguen diversos sentidos interpretativos o que entren en colisión entre sí. En su formulación básica, pues, suministra al operador del derecho con una técnica de solución de antinomias, tanto en el nivel de las normas como en el nivel de las disposiciones, que se caracteriza por estar orientada a privilegiar el goce y ejercicio de los derechos de los menores. Por esa razón, en este ámbito, el interés superior del niño no es otra cosa que el principio *pro infante*”¹⁶.

La responsabilidad de los órganos jurisdiccionales en esta materia, por mandato del art. 4° de la Constitución y los tratados internacionales antes citados, les exige una atención particular en los procedimientos que afecten a los niños, que va más allá del resultado del caso. Es decir, deben procurar “un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser *prioritaria* pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales”¹⁷.

En esta tarea hermenéutica los operadores jurídicos han de aplicar al principio *pro infante*, que establece una pauta de cómo interpretar y aplicar una disposición relacionada con el ejercicio de un derecho fundamental, cuando de esta sea posible inferir cuando menos dos significados. En estos casos, cuando uno de esos significados permita al menor, titular de un derecho fundamental, garantizar las mejores condiciones para ejercerlo; y el otro se orienta más bien a restringir su goce y ejercicio, el principio *pro infante*, propicia que “la aplicación de la disposición deberá realizarse privilegiando el sentido interpretativo con el que mejor se optimice el ejercicio del derecho fundamental del menor”¹⁸.

Cuando se trate de antinomias entre disposiciones, el principio *pro infante* “impone al operador del derecho resolver un caso aplicando la disposición que mejor permita el goce y ejercicio del derecho constitucional del menor. Su aplicación presupone la concurrencia de dos disposiciones, ambas igualmente válidas —es decir, compatibles con la Constitución—, en la que una de ellas optimiza mejor el goce y ejercicio del derecho del menor, a diferencia de la otra, que la desmejora. Según el principio *pro infante*, ante un dilema semejante no

¹⁴ Cfr. Expediente N° 06165-2005- HC/TC, fundamento jurídico 15.

¹⁵ Expediente N° 05966-2008-PHC/TC, fundamento jurídico 2.

¹⁶ Expediente N° 01665-2014-HC/TC, fundamento jurídico 18.

¹⁷ Expediente N° 03744-2007PHC/TC, fundamento jurídico 5. En este caso, el Tribunal no amparó la demanda, que solicitaba cambiar la orden de detención por la de comparecencia restringida sujeta a reglas de conducta, por tratarse de un adulto acusado de violar a un menor de edad.

¹⁸ Expediente N° 01665-2014-HC/TC, fundamento jurídico 19.

queda a discrecionalidad escoger la disposición con la que resolverá el caso, pues en la elección del material normativo, este necesariamente deberá privilegiar aquella disposición con la cual se optimizará mejor el ejercicio del derecho fundamental del menor”¹⁹

Asimismo, el principio *pro infante* también “suministra pautas de resolución de conflictos o antinomias entre derechos o entre estos y otros bienes constitucionales. Ante un conflicto que involucre derechos de los menores y otro tipo de derechos o intereses constitucionalmente garantizados, el referido principio predispone al juzgador, *prima facie*, la obligación de brindar prevalencia a los derechos e intereses de los menores, a no ser que existan razones poderosísimas y absolutamente necesarias en una sociedad democrática, que justifiquen el establecimiento de una regla de precedencia en sentido inverso”²⁰.

Este criterio de preferencia o prevalencia también se debe aplicar “al proceso de producción legislativa, esto es, con relación al ejercicio de la función legislativa, condicionando al legislador tomar en consideración todos los derechos e intereses que a favor y en contra del menor puedan existir, cada vez que aprueba un acto legislativo”²¹.

No se puede olvidar que el principio del ISN ha sido recogido en el artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño y esta Convención, como todo tratado sobre derechos humanos, es directamente aplicable en el Ordenamiento peruano²². Por tanto, cuando exista una colisión o antinomia con una norma nacional, sea ley o una norma con rango de ley, los jueces tienen el poder-deber de inaplicarla. Y, de otro, de conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, dicha Convención sobre los Derechos del Niño constituye “parámetro interpretativo de todos los derechos constitucionales de los menores”²³.

Finalmente, sobre los jueces que deban resolver “casos en los que se decida sobre los derechos y deberes de los niños y adolescentes pesa la obligación de interpretar y aplicar las disposiciones de manera tal que se asegure el máximo disfrute de los derechos fundamentales del menor, ya que, como ha recordado la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Opinión Consultiva 0C-17/02], el principio del interés superior del niño debe entenderse como el "principio regulador de la normativa de los derechos del niño [que] se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”²⁴.

¹⁹ Ibid., fundamento jurídico 20.

²⁰ Ibid., fundamento jurídico 21.

²¹ Loc. Cit.

²² Cfr. art. 55 de la Constitución.

²³ Expediente N° 01665-2014-HC/TC, fundamento jurídico 22.

²⁴ Ibid., fundamento jurídico 23.



2. Derecho Administrativo:

La solución al petitorio administrativo de compatibilidad de uso y, en su caso, de otorgamiento de licencia de funcionamiento a instituciones dedicadas a cuidar de la niñez en abandono, “no puede ser visto, desde una perspectiva carente de base constitucional y legal, sino en armonía con los diversos intereses y valores en conflicto. En última instancia, no debe ignorarse que la razón de ser de los gobiernos municipales, estriba en la necesidad de reconducir los problemas internos de cada provincia o distrito hacia la búsqueda de las mejores y más óptimas soluciones, mas no en la adopción facilista de decisiones que lo único que grafican es apresuramiento y carencia de sensibilidad social”²⁵. Por tanto, no se trata de un facilismo administrativo ante cualquiera que alegue el ISN, sino de que las autoridades deben ser conscientes de la trascendencia de este trámite y de su responsabilidad para no negarlo injustificadamente ni otorgarlo a quien no cumpla debidamente con ese deber.

Por ello, es el Estado, a través de los órganos a los cuales competen las respectivas funciones, el que puede observar y examinar cómo las instituciones privadas cumplen con el rol asignado por la Norma Fundamental. Gracias a su función supervisora, éste debe ejecutar las medidas correspondientes para exigir que tales instituciones actúen exclusivamente de acuerdo a las necesidades de los niños y adolescentes en situación de desamparo²⁶.

La responsabilidad particular de velar por la niñez en abandono llevó al Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre el fondo de una demanda de habeas corpus, a pesar de reconocer que, de acuerdo al Código Procesal Constitucional no procede entablar una demanda en contra de una resolución administrativa si es que ésta no es firme. En esa oportunidad afirmó que “la protección superlativa dispensada a los derechos fundamentales de los niños y adolescentes en situación de abandono, prevista en el artículo 4° de la Constitución, impone a este Colegiado ingresar al fondo del asunto, con el fin de estudiar la situación específica que se ha presentado”²⁷ y, de este modo, definir si se han violado o no sus derechos fundamentales.

Precisó, además, que “el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución otorga radica en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral, en tanto personas”²⁸. Reafirmó entonces que la protección del ISN es parte del bloque de constitucionalidad del artículo 4° de la Constitución²⁹, “a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de

²⁵ Loc. Cit. En este caso, el Tribunal hizo hincapié en que el negar la licencia de funcionamiento a una entidad que albergaba a los “niños de la calle”, no es un simple hecho administrativo, sino que puede afectar el ISN y, en esa medida, sería una actuar contrario a la obligación del Estado de velar por el bienestar de la niñez, en particular, de la abandonada. Sin embargo, es deber del Estado verificar si la entidad realmente brinda la protección conveniente a esos niños.

²⁶ Cfr. Expediente N° 6165-2005-HC/TC, fundamento jurídico 15.

²⁷ Expediente N° 6165-2005-HC/TC, fundamento jurídico 3.

²⁸ Expediente 02079-2009-PHC/TC, fundamento jurídico 11.

²⁹ “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)”.

los Niños y Adolescentes y, en el espectro internacional, gracias al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al artículo 3º, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Una doctrina de este tipo posee un carácter eminentemente especial cuando media un desamparo para los menores de edad (situación objetiva de abandono), como la que ha sido reconocida constitucionalmente”³⁰.

En el Perú, “dentro del orden de prelaciones y jerarquías existente al interior de una Constitución, es decididamente un hecho incontrovertible, que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia y más aún, si se encuentra en situación de abandono, que promover la seguridad como valor aislado, pues independientemente de que tal dispositivo reposa directamente sus fundamentos en el artículo 1º de la Norma Fundamental y es, por consiguiente, rigurosamente tributario del principio "Dignidad de la Persona", a la larga, del cumplimiento de un dispositivo, depende, en los hechos, la eficacia y vigencia del otro. No es posible, que un Estado proclame la Seguridad Ciudadana como valorpreciado de hoy cuando alimenta las condiciones de su propia alteración a futuro. Si una colectividad permite, de espaldas a su propia realidad, que la desprotección a la niñez se solvente con actitudes de indiferencia crónica, lo único que engendra son las condiciones, para que la seguridad que hoy proclama como bandera, no vaya mas allá de su propia existencia, como si el futuro de sus descendientes, paradójicamente la seguridad de ellos, no le interesara en lo absoluto”³¹. Por esta razón, cuando están en juego la protección de la niñez abandonada, el otorgamiento de licencia de funcionamiento a una institución que declara dedicarse a acogerlos, albergarlos y/o desarrollar planes y programas para su atención “no puede ser visto, desde una perspectiva carente de base constitucional y legal”³². A la vez, “el Estado, a través de los órganos a los cuales competen las respectivas funciones, el que puede observar y examinar cómo las instituciones privadas cumplen con el rol asignado por la Norma Fundamental. Gracias a su función supervisora, éste debe ejecutar las medidas correspondientes para exigir que tales instituciones actúen exclusivamente de acuerdo a las necesidades de los niños y adolescentes en situación de desamparo”³³.

El Tribunal Constitucional se ha autoproclamado como el garante supremo de la vigencia y validez de las normas constitucionales y, por eso, le “corresponde evitar que la infancia desamparada quede en la desatención material y jurídica. Revertir la situación por la que tantos niños y adolescentes han buscado refugio en las vías públicas (tema sobre el cual también mostró su preocupación la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la Sentencia de los Niños de la Calle, Caso Villagrán Morales y otros) es una tarea

³⁰ Expediente N° 6165-2005-HC/TC, fundamento jurídico 12.

³¹ Expediente N° 0298-96-AA/TC.

³² Loc. cit.

³³ Expediente N° 6165-2005-HC/TC, fundamento jurídico 15



ineludible de cualquier Estado que se jacte de democrático y social de derecho. Hacia ello debe encaminarse cualquier resolución que se emita en el seno de nuestra institución”³⁴.

Y en el caso concreto, luego de comprobar que la institución no cumplía con los fines de protección sino que, por el contrario, su actividad perjudicaba gravemente a la niñez³⁵ tanto el juzgado que ordenó el desalojo del local, a solicitud de la Municipalidad, como la autoridad municipal que canceló la licencia de funcionamiento han cumplido con la responsabilidad que el artículo 4° de la Constitución les asigna³⁶, tutelando adecuadamente el ISN.

Con motivo de la negativa de la Municipalidad Metropolitana de Lima a conceder licencia de funcionamiento a una discoteca, invocando la vulneración del derecho de empresa, el Colegiado se pronunció sobre éste y otros derechos fundamentales pero centraremos nuestro análisis en aquellos que afectaban directamente el ISN, que podrían resumirse en los siguientes:

- a) El derecho a la libertad de empresa debe ser ejercido con arreglo a derecho, es decir, “con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente”. En el caso de locales como discotecas, salones de baile, boites y similares, corresponde a las Municipalidades dictar las normas especiales, “a fin de evitar que su funcionamiento altere la tranquilidad de los vecinos, ponga en riesgo la vida y la salud de los usuarios o vulnere la integridad física o moral de los niños y adolescentes”³⁷.
- b) La autoridad municipal es competente para disponer el cierre de un local comercial cuando compruebe que las actividades que allí se realizan “contravienen el orden público y las buenas costumbres”, lo cual sólo se puede verificar en casos concretos, teniendo en cuenta que la moral pública es un concepto amplio, pero no vacío de contenido³⁸. En esta verificación la autoridad edil debe tener muy en consideración la “protección de los niños y adolescentes que debe lograrse a través del control del ingreso a centros nocturnos como son las discotecas”³⁹. Las razones que justifican ese control se basan en que se

³⁴ Ibid., fundamento jurídico 13.

³⁵ Se constató “en una supervisión *in situ*, la condición en que se encuentra la institución: la cocina estaba desordenada, con alimentos hacinados y en aparente estado de descomposición; los niños dormían de forma contigua con adolescentes ‘especiales’ (...); las mujeres dormían en una habitación contigua a la de los varones, sin la conveniente supervisión de un educador (éste se encargaba del cuidado de 60 menores de edad); no se visualizaron acciones concretas que verificase una metodología adecuada; y no se propiciaba la reinserción familiar”. Ibid. fundamento jurídico 16.

³⁶ Cfr. Ibid., fundamento jurídico 17.

³⁷ Expediente N° 3330-2004-AA/TC, fundamento jurídico 32.

³⁸ Cfr. Ibid. Fundamento jurídico 33.

³⁹ Loc. Cit. El Tribunal convalida la Ordenanza Municipal que dispone, para proteger la ética, moral y buenas costumbres en esos lugares, lo siguiente: “los propietarios, conductores y/o administradores de estos

encuentran “en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar”⁴⁰. Y si bien son sujetos de derechos, “no se les puede poner en riesgo (...) más aún si ese peligro proviene de una actividad que se realiza con fines de lucro”⁴¹.

- c) En consecuencia, “no se concluye que los niños y adolescentes puedan ingresar libremente a las discotecas, pues su desarrollo emocional no es coherente con la reunión indiscriminada con mayores de edad”⁴². De allí que sea conforme con ese ISN que no se permita el ingreso de menores de 18 años de edad a esos lugares, excepto en aquellos locales debidamente adecuados y exclusivos para menores de los 14 años. Y que, sí podrán hacerlo, en forma excepcional cuando “ésta se encuentra acondicionada a su edad”⁴³.

En un ámbito distinto, más propio del Derecho Administrativo Sancionador, el Tribunal ha determinado que, cuando corresponda imponer a un servidor público “una sanción administrativa, si la conducta que da lugar a la imposición de dicha sanción es también materia de juzgamiento en un proceso penal, el procedimiento administrativo deberá suspenderse y el órgano administrativo se sujetará a lo que se resuelva en sede judicial”⁴⁴. Sin embargo, al resolver la demanda presentada por un profesor que había sido destituido del cargo por haber sido acusado de acoso sexual en agravio de una menor, señaló que esta regla “no impide que se adopten las medidas necesarias mientras duren las investigaciones, lo que no debe considerarse como una sanción sino como una de medida cautelar de protección de bienes superiores, como el interés superior del niño y la salvaguarda de su integridad, teniendo en cuenta las labores que el accionante desempeñaba regularmente, esto es, la de ser docente de un centro de instrucción primaria”⁴⁵. Razón por la cual declaró infundada la demanda de habeas corpus presentada.

establecimientos deberán: a) Mantener el orden, la moralidad y la tranquilidad dentro de sus locales y en el área pública cercana a sus establecimientos. Ante cualquier contravención del orden en el interior o exterior del establecimiento deberán solicitar de inmediato la intervención de la Policía Nacional, Serenazgo y/o autoridad competente. b) Impedir actos de violencia dentro de sus locales y en el área pública adyacente a sus establecimientos. c) Evitar el ingreso o permanencia de menores de edad cuando las actividades del establecimiento no sean exclusivas para menores. d) No permitir la venta o consumo de drogas y el ejercicio de la prostitución”.

⁴⁰ Ibid. Fundamento jurídico 35.

⁴¹ Ibid. Fundamento jurídico 36.

⁴² Ibid. Fundamento jurídico 38.

⁴³ Loc. Cit.

⁴⁴ Expediente N.º 2050-2002-AA/TC, fundamento jurídico 17.

⁴⁵ Expediente N.º 1348-2004-AA/TC, fundamento jurídico 4. En este caso, el profesor había citado “a la menor de edad, de iniciales H.F.G., a su domicilio, situación que es distinta e independiente de los hechos que dan lugar al proceso penal seguido en su contra; razón por la que la sanción administrativa impuesta se mantiene vigente, independientemente del resultado del proceso penal referido” (fundamento jurídico 8).



3. Derecho Constitucional:

En referencia al derecho fundamental a la educación que tienen todos los ciudadanos y, en particular, los menores, el Tribunal ha declarado que se concreta en tres puntos: “a) el acceder a una educación; b) la permanencia y el respeto a la dignidad del escolar; y c) la calidad de la educación”⁴⁶. Desarrollaremos a continuación cada uno de estos puntos.

a) En relación al acceso a la educación, “los centros escolares, tanto públicos como privados, deben proscribir los criterios de admisión irrazonables o desproporcionados, pues afectan de manera directa el derecho de educación de los menores, al impedir de manera arbitraria que ejerciten el derecho a la educación. Cabe indicar, no obstante, que este tipo de actos afectan de igual manera el derecho fundamental de los padres a escoger el centro de educación que estimen pertinente [art. 13º, 1er párrafo, de la Constitución]. No obstante, en los casos en donde se esté frente a escuelas privadas, el derecho a la educación encontrará su correlativa obligación en el pago de la matrícula. Evidentemente, ante la ausencia de dicho pago, la entidad educativa puede negarla, lo que no implicaría una lesión del derecho a la educación del menor, ni al derecho de los padres aludido. En todo caso, frente a la afectación del derecho a la educación podrá interponerse la garantía constitucional a fin de revertir los efectos del acto privado”⁴⁷.

b) Respecto a la permanencia y respeto a la dignidad del escolar “supone que este no pueda ser separado de la escuela por motivos desprovistos o reñidos con el principio de proporcionalidad. Esta situación implica tomar en cuenta una serie de elementos relacionados con la educación básica, tales como el interés superior del niño”⁴⁸. El estudiante está obligado a someterse al régimen disciplinario del centro educativo, el cual debe tener tipificadas las faltas y las sanciones, incluyendo la separación de la escuela en época lectiva casos extremadamente graves⁴⁹. A la vez, estas sanciones no pueden incluir la tortura y los tratos crueles e inhumanos, pues se debe respetar plenamente la dignidad del alumno. En cualquier caso, la hostilización o las sanciones excesivamente desproporcionadas afectan el proceso educativo⁵⁰.

c) Finalmente, respecto a la calidad de la educación, el Alto Tribunal señala que se basa en dos principios: “el primero considera que el desarrollo cognitivo del educando es el objetivo explícito más importante de todo el sistema, y por consiguiente su éxito en este ámbito constituye un indicador de la calidad de la educación que ha recibido; el segundo hace hincapié en el papel que desempeña la educación en la promoción de actitudes y los valores

⁴⁶ Expediente N° 4646-2007-PA/TC, fundamento jurídico 15.

⁴⁷ Ibid., fundamento jurídico 18.

⁴⁸ Ibid., fundamento jurídico 19.

⁴⁹ Cfr. Loc. cit.

⁵⁰ Cfr. Ibid., fundamento jurídico 20.

relacionados con una buena conducta cívica, así como las condiciones propicias para el desarrollo afectivo y creativo del educando”⁵¹.

Compete al Estado “velar por la vigencia del derecho de acceso a la educación en situación de igualdad y no discriminación; y ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, debe preferirse éste indudablemente ante cualquier otro. La niñez constituye un grupo de interés y de protección prioritario del Estado, y es de cara a ello que las políticas estatales deben dirigir sus esfuerzos”⁵².

Las implicancias de este derecho también se reflejan en otra sentencia, que resolvió el caso de una niña de cinco años a quien, por resolución administrativa, se le ordenó regresar a los estudios de la etapa inicial por no cumplir con la edad mínima establecida en los reglamentos. El Tribunal consideró que al haberse demostrado que tenía conocimientos y madurez psicológica suficientes estaba justificado su pase al primer año de estudios primarios, aun cuando no cumpliera con el requisito de la edad mínima⁵³.

El derecho fundamental a la educación comprende no sólo el que los padres puedan “escoger los centros educativos de sus hijos (art. 15 de la Constitución) y el Estado el deber de asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica (art. 16, CP), sino que, además, encontrándose comprometida la posibilidad de continuar en el sistema estatal de educación primaria de un menor, este derecho –y, en el presente caso, las reglas procesales que regulan o podrían regular el proceso destinado a protegerlo- debe interpretarse y aplicarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, conforme lo establece la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución”⁵⁴. La cual remite, por ser “particularmente relevante (...) a estos efectos el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁵⁵. En consecuencia, cuando el Director de un centro educativo es acusado de impedir la matrícula de un menor de edad, le corresponde a él probar que ha sido diligente en este deber constitucional y que ha puesto todos los medios a su alcance para ratificar dicha matrícula, no siendo suficiente que la demandante pruebe su oposición⁵⁶.

⁵¹ Ibid. fundamento jurídico 21.

⁵² Ibid., fundamento jurídico 46. En base a los argumentos expuestos, el Tribunal amparó la demanda por considerar arbitraria la negativa a matricular a los tres hijos de una persona en un Liceo Naval, ya que la sólo adeudaba el pago de pensiones de uno de ellos. Cfr. Fundamento jurídico 57.

⁵³ Cfr. Expediente-00102-2012-0-1101-JR-CI-01

⁵⁴ Expediente N°0052-2004-AA/TC, fundamento jurídico 7.

⁵⁵ Ibid., fundamento jurídico 8.

⁵⁶ “Esa exigencia derivada del artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, esto es, la de adoptar medidas que atiendan al “interés superior del niño”, imponía que el demandado, independientemente del resultado de este proceso, e incluso de las denuncias a las que antes se ha hecho referencia, adoptara todas aquellas medidas necesarias, oportunas y adecuadas para tratar de ratificar la matrícula supuestamente negada. Sin embargo, no se ha actuado así”. Ibid. Fundamento jurídico 9.



4. Derecho Penal:

La regulación jurídica referida a la protección del menor en esta materia ha sufrido en el Perú, al igual que en muchos otros países occidentales, una evolución del denominado modelo tutelar al de responsabilidad o mixto. En el primer modelo el menor de edad carecía de garantías procesales, porque “el juez era cual padre, lo que conllevaba la idea de que era esa la mejor garantía posible, con miras a asegurar la terapia de reeducación o resocialización”⁵⁷ en los casos de inconductas sociales. En cambio, en el segundo, el menor es concebido como un sujeto de derechos al que se le reconocen garantías procesales y, además, no sólo debe responder por los actos que realice cuando es consciente de ellos sino que su opinión ha de ser tomada en cuenta por los juzgadores cuando adopten decisiones que los afecten⁵⁸.

La Convención sobre los Derechos del Niño ha contribuido poderosamente al progresivo cambio de paradigma en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados, incluyendo al Perú. Su principal aporte consiste en superar “las concepciones paterno-autoritarias existentes hasta ese entonces, lo que ha supuesto un cambio de paradigma que implica el fin de la doctrina de la situación irregular y la adopción de la doctrina de protección integral”⁵⁹. Caracteriza el modelo de situación irregular tres concepciones: a) *un conservadurismo jurídico-corporativo*, que llevaba al juez a decidir no sobre la ley o los principios generales del derecho, sino como un “buen padre de familia”; b) *el decisionismo administrativista*, la amplia discrecionalidad del funcionario le hacía caer en la arbitrariedad; y c) *el basismo de la acción directa*, que consideraba “al niño como objeto de protección y no como sujeto de derechos y garantías”⁶⁰.

Según esta doctrina jurisprudencial los seis elementos principales de la doctrina de protección integral del niño, son⁶¹:

- a) El niño y el adolescente son sujetos de derechos constitucionales, legales y de orden internacional y no objetos de protección;
- b) La obligación prioritaria de la sociedad y del Estado en adoptar e implementar políticas públicas “en materia de educación, salud, deporte, cultura, esparcimiento, seguridad pública, justicia, trabajo, producción y consumo hacia el niño y adolescente. De forma complementaria, se establece la necesidad de que se adopten planes especiales sobre temas especiales enfocados hacia la infancia y adolescencia, tales como la trata de personas, programas de adopción, trabajo infantil, entre otros”.

⁵⁷ GARAY MOLINA, ANA CECILIA, *Del modelo tutelar al modelo de responsabilidad a la luz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño*, Lima, https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/805a368046d47159a274a344013c2be7/del_mod_tutelar_a_mod_responsabilidad+C+4.+11.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=805a368046d47159a274a344013c2be7

⁵⁸ Un análisis de esta evolución, con especial énfasis en el aspecto penal de se encuentra en {, #12387}

⁵⁹ Expediente N° 03247-2008-PH/TC, fundamento jurídico 6.

⁶⁰ Ibid., fundamento jurídico 8.

⁶¹ Ibid., fundamento jurídico 10.

- c) Un sistema de protección basado en la Constitución y en la ley, que cuando no se cumple, no ponen al menor en situación de irregularidad, sino a las instituciones privadas o públicas por no poder satisfacer sus necesidades.
- d) Diseño de un sistema de responsabilidad penal especial para los menores de 18 años que violen la ley penal.
- e) Corresponde a los jueces, a la defensa y al Ministerio Público, establecer un sistema de pesos y contrapesos para que la responsabilidad penal juvenil asegure el principio de igualdad, en el que se sustituye el “binomio impunidad-arbitrariedad”, por el de “severidad-justicia”.
- f) La privación de la libertad debe ser una medida excepcional pero bajo los lineamientos de la Constitución y de la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales.

Y los principales principios rectores de la responsabilidad penal juvenil son⁶²:

- a) El de igualdad y no discriminación, que no equivale a trato igualitario, porque se reconoce el deber de atender a los grupos vulnerables. Se busca el trato equitativo, que es garante de la verdadera justicia.
- b) Respeto a la opinión de los niños en los asuntos que les afecten, pero protegiéndoles de tal modo que se no puedan ser víctimas de represalias o experiencias traumáticas.
- c) Derecho a la vida, supervivencia y al desarrollo: comprende tanto medidas preventivas, de parte del Estado, para evitar la delincuencia juvenil, como de administración de justicia que prohíben no sólo la prisión perpetua y la pena de muerte sino condenas largas, ya que la privación de la libertad debe ser por el menor tiempo posible.
- d) La dignidad del niño: comprende a su vez un trato: (i) acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño; (ii) que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades de terceros; (iii) que tenga en cuenta la edad del niño y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad; y (iv) que prohíba y prevenga todas las formas de violencia en el trato de los que estén en conflicto con la justicia.
- e) *El respeto al debido proceso*: Tanto en el ámbito judicial como el administrativo, en los que se deben garantizar, al menos: (i) la presunción de inocencia; (ii) la información sin demora y directa de los cargos; (iii) la asistencia jurídica u social apropiada; (iv) los procesos sumarios y participación directa de los padres; (v) el respeto a la vida privada; y (vi) a la imparcialidad en el proceso. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que estas exigencias comprende: las reglas correspondientes al juez natural –competente,

⁶² Ibid., fundamento jurídico 11.



independiente e imparcial–; la doble instancia, la presunción de inocencia, la contradicción, audiencia y defensa. Asimismo, los menores de 18 años deben ser juzgados por órganos jurisdiccionales específicos, distintos a los de los mayores de edad⁶³.

Por otro lado, si bien en el Perú existe un alto índice de delincuencia juvenil y de niños sin techo, también se debe reconocer que los centros de reclusión no son ambientes propicios para su desarrollo e integración social sino, más bien, lugares que ponen en peligro su vida y salud, ya que no hay programas educativos, de tiempo libre y reinserción. Además se les expone a la violencia de los niños mayores y más agresivos, pues el hacinamiento y la falta de personal especializado y suficiente son comunes a esos establecimientos⁶⁴.

Finalmente, en los supuestos en que un menor haya sufrido el delito de violación, hay que tener en cuenta “la evidente y profunda afectación a la integridad de las niñas, niños y adolescentes que esta clase de agravios produce. De un lado, se afecta irreversiblemente el ámbito espiritual y psicológico de los menores, en cuanto resultan ser víctimas de episodios traumáticos que determinaran sus personalidades y la manera en que se relacionarán con otros individuos. De otro lado, en algunos casos los menores se ven expuestos a enfermedades de transmisión sexual quedando sometidos a las graves consecuencias que estas enfermedades pueden causarles. En tal sentido, resulta evidente que el Estado actúe y legisle tomando en cuenta las particularidades de este tipo de delito, como es la situación de vulnerabilidad e inmadurez de la víctima, el contexto en el que se producen, la estructura procedimental con la cual el Estado pretende castigar este tipo de delitos y las medidas de apoyo al menor agraviado. De igual forma, es importante que los operadores jurídicos apliquen la legislación de conformidad con el principio de supremacía del interés del niño (artículo 4º de la Constitución), tomando en cuenta precisamente la fragilidad de la personalidad de estos”⁶⁵.

La legislación nacional en las Leyes Nos. 27055 y 27115, a fin de evitar mayores sufrimientos al niño o adolescente que haya sufrido la vulneración de su integridad sexual, establecen medidas como las siguientes: i) la confrontación entre el presunto autor de la violación y el menor de 14 años solo procederá a solicitud de la víctima, ii) prohibir la concurrencia del niño o adolescente agraviado a la reconstrucción de los hechos, iii) el examen médico legal, así como la asistencia de otras personas, será autorizado previo consentimiento de la víctima, y; iv) se mantendrá en reserva la identidad de la víctima de violación. Con la finalidad de evitar la “revictimización” se han implementado las cámaras *Gesell* o Salas de Entrevista Única, con las que se pretende que los niños y adolescentes no relaten reiteradas veces la traumática situación por la que atravesaron. Este

⁶³ Cfr. *Ibid.*, fundamento jurídico 13.

⁶⁴ Cfr. *Ibid.*, fundamento jurídico 16.

⁶⁵ Expediente N° 05692-2008-PHC/TC, fundamento jurídico 2.

tipo de prácticas deben ser generalizadas y potenciadas, ya que constituyen la materialización del ISN⁶⁶.

Por otro lado, los jueces deben recordar “que ordenar el internamiento de un niño, niña o adolescente en un centro especializado, alejado de su domicilio y lejos de su familia, no solo viola el artículo 4° de la Constitución, sino que afecta el propio objeto y propósito de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁶⁷. Porque “ninguna medida de internamiento podrá implicar la denegatoria en el acceso al estudio o al servicio básico de salud y nutrición del niño y adolescente y, mucho menos, el quiebre del vínculo familiar”⁶⁸. A la vez, es importante que el Tribunal Constitucional o cualquier otro juzgador tenga en cuenta si es factible en una localidad concreta ejercer este derecho, ya que no todas las ciudades cuentan con centros de internamiento para adolescentes⁶⁹.

Es fundamental tener en cuenta el aspecto emocional de la integridad psíquica de la persona, que presenta una especial manifestación para con el niño, pues este Colegiado entiende que “comprende la necesidad de que i) el sentimiento de seguridad sea progresivo o por lo menos estable, y ii) la estabilidad emocional de la cual goza no se vea perturbada ni reducida por agentes o elementos exteriores. Es por ello que el afecto, el cariño, la empatía, la aceptación y los estímulos que recibe un niño de sus padres refuerzan su expresión emocional y el desarrollo de su personalidad; razonamiento que guarda concordancia con los establecido en el artículo 4° del Código de los Niños y Adolescentes, en lo que concierne a la integridad psíquica, libre desarrollo y bienestar”⁷⁰.

Por eso, ante el eventual conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa⁷¹.

Para terminar estas pinceladas de la jurisprudencia constitucional, nos referiremos al ISN en relación a la familia. El derecho a recibir alimentos es parte del deber de asistencia

⁶⁶ Cfr. Ibid., fundamento jurídico 5.

⁶⁷ Ibid., fundamento jurídico 28.

⁶⁸ Ibid., fundamento jurídico 15.

⁶⁹ El Tribunal reconoció que “en el escrito de contestación de la demanda de hábeas corpus, de fecha 24 de abril de 2009, el juez demandado justifica su decisión de enviar a la adolescente a la ciudad de Lima aduciendo que en Trujillo no se cuenta con un centro de internamiento para adolescentes mujeres (fojas 106), habiendo solo el Hogar de la Niña para su custodia temporal. Por lo tanto, se puede concluir que el juez del Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia del Distrito La Esperanza ordenó la medida cuestionada al amparo del artículo 211° del Código de Niños y Adolescentes”. Expediente N° 05692-2008-PHC/TC, fundamento jurídico 21. Pero al ordenar el internamiento de la menor en la misma ciudad en la que viven sus padres no resolvió la ausencia de un lugar adecuado, por lo que deviene en imposible su cumplimiento.

⁷⁰ Expediente N° 02079-2009-PHC/TC, fundamento jurídico 7.

⁷¹ Ibid., fundamento jurídico 13.



familiar, por lo que el procedimiento ha de velar especialmente para que se protejan adecuadamente los derechos de éste y no puede centrarse únicamente en aspectos formales: las normas procesales deben cumplirse desde esta perspectiva. Por eso, en caso que se advierta que no se llevó a cabo una audiencia por motivos de fuerza mayor debidamente comprobados y que la parte demandada, está llana a un entendimiento, sería contrario al ISN archivar el expediente sin dar trámite a la demanda de alimentos, pues está de por medio el interés de una menor alimentista, cuya vida y salud dependía, en gran medida, del resultado de ese juicio⁷².

Los derechos del niño en relación a su familia han sido desarrollados en una sentencia, que cita abundante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de Estrasburgo⁷³. En ella se destaca que las restricciones a las relaciones familiares se oponen a la protección de la familia como garantía institucional de la sociedad y vulneran el principio de protección especial del niño. La convivencia entre padres e hijos es un elemento fundamental de la vida familiar y el disfrute mutuo de esa convivencia constituye “una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella (...) derecho [que] se vulnera cuando por razones ajenas a la voluntad y al interés superior del niño, este es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros”⁷⁴.

De este modo se completa el círculo de protección del niño, cuyo interés superior exige crecer y ser educado al amparo del hogar familiar, es decir, del cuidado de sus padres y/o hermanos.

⁷² La demanda de amparo se originó porque una Jueza de familia ordenó el archivamiento definitivo de un juicio por alimentos debido a que la madre de la menor, que era la demandante, se presentó con dos minutos de retraso a la audiencia única de pruebas. La jueza no tuvo en consideración las razones que justificaban el retraso, que fueron debidamente acreditados con la documentación oportuna, el mismo día, ya que su hija mayor tuvo problemas de salud. Al haber denegado la realización de una nueva audiencia solicitada por la parte demandante, proveyendo con “un decreto: *ESTÉSE A LO RESUELTO*, (remitiéndose en ese sentido a la resolución de fecha 18 de febrero de 2011), mediante el cual se da por concluido el proceso; es decir, no se ha considerado los argumentos justificatorios de su tardanza a fin de reprogramar dicha audiencia, y no se ha realizado análisis alguno de su pedido, aplicándose en estricto la norma supletoria, decisión que ha sido confirmada por la juez revisora, que remitía a la sentencia que daba por concluido el proceso, había infringido, además, el deber de la debida motivación de las decisiones judiciales”. Expediente N° 04058 2012-PA/TU, fundamento jurídico 3.

⁷³ Cfr. Expediente N° 03325-2012-PHC/TC.

⁷⁴ Expediente N° 1817-2009-PHC/TC, fundamento jurídico 14.