



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
Facultad de Derecho



TESIS

**“EL DEBIDO PROCESO EN LA LEY N° 30364 Y LA DENUNCIA DE LOS
NIÑOS Y ADOLESCENTES”**

PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

ABOGADO EN DERECHO.

AUTOR:

BACHILLER: LUIS ENRIQUE PAREDES DE LA PIEDRA

ASESOR:

DR. JOSE CHANAME PARAGUEZ

Chiclayo- Perú 2019

DEDICATORIA

A Dios.

Por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

A mi amado hijo Marco Antonio por ser la fuente de motivación e inspiración para poder superarme cada día más.

A mis amados padres Luciano y Rossana y hermanos por su incondicional apoyo perfectamente mantenido a través del tiempo ya que todo este trabajo ha sido posible gracias a ellos.

A mis amigos y a ti, por no dudar ni un solo momento de mi inteligencia y capacidad, alentándome en todo momento y dándome las fuerzas para seguir adelante y no desmayar

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a todos mis docentes de la Universidad Particular de Chiclayo ya que ellos me enseñaron a valorar mi carrera y a superarme cada día, también agradezco a mis padres porque ellos estuvieron en los días más difíciles de mi vida como estudiante. Y agradezco a Dios por darme la salud que tengo. Estoy seguro que mis metas planteadas darán fruto en el futuro y por ende me debo esforzar cada día para ser el mejor y en todo lugar sin olvidar el respeto que engrandece a la persona.

SUMARIO

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

INTRODUCCIÓN

ABSTRACT

RESUMEN

CAPITULO I

ASPECTO METODOLÓGICO

- 1.1. Aspecto de la realidad problemática
 - 1.1.1. La realidad problemática
- 1.2. Planteamiento del problema
- 1.3. Formulación del problema
- 1.4. Justificación e importancia del estudio
- 1.5. Objetivos
- 1.6. Hipótesis
- 1.7. Variables
- 1.8. Población - muestra
- 1.9. Técnicas e instrumentos de recolección de datos
- 1.10. Métodos y procedimientos

CAPÍTULO II

EL DEBIDO PROCESO

- 2.1. Acerca del debido proceso
- 2.2. Concepto del debido proceso
- 2.3. El derecho al debido proceso bajo la fuente constitucional
- 2.4. El debido proceso sustantivo
- 2.5. El debido proceso adjetivo o formal
- 2.6. El derecho humano como debido proceso
- 2.7. Una cuestión terminológica: la idoneidad de la expresión debido proceso
- 2.8. La formulación general del contenido, constitucionalmente protegido del derecho fundamental del debido proceso

CAPÍTULO III

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

- 3.1. Antecedentes de estudio
- 3.2. El interés superior del niño
- 3.3. Breves notas históricas sobre el interés superior del niño

3.4. El interés superior del niño en el sistema internacional de protección de los derechos de la infancia

3.5. El interés superior del niño en la Convención sobre Derechos del Niño

3.6. El interés superior del niño en la dogmática jurídica

3.6.1. La idea de "interés" en el plano jurídico

3.7. El interés superior del niño desde la perspectiva del Tribunal Constitucional

CAPÍTULO IV

LA CAPACIDAD DE DENUNCIA

4.1. La participación de los niños y adolescente

4.2. Asuntos de la cotidianidad de la vida familiar que afectan al niño, niña y adolescentes y a su familia

4.3. Asuntos legales o procesos administrativos

4.4. Marco Legal

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS

5.1. Presentación de los resultados

5.2. Discusión de los resultados

5.3. Comprobación de la hipótesis

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUCCION

Sin duda que una sociedad que no se protege a sí misma, es una sociedad sentenciada al reinado del caos, la incertidumbre, y la desesperación. Por ello resulta lícito que el Estado como órgano colegiado que actúa en nombre de la sociedad adopte y ejecute una serie de mecanismos orientados precisamente a tutelar los derechos de las personas más vulnerables.

Uno de los problemas que necesita la intervención de las autoridades es precisamente el de la agresión a las mujeres y al entorno familiar, que para este caso se refiere a los miembros de la familia. Los integrantes de dicho entorno familiar lo constituyen precisamente los niños y las niñas que terminan siendo víctimas de las agresiones de las cuales son objeto en primer lugar de sus propios padres, o por otros conglomerados sociales como puede ser la escuela, la propia iglesia, los entornos sociales informales, es decir, todo medio social en los que se realizan precisamente las relaciones sociales de una comunidad.

Mencionamos que resulta problemático, en la medida en la que los abusos y las agresiones que sufren los menores, son cada vez más frecuentes, y sin duda mucho de lo que ocurre en la realidad ni siquiera resultan ser denunciados y menos investigados por las autoridades policiales o fiscales.

Por esta razón, con la expedición de la Ley N° 30364, específicamente en artículo 15, se regula la posibilidad de que sean los propios menores, niños o niñas o adolescentes, los que tengan la potestad para que sin necesidad de que concurren acompañados de una persona mayor, puedan efectuar la

denuncia ante la autoridad competente, de tal manera que se proceda con la intervención estatal y se tutele el derecho de estas personas que por cierto resultan ser las más vulnerables dentro de la composición social.

Sobre esto versa el presente trabajo, pero en especial sobre la posibilidad real que en el ámbito judicial se escuche directamente a los menores que entendiendo que el Estado los debe proteger, proceden a comunicar los hechos vejatorios de los cuales son víctimas, y en esto se hace necesario que se entienda de una buena vez que se debe procurar que la voz de los menores de edad, no sólo sea escuchada, sino fundamentalmente sea atendida a través de acciones que precisamente tutelen y salvaguarden sus derechos.

El presente trabajo se lo ha organizado en cinco capítulos, contando cada uno de ellos con puntos y sub puntos, asimismo se consideran citas de referencias, conclusiones, bibliografía e índice.

El primer capítulo se refiere a la realidad problemática que se advierte, la formulación del problema, la justificación e importancia del estudio realizado, los objetivos generales y los objetivos específicos, la hipótesis, las variables, para detallar asimismo el marco metodológico que sustenta la presente investigación.

El segundo capítulo se refiere expresamente al debido proceso, la materialización del mismo, las diferentes formas en la que se manifiesta, pues se entiende que el derecho a denunciar, o como se le puede llamar derecho de acción es también uno en el que se debe garantizar que de corroborarse la imputación se atenderá a estas personas que buscan precisamente protección estatal y no el desamparo ni la lástima que muchas veces hace tanto daño.

El tercer capítulo versa sobre temas referidos al interés superior del niño, que es quizá el Principio tutelar que más aceptan los diferentes estados. Dentro del interés superior del niño, encontramos dos principios que se manifiestan por sí sólo y que resaltan de sobremanera: el derecho a participar en su propio entorno y el derecho a ser escuchado, y es precisamente el sustento fundamental en el que se puede sustentar el derecho a denunciar de los menores.

El cuarto capítulo está referido al derecho de denuncia que tienen las niñas, los niños y los adolescentes, y queda claro que si bien la Ley N° 30364 reclama y legitima su derecho a denunciar, lo cierto es que dicha prerrogativa debe quedar supeditada al cumplimiento de procedimientos previos que hagan viable esta medida.

En el quinto capítulo analizamos las entrevistas realizadas y que orientan la parte práctica del presente estudio de investigación.

Al finalizar presentamos las conclusiones, las recomendaciones, la bibliografía y los anexos correspondientes.

Este trabajo es el esfuerzo de buen tiempo y de mucho esfuerzo, y al ponerlo a disposición del Honorable Jurado, lo hacemos con la seguridad que se analiza una de las instituciones más controvertidas del momento, pero también para que después del análisis que merezca me permita optar el título de Abogado, que es precisamente la finalidad por la que ingresé a estudiar en esta Casa de Estudios.

E L A U T O R

ABSTRACT

The State must fulfill several roles within its work in favor of citizens. Nothing better than the person feels protected, within a context in which their fundamental rights are recognized, but above all respected.

For this reason, in the present case, what is expressed in article 15 of Law No. 30364 is a matter of concern, in which the possibility that the children and adolescents themselves make the accusation against defamatory acts against them is recognized. . While it is true, this right may be unrealizable because it is the dependencies of the State who must first seek compliance with laws, the proposal is interesting, because it must materialize the right of minors to be heard by the public entities.

Under this perspective, in the present work the existence of a due process is demanded that makes the communication of the denunciation viable, but on the other hand, it is also sought that said viability seeks in fact the adoption of measures that allow to protect the rights of the minors.

his is the subject of the present work, on the study of the convenience and sustenance of the exercise of the right to denounce, as part of the best interests of the child, and as part of this, the right of minors to participate in the decisions that mark their existence , but above all to the faculty that supposes the obligation to be listened to by the competent authorities.

RESUMEN

El Estado debe cumplir varios roles dentro de su quehacer a favor de los ciudadanos. Nada mejor que la persona se sienta protegida, dentro un contexto en el que sus derechos fundamentales sean reconocidos, pero sobre todo respetados.

Por esto, en el presente caso, es materia de preocupación lo expresado en el artículo 15 de la Ley N° 30364, en el que se reconoce la posibilidad que sean los propios niños, niñas y adolescentes quienes realicen la denuncia ante hechos vejatorios en su contra. Si bien es cierto, este derecho puede resultar irrealizable por cuanto son las dependencias del Estado quienes ante todo deben de procurar el cumplimiento de las leyes, la propuesta resulta interesante, por cuanto debe materializar el derecho de los menores de edad a ser escuchados por las entidades públicas.

Bajo esta perspectiva, en el presente trabajo se reclama la existencia de un debido proceso que haga viable la comunicación de la denuncia, pero por otra parte, se busca también que dicha viabilidad procure en efecto la adopción de medidas que permitan amparar los derechos de los menores de edad.

Sobre esto versa el presente trabajo, sobre el estudio de la conveniencia y sustento del ejercicio del derecho a denunciar, como parte del interés superior del niño, y como parte de esto, el derecho de los menores a participar en las decisiones que marcan su existencia, pero sobre todo a la facultad que supone la obligación de ser escuchado por parte de las autoridades competentes.

CAPITULO I

ASPECTO METODOLÓGICO

1.1. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA:

La violencia contra la mujer entendida como las agresiones físicas y psicológicas que se infringe a la mujer, es un tema que resulta recurrente en todas las esferas sociales.

Casi a diario los noticieros dan cuenta de la manera cómo ciertos individuos proceden de manera violenta contra las mujeres, en los diversos contextos: social, familiar, laboral, cotidiano, de tal forma que las agresiones van desde los insultos, injurias, hasta a veces desembocar en el feminicidio, como parte de una desenfrenada situación en la que incluso se involucra a los hijos.

En el presente caso, consideramos que el Estado si bien es cierto aún no ha desplegado actividades serias orientadas a combatir y exterminar de raíz esta serie de delitos (los que muchas veces se gestan precisamente a partir de una mínima acción violenta, para luego ir en crecimiento y terminar dando muerte de manera vil a la mujer, por su condición de tal.

Sin embargo, bajo esta perspectiva encontramos que el Estado trata de facilitar todos los medios para que las personas más vulnerables dentro de la sociedad sean quienes precisamente hagan de conocimiento de las autoridades judiciales en el que caso en el que sean víctimas de agresiones, abusos, o vejámenes por parte de adultos, o también en el caso de los propios menores, quienes también pueden resultar tener la calidad de agresores.

Pero cabe resaltar si es que realmente, esta posibilidad de denuncia puede ser real, o si es que en la práctica existen los mecanismos para que en efecto esto suceda, y se frene en parte todos los abusos que en la actualidad existen contra las personas más vulnerables. Este es uno de los motivos por los que nos decidimos elaborar el presente trabajo de investigación, partiendo

de un hecho que en nuestra legislación lamentablemente es recurrente, como implica que tengamos las mejores leyes sin que se garantice propiamente su acatamiento por parte de quienes se obligan a hacerlas viables.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA¹:

Frente al problema de la violencia contra la mujer, el Estado ha promulgado La Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, que tiene como su nombre lo indica la finalidad de luchar para contrarrestar la violencia contra las mujeres, confiriendo al juez de familia facultades especiales para que dicte medidas de protección e instaurando un proceso sumarísimo que busque solucionar en parte el desarrollo de la agresión.

La intencionalidad de ley se enfrenta con la realidad de que en efecto no se han creado órganos especiales que lleven a cambio dicha atención a las mujeres que sufren agresiones, ni tampoco se han creado órganos de auxilio jurisdiccional que lleven consigo las tareas de realizar los exámenes médicos, los informes psicológicos, la determinación del riesgo, de tal manera que esta ley puede ser una de las tantas normas que en el papel resultan ser atractivas, pero que lamentablemente no se concretan en la práctica.

Sin embargo, la ley se viene cumpliendo, y se viene aplicando en todos los juzgados del país, por esta razón, queremos realizar un estudio teórico práctico de la manera cómo se viene desarrollando los procesos de

¹ En realidad plantear el problema no es sino afinar y estructurar más formalmente la idea de investigación. El paso de la idea al planteamiento del problema en ocasiones puede ser inmediato, casi automático, o bien llevar una considerable cantidad de tiempo; ello depende de cuán familiarizado esté el investigador con el tema a tratar, la complejidad misma de la idea, la existencia de estudios antecedentes, el empeño del investigador, el enfoque elegido (cuantitativo, cualitativo o mixto) y sus habilidades personales. De: Roberto, HERNÁNDEZ SAMPIERI. "Metodología de la Investigación". Tercera Edición. México 2002, p. 42. CIT. Por el autor Juan Rolando Hurtado Poma En su tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial Lima – Perú 2010.

violencia contra la mujer, pero sobre todo la manera cómo son concebidas las medidas de protección, de tal manera que desde la perspectiva del análisis de la norma se busca establecer si en efecto existe la posibilidad real de combatir la violencia contra la mujer, y para lo cual debemos colocar énfasis especial en el artículo que otorga capacidad de denuncia a las niñas, niños y adolescentes.

Por esto frente al contenido del artículo 15 de la Ley N° 30364, cabe establecer, que al ser los propios agredidos quienes pueden hacer uso de su derecho a denunciar, es posible así entender que los niños, las niñas o los adolescentes víctimas de agresiones físicas o psicológicas, puedan ser los que también comuniquen a las autoridades sobre los hechos de los que son víctimas, y esto por cuanto:

Artículo 15 de la Ley N° 30364. Denuncia:

La denuncia puede presentarse por escrito o verbalmente, ante la Policía Nacional del Perú, las fiscalías penales o de familia y los juzgados de familia. En los lugares donde no existan estos últimos también puede presentarse ante los juzgados de paz letrado o juzgados de paz. Cuando se trata de una denuncia verbal, se levanta acta sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.

La denuncia puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación. También puede ser interpuesta por la Defensoría del Pueblo.

No se requiere firma de abogado, tasa o alguna otra formalidad. Sin perjuicio de lo expuesto, los profesionales de la salud y educación deben denunciar los casos de violencia contra la mujer o los integrantes del grupo familiar que conozcan en el desempeño de su actividad.

Esto, se advierte también en el reciente publicado Reglamento de esta Ley, nos referimos al Reglamento de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y

erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, DECRETO SUPREMO, N° 009-2016-MIMP, que prescribe que:

Artículo 17.- Capacidad procesal de niñas, niños y adolescentes

17.1. Las niñas, niños y adolescentes pueden denunciar actos de violencia en su agravio o en agravio de otras personas sin la necesidad de la presencia de una persona adulta.

17.2. En esta situación, la instancia receptora de la denuncia garantiza la seguridad de las niñas, niños y adolescentes hasta que se dicte la medida de protección correspondiente. Recabada la denuncia, de encontrarse una situación de presunto abandono, la instancia receptora informa a la Unidad de Investigación Tutelar del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para que actúe conforme a sus atribuciones.

Por este motivo, consideramos analizar si es que esta concesión de facultades para accionar de parte de los adolescentes, los niños y las niñas, pueden resultar más bien contraproducentes para alcanzar la finalidad de protección que pretende la ley, por lo que siendo esto así se realizó el presente trabajo de investigación.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

Por esta razón, nos proponemos realizar el presente trabajo a fin de responder a la interrogante siguiente:

¿Qué aspectos del debido proceso contemplados en la Ley N° 30364 se lesionan cuando se otorga capacidad de denuncia a las niñas, niños y adolescentes?

1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO²:

Con la investigación que se pretende desarrollar se busca estudiar de manera teórica y práctica los supuestos del debido proceso que se cumplen para dictar medidas de protección a la mujer que es víctima de maltrato sea físico o psicológico, de tal manera que, garantizando los derechos de los demandados, las medidas de protección que se expidan sean realmente una respuesta del Estado a la lucha contra la violencia contra la mujer. La justificación del presente caso radica en que toda apuesta por erradicar las agresiones de las que son víctimas las féminas, deben de estar rodeadas del respeto a los derechos fundamentales del victimario, y esto con la única finalidad que no termine convirtiéndose en víctima.

La importancia del presente estudio estriba en el hecho mismo que se debe evaluar como una norma tan importante viene cumpliendo su finalidad, de tal manera que sea un instrumento eficaz de la obligación de hacer cumplir el respeto por la dignidad, conforme lo contempla el artículo 1º de la Constitución Política del Perú.

² Es necesario justificar el estudio exponiendo las razones. La mayoría de las investigaciones se efectúan con un propósito definido, no se hacen simplemente por capricho de una persona; y ese propósito debe ser lo suficientemente fuerte para que se justifique su realización. Además en muchos casos se tiene que explicar por qué es conveniente llevar a cabo la investigación y cuáles son los beneficios que se derivarán de ella. De: Roberto, HERNÁNDEZ SAMPIERI. "Metodología de la Investigación". Tercera Edición. México 2002, p. 49. CIT. Por el autor Juan Rolando Hurtado Poma En su tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial Lima – Perú 2010.

1.5. OBJETIVOS³

1.5.1. OBJETIVO GENERAL:

Determinar los aspectos del debido proceso contemplados en la Ley N° 30364 que se lesionan cuando se otorga capacidad de denuncia a las niñas, niños y adolescentes

1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS⁴:

- Precisar los fundamentos teóricos que forman parte de la garantía del debido proceso en el Perú
- Delimitar los conceptos que avalan la vigencia del interés superior del niño en el país.
- Identificar la legitimidad de acción que presentan las niñas, los niños y los adolescentes.
- Proponer modificación normativa para el mejor cumplimiento de los fines de la Ley N° 30364.
- Analizar el contenido de las entrevistas realizadas en el ámbito de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

1.6. HIPÓTESIS⁵

³ En primer lugar es necesario establecer qué pretende la investigación, es decir, cuáles son sus objetivos. Hay investigaciones que buscan, ante todo, contribuir a resolver un problema en especial (en este caso debe mencionarse cuál es y de qué manera se piensa que el estudio ayudará a resolverlo), y otras que tienen como objetivo principal probar una teoría o aportar evidencia empírica a favor de ella. De: Roberto, HERNÁNDEZ SAMPIERI. "Metodología de la Investigación". Tercera Edición. México 2002, p. 44. CIT. Por el autor Juan Rolando Hurtado Poma En su tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial Lima – Perú 2010.
Los objetivos generales contienen los grandes lineamientos teleológicos de lo que finalmente queremos conseguir con la investigación; es el enunciado que se pretende alcanzar.

⁴ Lino señala que Los objetivos específicos son los concretos y definidos, las metas inmediatas a las cuales arribará el investigador, sus resultados son singulares.

⁵ La Hipótesis es considerada como el punto medular del proyecto, es la clave para el éxito de la investigación, surge de una correcta formulación del problema. Como lo dice Ladrón De Guevara-citado por Llino Aranzamendi "Hipótesis es una

Si se observa el debido proceso en la Ley N° 30364, entonces es posible garantizar la capacidad de denuncia a las niñas, niños y adolescentes

1.7. VARIABLES

VARIABLES	DEFINICION	INDICADOR
VARIABLE INDEPENDIENTE: El debido proceso	Conjunto de procedimientos que tienden a garantizar la vigencia de derechos fundamentales posiciones fácticas y jurídicas que se formulan durante la investigación preparatoria	Hechos Supuestos objetivos Elementos descriptivos Elementos normativos Sujetos Grado de desarrollo
VARIABLE DEPENDIENTE: Capacidad para denunciar	Conjunto de supuestos básicos para formular una	Capacidad de ejercicio

proposición enunciada para responder tentativamente a un problema". De: Landrón de Guevara Laureano. Metodología de la investigación científica. Bogotá, Universidad Santo Tomas, 1978, pág. 140-141. Cit. Por el autor Lino Aranzamendi-la investigación jurídica, Lima 2010, pág. 146 y 148.

	petición ante un órgano estatal, petición relacionada con la expresión de un agravio de violencia contra la mujer o personas del entorno familiar.	Capacidad de goce Legitimidad
--	--	----------------------------------

1.8. POBLACIÓN - MUESTRA

La Población en este caso viene a estar formada por el conjunto de personas que se les va a entrevistar sobre el tema referido a la capacidad de denuncia de parte de los niños, las niñas, y las adolescentes, de tal manera que a la vez se constituye en muestra y queda formada de la manera siguiente:

- Dos jueces
- Dos fiscales
- Dos profesores universitarios
- Cuatro abogados de defensa libre

TABLA N° 01

**MUESTRA FORMADA POR EL CONJUNTO DE PERSONAS, A
QUIENES SE LES APLICÓ LA ENTREVISTA SOBRE LA
CAPACIDAD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PARA
DENUNCIAR**

Aspectos Entrevistados	Frecuencia	Porcentaje
Jueces	02	20%
Fiscales	02	20%
Profesores	02	20%
Abogados	04	40%
TOTAL	40	100%

Año: 2018

Fuente: De investigación

1.9. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

1.9.1. Técnica del Fichaje

Mediante esta técnica se recogerá los datos teóricos, de opinión y de comentario de los textos nacionales y extranjeros.

Su Instrumento serán las fichas bibliográficas, textuales y de comentarios, fichas linkografías, etc.

1.9.2. Análisis de documentos

Esta técnica se ha de emplear para cotejar la información teórica con el contenido de los casos expresados en las sentencias que emiten los operadores del derecho.

El instrumento se expresará mediante una ficha de cotejo.

1.10. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS

- Método dogmático para el análisis de las normas jurídicas.
- Método analítico, deductivo, inductivo y de síntesis.

CAPITULO II

EL DEBIDO PROCESO

2.1. Acerca del debido proceso

No está demás referir que como afirma el profesor Ticona Postigo, los antecedentes de la garantía del debido proceso se remontan a la carta magna de 1215⁶, en la que el rey Juan Sin Tierra⁷, otorga a los nobles ingleses entre otras garantías la del *due process of law*, consignada en la cláusula 48 de ese documento que disponía que “ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus partes, según la ley del país”.

Asimismo, siguiendo la misma cita bibliográfica hecha, se establece que de la lectura de la Carta Magna del rey Juan Sin Tierra, se aprecia que el debido proceso se consagra incluso para proteger la libertad de la persona humana antes de iniciado el proceso judicial propiamente dicho, presentándose la detención y la prisión como excepciones a la libertad, las mismas que se concretizan previo al juicio.

Desde el reconocimiento del debido proceso legal “*due process of law*” el estado monárquico ingles asumió el deber y el compromiso que al momento de restringir las libertades personales, el derecho de propiedad, la posesión, o cualquier otro bien perteneciente “solo a los nobles” deberían respetar las garantías previstas en la carta magna que en ese entonces se expresaban en el derecho a un juicio previo legal y a ser tratado con igualdad, es decir, sin discriminaciones.

Entonces es menester señalar que el debido proceso tiene su origen en el *due process of law* anglosajón, se descompone en: el debido proceso

⁶ TICONA POSTIGO Victor, el debido proceso y la demanda civil. Ed. Rodhas 2 1edicion, Lima- Perú 1999, pág 63.

⁷ En el año 1215, reinaba en Inglaterra Juan Sin Plantagenet, conocido como Juan Sin Tierra, que accedió al trono después de la muerte de su hermano mayor Ricardo I, Corazón de león. Dice la historia que llevó una vida guerra y ejerció un gobierno absolutista sobre Ingleses, galeses, irlandeses y escoceses, por lo que termino sufriendo el odio de sus súbditos, especialmente de los Ingleses quienes, hastiados de los impuestos y las guerras y llenos de repugnancia por los caprichos y costumbres licenciosas del Rey, decidieron oponer la ley a los caprichos reales.

sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales y, el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales⁸. Su incorporación al constitucionalismo latinoamericano ha matizado sus raíces, señalando que el debido proceso sustantivo se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; mientras que el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia⁹.

Además se debe señalar que el debido proceso no está sistematizado dentro de la teoría general del proceso “ sin embargo esta garantía pertenece básicamente al ámbito del derecho procesal, al derecho judicial, más concretamente al rubro de la ciencia procesal, que con el desarrollo histórico y científico de la teoría general del proceso han visto positivizado en el texto normativo de la constitución, diversos principios y postulados esencialmente procesales sin los cuales no se pueden entender un proceso judicial justo y eficaz”¹⁰.

2.2. Concepto del debido proceso

El debido proceso ha sido definido, en términos muy generales por la doctrina comparada como aquel derecho fundamental que garantiza al ciudadano que su causa sea oída por un tribunal imparcial y a través de un proceso equitativo; derecho al debido proceso que agrupa y se desdobra en

⁸ John Nowak y Ronald Rotunda, *Constitutional law*, St. Paul, Minn., 1995, pp. 380-451, asimismo, John Hart Ely, *On constitutional ground*, Princeton University Press, New Jersey, 1996 pp. 311 y ss.

⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 328 y ss.

¹⁰ QUIROGA LEÓN, Aníbal. El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. Jurisprudencia. op cit. Pág 37.

un haz de derechos filiales reconocidos a la vez todo ellos como derechos fundamentales y que incluye entre otros principios y garantías¹¹.

Por ello el debido proceso es un derecho humanitario abierto de naturaleza procesal y alcances generales que busca resolver de forma justa las controversias que se presentan ante las autoridades judiciales. Es decir, se considera un derecho “*continente*” pues comprende una serie de garantías formales y materiales¹², y que al interior del cual existen ciertos números de derechos fundamentales que aseguran el reconocimiento y plenitud de un sujeto de derecho, dentro de un procedimiento o proceso¹³. A sí como señala el TC que:

[...] el debido proceso tiene un contenido complejo pues no solo se encuentra conformado por las garantías reconocidas expresamente en las normas jurídicas, sino también por aquellas que se deriven del principio–derecho de dignidad de la persona humana y que resulten esenciales para que el proceso pueda cumplir con su finalidad [...] ¹⁴

Asimismo, por su parte la doctrina y la jurisprudencia nacionales han convenido en que el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona -peruana o extranjera, natural o jurídica- y no sólo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional. En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y, es un derecho

¹¹ BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, Juan Manuel. derecho fundamental al proceso debido. Estudios de derecho procesal civil. 3ra. edición, tomo I, de palma, buenos aires, 1989, pág. 194

¹² LANDA ARROYO Cesar “El derecho al debido proceso en la jurisprudencia” Editora Diskcopy S.A.C. edición lima 2012.pág 16

¹³ MONROY GÁLVEZ Juan, “Constitución comentada artículo por artículo” II TOMO, editorial Gaceta Jurídica S.A.C, edición Lima 2005, pág. 496

¹⁴ Cf. Sentencia del 27 de noviembre del 2005, recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC, fundamento jurídico 42.

objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia¹⁵.

Por otro lado, cabe señalar que el Numeral 3 del Artículo 139° de la CPP precisa que el debido proceso constituye un principio de la función jurisdiccional. Es decir, es un parámetro o criterio rector que debe ser observado por las autoridades que ejercen la función jurisdiccional (*v. gr. autoridades del Poder Judicial, TC, Comunidades Nativas y Campesinas, Fuero Militar, Arbitral y Electoral*)¹⁶.

Entonces el concepto del debido proceso no se agota en lo estrictamente judicial, si no que se extiende a otras dimensiones, de modo que puede hablarse de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario ante la cámara legislativa, etc. Pues en lo que en esencia asegura el debido proceso es la emisión de una decisión procedimental correcta con respecto de sus etapas y plazos, y sobre todo que se haga justicia¹⁷.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

[...] El debido proceso tiene por función asegurar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos individuales a través de un procedimiento legal en el que se dé oportunidad razonable y suficiente

¹⁵ BUSTAMANTE ALARCÓN Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*, Lima, 2001, pp. 236 ss.; asimismo, revisar el documento de la CAJ elaborado por Luis Huerta con la colaboración de Enrique Aguilar, *El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (análisis del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, en www.cajpe.org.pe.

¹⁶ De conformidad con lo establecido en los Artículos 139°, 149°, 178° y 202° de la Constitución Política del Perú, las autoridades mencionadas ejercen función jurisdiccional.

¹⁷ Cesar landa arroyo "El derecho al debido proceso en la jurisprudencia" Editora Diskcopy S.A.C. edición lima 2012.pág 16

de ser oído, de ejercer el derecho de defensa, de producir prueba y de obtener una sentencia que decida la causa dentro de un plazo preestablecido en la ley procesal [...]”¹⁸

Por lo tanto el debido proceso en palabras por el Tribunal Constitucional:

“[...] Es un derecho fundamental el cual no puede ser entendido desde una perspectiva formal únicamente; es decir, su tutela no puede ser reducida al mero cumplimiento de las garantías procesales formales. Precisamente, esta perspectiva desnaturaliza la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, y los vacía de contenido. Y es que el debido proceso no sólo se manifiesta en una dimensión adjetiva –que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales–, sino también en una dimensión sustantiva –que protege los derechos fundamentales frente a las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular–. En consecuencia, la observancia del derecho fundamental al debido proceso no se satisface únicamente cuando se respetan las garantías procesales, sino también cuando los actos mismos de cualquier autoridad, funcionario o persona no devienen en arbitrarios [...]”¹⁹

¹⁸ Recurso de Casación N° 1772-2010, Sala Civil Transitoria (Lima). Op. Cit

¹⁹ STC N° 1417-2005-AA, FJ. 12.

2.3. El derecho al debido proceso bajo la fuente constitucional

Bajo la constitución de 1993, el debido proceso está proclamado como tal en el inciso 3 de dicho Cuerpo de Leyes, así:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

El inciso bajo análisis es de suma importancia, pues establece las garantías para el Debido Proceso Legal, que en la actualidad no solo es considerado como un derecho constitucional sino como derecho fundamental; vale decir, uno de los derechos humanos exigibles al Estado moderno de derecho²⁰. Los orígenes del debido proceso son recordados por CRroccn, quien escribe que estos (nos revelan que se trata de una fórmula sustancialmente amplia, indeterminada, de buscar la justicia en la tramitación de un concreto proceso²¹.

Su importancia radica en que se asienta en el principio esencial de la tradición anglosajona, conforme al cual “where there is no remedy there is no right”, en el sentido de que el derecho existe en cuanto se lo pone en juicio *persequi* a través del ejercicio de una *form of action*. De allí que para los estadounidenses no puede existir garantía más importante que la de un proceso correcto, porque cualquier derecho atribuido o reconocido en una norma sustantiva, si no es susceptible de *enforcement* jurisdiccional a iniciativa del titular, sería completamente ilusorio. Es por ello que la garantía del debido

²⁰ QUIROGA LEÓN, Aníbal. Op. Cit. 97

²¹ BERNALES BALLASTEROS, Enrique. La Constitución comentada op. Cit. 674

proceso ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí mismo²².

Mediante el debido proceso se garantiza que las reglas de organización judicial, competencia, trámite de los juicios y ejecución de las decisiones de la justicia, Se lleven a cabo respetando las garantías constitucionales y legales vigentes.

Aníbal Quiroga define al Debido Proceso Legal como la institución del Derecho Constitucional Procesal, que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso judicial jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado²³. Estos principios no son otros que los que detalla el segundo párrafo del inc. 3.

Por lo demás, la observancia del debido proceso legal es una garantía reconocida a nivel supranacional. En efecto, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la contemplan de manera explícita.

Por otro lado, la Constitución también se refiere a la jurisdicción predeterminada.

Esto quiere decir que para cada proceso iniciado, no importa el tipo que tenga, existe un procedimiento específico de cuyos parámetros el juzgador está imposibilitado de salirse. En esa medida, el justiciable tendrá la certeza

²² CAROCCA PÉREZ, Alex; Las Garantías Constitucionales del Debido Proceso y de la tutela judicial efectiva en España. En Revista Jurídica del Perú, Año XVI, No 2. Editorial Normas Legales. Lima, abril-junio de 1966, p. 85

²³ QUIROGA LEÓN, Aníbal; Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia. En La Constitución diez años después. Op. cit., pp. 298-299.

de que el proceso seguirá una vía conocida, con jueces que tengan competencia y jurisdicción predeterminadas.

Los Derechos Fundamentales como principio y fin en la defensa de la persona humana deben ser los criterios inspiradores de la interpretación y aplicación jurídica en los Estados Democráticos de Derecho. En la estructura normativa, los Derechos Fundamentales aparecen consagrados en la Constitución cobrando prevalencia sobre los demás derechos adjetivos que complementan la vida en sociedad del hombre.

Así derechos fundamentales como el derecho a la dignidad, a la vida, a la integridad personal, libertad, debido proceso, libertad de pensamiento, participación, intimidad y los derechos económico – sociales son la piedra angular sobre la cual descansa la superestructura jurídica de las democracias. Los derechos fundamentales son la expresión de un ordenamiento libre ya realizado y al mismo tiempo son el presupuesto para que este se reconstruya continuamente a través del ejercicio individual de las libertades por parte de todos

Estos derechos fundamentales tienen un rango que podríamos denominar como bien jurídico constitucional; así, se configuran en el fondo legitimador de los cuerpos legales nacionales y supranacionales, siendo la dignidad humana, más allá de derecho fundamental, su razón de ser, límite y fin.

Dentro de este panorama principista, de los derechos fundamentales, tenemos la presencia gravitante del derecho al debido proceso como parte integrante de los mismos.

Como ya señalamos anteriormente el debido proceso se ha puesto en la evidencia la doble dimensión como principio y derecho, así como su carácter formal y sustantivo, presupuestos que han permitido impulsar los derechos que integran y le dan sentido a dicho principio-derecho. Es decir, toda esta gama

de derechos que en él se encuentran en el son tan significantes e importantes que adquieren la calidad de derechos fundamentales, es decir son derechos cuyo sustento es constitucional, y como tal no pueden ser pasibles de desconocimiento o limitación por ningún poder.

2.4. El debido proceso sustantivo.

El debido proceso sustantivo exige, por su parte, que los actos tanto del legislador, del juez y de la administración sean razonables y respetuosos de los derechos fundamentales, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez. En el proceso judicial, esta labor se posibilita a través del control difuso que realiza el juez, lo que implica que el juzgador puede declarar ineficaz la ley e inaplicara para un caso concreto.

Por ello nos encontraremos con la dimensión sustancial del debido proceso. En este sentido, nuestra jurisprudencia constitucional afirmado que ella se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad de los actos del poder, los que determinan la prohibición de cualquier decisión arbitraria, sin importar si esta fue emitida dentro o fuera de un proceso o procedimiento, en resumido el debido proceso sustancial tiene por fin asegurar la razonabilidad de lo decidido en un proceso.

En esta línea Reynaldo Bustamante Alarcón sostiene que: “La dimensión material del debido proceso exige que todos los actos del poder sean normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales, inclusive sean justos, es decir que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes

jurídicos constitucionales protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con invalidez”²⁴.

En este aspecto, el debido proceso no se inserta en un constructo procedimental, sino que implica la compatibilidad de los pronunciamientos jurisprudenciales con los estándares de justicia o razonabilidad.

Se trata de un auténtico juicio o valoración aplicado directamente sobre la misma decisión o pronunciamiento con el que se pone termino a un proceso, incidiendo en el fondo de las cosas

Esto nos demuestra que el debido proceso no solo opera como un instrumento, si no que fundamental mente es una finalidad. En observancia a esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 8 consagra los lineamientos generales del debido proceso legal, donde se aplique certeramente los derechos sustantivos y adjetivos.

2.5. El debido proceso adjetivo o formal

El debido proceso como un conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Es el derecho que tiene toda persona a que se ventile y se resuelva su causa con justicia respetando las necesarias garantías legales.

Debido proceso adjetivo o formal alude entonces a toda aquella estructura de principios y derechos que corresponden a las partes durante la secuela de un proceso determinado

²⁴ BUSTAMANTE ALARCON Reynaldo, Estado de Derecho, Constitución y debido proceso. Algunos comentarios a propósito de la reforma de constitucional, difundido como justicia viva mail N° 14, el 15 de febrero del 2003

Entiéndase que el debido proceso formal es muy utilizado a nivel de las decisiones, deben aplicarse en todos los órganos estatales o privados (corporaciones de particulares) que ejerzan funciones materialmente jurisdiccionales.

La protección – garantía que brinda este aspecto de debido proceso se manifiesta en el íter procesal, es decir cuando interactúan los actores del proceso. La hetero-composición representa el ultimo estado en los sistemas de resolución de conflictos, el sometimiento de las partes al juez, quien representa al Estado representa el reconocimiento del poder- deber que tiene este para con ellos, así el debido proceso es el eje sobre el cual gira la hetero-composición.

2.6. El derecho humano como debido proceso

El presente punto se desarrolla a partir del estudio presentado por el profesor de la Universidad de Piura Luis Castillo Córdova, que refiere que la persona es el inicio y fin del Derecho. Particularmente, los derechos humanos pueden ser definidos como el conjunto de bienes debidos a la persona por ser tal, y cuya adquisición o goce supone la adquisición de grados de realización o perfeccionamiento, tanto individual como colectivo. Los bienes humanos se formulan en función de necesidades humanas que brotan de la esencia de la persona y, en ese sentido, son necesidades esenciales. Esto permite afirmar que la naturaleza o esencia humana permite concluir los bienes humanos y, consecuentemente, los derechos humanos. En este sentido, la persona es fuente de juridicidad²⁵.

A su vez, la persona es un absoluto que reclama lograr su máxima realización posible. Este es su valor: fin absoluto a cuyo servicio se encuentra

²⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Constitución Comentada, Gaceta Jurídica, Tomo III, Lima Perú, p.p. 634 y ss.

el resto de realidades, señaladamente el Estado y el Derecho mismo. Este, y particularmente el Derecho de los derechos humanos son un medio de realización de la persona, a través del favorecimiento de la satisfacción de sus necesidades esenciales y la consecuente adquisición de grados de realización. En este sentido la persona, más precisamente su dignidad, es la fuente de la obligatoriedad de los Derechos humanos.

Los Derechos humanos, pues, se definen a partir de la triada necesidad humana-bien humano-derecho humano; y se han de cumplir por el valor de fin absoluto que tienen las personas²⁶. Es innegable la existencia de una necesidad humana esencial que aparece en el marco de la convivencia social. Me refiero a la necesidad de que los conflictos o controversias que puedan aparecer en el entramado social, sean resueltos de la manera que más favorezca la plena realización del fin absoluto que es la persona.

Los conflictos de intereses o pretensiones entre las personas es un hecho natural. Estas confrontaciones necesitan ser resueltas, precisamente para favorecer la convivencia social que es un elemento constitutivo de la naturaleza humana. El favorecimiento de esta convivencia no se obtiene a partir de cualquier tipo de solución de las controversias, sino solo a partir de una que pueda ser calificada como la debida y por ello como la justa. Y será una tal aquella que dé y respete a la persona su consideración de fin en sí misma, es decir, su consideración de ser digno. La solución injusta no favorece la convivencia humana, y es en sí misma indigna en la medida que la persona deja de ser la consideración última del procesamiento para pasar a serlo un interés distinto (de naturaleza económica, política, social, etc.). Esta es, pues,

²⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "La interpretación ius fundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho". En: Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales. SOSA SACIO, Juan Manuel (coordinador), Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 31 y ss.

una exigencia que brota directa y fuertemente de la naturaleza humana y que, por esa razón, puede ser tenida como necesidad humana esencial²⁷.

Corresponde ahora preguntarse por aquello que perfecciona al ser humano a través de la satisfacción de una necesidad humana esencial: el bien humano (esencial). Una solución justa que supere definitivamente las naturales controversias humanas, solo es posible obtener a través de la concurrencia de tres elementos. El primero es que la solución provenga no desde la fuerza sino desde la razón. Siendo posible que desde la fuerza puedan provenir decisiones justas, lo cierto es que ni lo asegura ni lo promueve. Por el contrario, la razón apela, por un lado a la racionalidad de las partes en conflicto y del órgano que ha de resolverlo y, por otro, apela a la objetividad propia de quien valorando razones, se decanta por aquella que presenta mayor intensidad argumentativa. El proceso no debe ser concebido más como la pugna enfrentada y combativa de las dos partes del conflicto, sino más bien como el diálogo racional entre las partes del conflicto, que colaboran discursivamente en la construcción de una decisión justa.

El segundo elemento es que ese proceso de diálogo racional tendrá una real posibilidad de construir una decisión justa, si se somete a una serie de exigencias formales y materiales que promuevan su consecución. Las primeras apuntan a controlar que el desenvolvimiento procedimental de cada una de las etapas, permita poner tanto a las partes en conflicto (para que muestren sus pretensiones, prueben sus alegaciones, etc.), como al órgano decisor mismo (que tenga competencia atribuida institucionalmente, que haya sido predeterminado institucionalmente, que sea imparcial, etc.), en condiciones reales de acceder a la verdad fáctica y a la justicia decisoria. Las segundas, por su parte, se dirigen a controlar que efectivamente el contenido de la decisión a la que se arribe como resolución del conflicto se ajuste a las

²⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Ob.cit. 635

exigencias de razonabilidad y proporcionalidad propia de toda decisión que pretende ser justa²⁸.

Mientras que el tercer elemento tiene que ver con la superación efectiva del conflicto, es decir, con la efectiva superación de la necesidad humana (esencial). Esta superación no se logra con la sola formulación de una decisión justa, sino que reclama su aplicación plena y oportuna, de manera que se retome una convivencia social pacífica que es el marco en el que la persona ha de encontrar su máxima realización posible. Se trata con este elemento de dotar de eficacia al procesamiento debido, a la decisión justa y a la consecución de paz social.

Frente a un natural conflicto surgido en el seno de la convivencia social, lo debido a la persona es la superación plena y oportuna del mismo a través del logro de un bien humano que tiene este triple contenido. Este bien humano, por esta razón, bien puede denominarse como proceso debido. Si las controversias no son resueltas con base en un proceso debido, es decir, al margen o en contra de las exigencias de este bien humano, entonces, se está tratando indignamente a la persona. Así, el proceso y consiguiente decisión serán indignas. Se trata, pues, de una exigencia de justicia que brota de la naturaleza misma de la persona, y que por esa razón bien puede ser tenida como exigencia natural o humana de justicia. Si el derecho tiene que ver con lo debido y, por lo tanto, con lo justo, en este punto existe ya un derecho natural o humano: el derecho al proceso debido. Así queda cumplida la trilogía mencionada anteriormente: necesidad humana-bien humano-derecho humano²⁹.

Este derecho natural o derecho humano existe y ha de ser exigible al margen de su positivización. La positivización puede ser a nivel internacional o nacional. En uno u otro caso, el legislador positivizador no crea la exigencia

²⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis; Ob. Cit. 636

²⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, Ob. Cit. 636

de justicia y, por lo tanto, no crea el derecho al proceso debido. Simplemente se limita a reconocerlo para asegurar más y mejor su plena satisfacción, ya sea en el ámbito internacional como en el nacional. Debido a esto, si una disposición convencional o constitucional a través de la cual se reconoce el derecho humano al debido proceso, se formula en términos contrarios al contenido esencial de este, sencillamente será una disposición jurídicamente inválida por injusta. Interesa examinar la positivización del derecho humano al debido proceso en las disposiciones constitucionales de la Ley fundamental peruana para determinar su significado y consiguiente validez jurídica. Por lo que corresponde examinar la regulación del derecho fundamental al debido proceso en la Constitución peruana³⁰.

2.7. Una cuestión terminológica: la idoneidad de la expresión “debido proceso”

Un primer problema que se plantea en la positivización del derecho humano al debido proceso tiene que ver con su denominación. En el artículo 139.3 de la Constitución se ha establecido como un derecho relacionado con el ejercicio de la función jurisdiccional, “la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”. Corresponde desentrañar el significado nominal del derecho.

Sobre la tutela jurisdiccional ha dicho el Tribunal Constitucional que “supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia”; mientras que sobre el debido proceso ha manifestado que “significa la observancia de los principios y reglas esenciales les exigió dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos”®. De estas declaraciones del Supremo intérprete de la Constitución es posible concluir que la tutela jurisdiccional y el debido proceso

³⁰ CASTILLO CÓDOVA, Luis Ob.Cit. 636

como derechos fundamentales se configurarían en etapas distintas del procesamiento³¹.

La primera estaría destinada a asegurar el inicio y el fin del procesamiento, a través del acceso a la justicia y la ejecución de la decisión; mientras que el segundo estaría llamado a proteger el desarrollo del procesamiento mismo. Así, la posibilidad de acceder a un órgano que administre justicia de modo institucionalizado, sería manifestación de la tutela jurisdiccional y no el debido proceso; mientras que toda la secuencia de etapas procesales a partir de que se ha accedido al órgano que administra justicia y hasta la dación de la sentencia en instancia final, sería manifestación del debido proceso y no de la tutela jurisdiccional; y, finalmente, la ejecución de la sentencia firme vendría a ser solo manifestación de la tutela jurisdiccional.

Definir la corrección en este asunto terminológico exige necesariamente tomar en consideración la justificación del derecho humano al debido proceso desde la necesidad humana (esencial) y el bien humano (esencial) que le dan origen y sentido. Desde esta consideración, la constitucional fórmula lingüística que recoge por separado la expresión “debido proceso” y la expresión “tutela jurisdiccional”, debería ser entendida como alusiva a una misma realidad: el derecho humano al debido proceso. Con base en el bien humano que anima al derecho humano mencionado, debe entenderse la expresión “debido proceso” como comprehensiva no solo del procesamiento en sí mismo, sino también del derecho de acceso a la justicia (que posibilita el procesamiento), y del derecho a ejecutar las resoluciones judiciales (que es el fin del procesamiento). Si, como se ha justificado, de lo que se trata es de superar de modo efectivo las naturales controversias o conflictos que ocurren en la convivencia social, y tal superación solo es posible a través de una solución justa como consecuencia de procesamiento debido; entonces, no es posible entender el bien humano carente, primero, de la facultad de acceder y

³¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Ob. Cit. p.p. 637

activar ese instrumento de diálogo racional que significa el procesamiento debido, ni, segundo, de la facultad de ejecutar la decisión justa, porque no es su mera formulación sino su ejecución efectiva y oportuna la que supera el conflicto.

De igual forma, y siempre con base en el significado del bien humano referido, la expresión “tutela jurisdiccional” no puede ser entendida como excluyente del procesamiento mismo, porque sin este ni tendría sentido acceder al órgano que administra justicia, ni sería posible arribar a la solución justa que es precisamente la que habría que ejecutar para superar satisfacer la necesidad humana esencial. De manera que al reconocimiento del acceso a la justicia y de la ejecución de la solución justa decidida, se ha de añadir como integrantes de la tutela jurisdiccional, el conjunto de garantías formales y materiales necesarias para hacer posible en la mayor medida de lo posible el arribo a una decisión justa.

De esta manera, cuando el Constituyente hace referencia como derecho relacionado a la función jurisdiccional, tanto al debido proceso como a la tutela jurisdiccional efectiva, está haciendo referencia al mismo bien humano descrito anteriormente; pero lo hace desde ópticas distintas. Con la expresión “debido proceso” alude a la dimensión dinámica y subjetiva del bien humano, es decir, al conjunto de fases procesales que hay que seguir desde el acceso a la justicia hasta la ejecución eficaz y oportuna de la decisión justa; mientras que con la expresión “tutela jurisdiccional” alude a la dimensión estática y objetiva del bien humano, es decir, a la situación de hecho conseguida por la desaparición plena de la controversia. Por eso es que se acierta cuando se afirma que “entre el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando se estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia solo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina,

respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación”³².

Si con una u otra expresión se está haciendo referencia a una misma realidad, entonces, está permitido emplear una u otra de modo indistinto a la hora de hacer referencia al bien humano que subyace y da sentido a este derecho fundamental constitucionalizado tanto en su dimensión dinámica como en la estática, en el artículo 139.3 de la Constitución. En lo que sigue se utilizará la expresión debido proceso porque es el nombre que mejor encaja con el bien humano que representa este derecho humano constitucionalizado.

2.8. La formulación general del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al debido proceso

Constitucionalmente protegido del derecho fundamental al debido proceso³³. Como no podía ser de otra forma, a ello ayudará de modo relevante tomar en consideración el bien humano que le justifica. Como se recordará, el bien humano proceso debido tiene tres elementos. Uno es que la natural controversia se resuelva no desde la fuerza sino a través de la razón ínsita en el Derecho. Este elemento del bien humano conforma parte del contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso: el derecho de acceso a alguna de las modalidades de justicia institucionalizada previstas en el ordenamiento jurídico.

Siendo esta la formulación general del contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso, es posible comprobar que el Constituyente no solo ha constitucionalizado el marco genérico de este derecho en el artículo 139.3 de la Constitución Peruana, sino que también ha constitucionalizado expresamente concreciones del mismo a modo de garantías destinadas a

³² MONROY GÁLVEZ, Juan. Teoría general del proceso. Palestra, Lima, 2007, pp. 459 y 460.

³³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Ob. Cit. p.p. 639

asegurar en la mayor medida de lo posible que las controversias que surjan de la convivencia social, se resuelvan justamente. Lo ha hecho en el mismo artículo 139 destinado a recoger los principios y derechos de la función jurisdiccional.

Así, se ha constitucionalizado la garantía de la exclusividad jurisdiccional que recae en los jueces del Poder Judicial, salvo la jurisdicción militar y arbitral (art. 139.1 de la CP); la garantía de ser juzgado por un juez independiente (art. 139.2 de la CP); la garantía de la cosa juzgada (art. 139.2 de la CP); la garantía de ser juzgado en la jurisdicción y según el procedimiento previamente establecido en la Ley (art. 139.3 de la CP); la garantía de la publicidad en los procesos (art. 139.4 de la CP); la garantía de motivación escrita de las resoluciones judiciales (art. 139.5 de la CP); garantía de la pluralidad de instancias (art. 139.6 de la CP); la garantía de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (art. 139.8 de la CP); la garantía de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos (art. 139.9 de la CP); la garantía de no ser penado sin proceso judicial previo (art. 139.10 de la CP); la garantía de la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto temporal de leyes penales (art. 139.11 de la CP); la garantía de no ser condenado en ausencia (art. 139.12 de la CP); la garantía de defensa en todo proceso (art. 139.14 de la CP); la garantía de la gratuidad de la administración de justicia (art. 139.16 de la CP); la garantía de defensa gratuita para persona de escasos recursos y para las que ley señale (art. 139.16 de la CP); la garantía de la colaboración del Ejecutivo cuando sea necesario para la consecución de la finalidad procesal (art. 139.18 de la CP); la garantía de que no puede ejercer función judicial aquel que no ha sido nombrado por la forma prevista en la Constitución y la Ley (art. 139.19 de la CP); el derecho de los reclusos a contar con establecimientos adecuados (art. 139.21 de la de la CP); y el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (art. 139.22 de la CP). Todas estas

concreciones formuladas por el Constituyente peruano se ajustan al contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso constitucionalizado a través de la fórmula genérica con máximo grado de indeterminación normativa del artículo 139.3 de la Constitución Peruana.

Ocurre, sin embargo, que no todos los principios recogidos en el artículo 139 Constitución Peruana son concreción del contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso. No lo es el derecho a la indemnización por errores judiciales (art. 139.7 de la CP), el cual carece de una directa relación con el bien humano proceso debido, en tanto que no atañe directamente a la satisfacción de la necesidad humana de resolver los conflictos de intereses no a través de la fuerza, sino a través de un procedimiento gobernado por la razón tanto en su inicio, desenvolvimiento como en su culminación. Esta sería una disposición formalmente constitucional y materialmente infraconstitucional³⁴.

Tampoco son concreciones del contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso, la participación popular en el nombramiento de jueces (art. 139.17 de la CP), y el principio de formular análisis de resoluciones judiciales (art. 139.20 de la CP). Estos dos son casos de concreciones ius fundamentales del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos (art. 2.17 de la CP), y del derecho a la libertad de expresión (art. 2.4 de la CP), respectivamente. Por lo que estas disposiciones, siendo constitucionales tanto desde una perspectiva formal como material, han de ser atribuidas al contenido esencial de derechos fundamentales distintos al debido proceso³⁵.

³⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Ob. Cit. p.p. 640

³⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Ob. Cit. p.p. 640

CAPÍTULO III

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

3.1. Antecedentes del estudio

De la revisión de la bibliografía a la que tenemos acceso a través de diversos medios, hemos considerado como antecedentes de estudio los siguientes:

La combinación de aquellos factores que están asociados a la inexistencia de un nosotros/ nosotras –como la fragilidad ciudadana, la falta de legitimidad del Estado, una lógica familista en pugna con una lógica de derechos, la persistencia de distintas formas de discriminación que se entrecruzan para excluir a amplios sectores de la población, el neo-individualismo y la pérdida de interés en la política y en los procesos de transformación social, entre otros– con las características propias de un problema que todavía es mayoritariamente percibido como un asunto que concierne al mundo de lo privado, al ámbito de lo individual y al que no se le otorga suficiente importancia, forman parte de los términos del problema a afrontar y anuncian su complejidad considerando el tipo, magnitud y alcance de las barreras a superar.

Ello, junto con un insuficiente e inadecuado enfoque del problema – básicamente centrado en atender los efectos de la violencia y no en atacar sus causas– explicaría, en principio, el limitado alcance de los avances realizados. En otras palabras, a pesar de los esfuerzos desarrollados, todavía no ha sido posible persuadir a la población ni a las autoridades sobre la necesidad e importancia de modificar las raíces que sustentan la violencia que se dirige hacia las mujeres. Hoy en día, y a pesar de los cambios producidos en nombre de la igualdad –como derecho de todos y todas– y de la globalización, se puede seguir observando la reproducción en “clave moderna” de estereotipos de género que, bajo el manto de la diferencia sexual, esconden asimetrías de poder y mantienen ciertos privilegios para los hombres. Esta es una de las razones que podría explicar por qué la atención de la ciudadanía

continúa estando, en el mejor de los casos, concentrada en la condena de la violencia hacia las mujeres.

El análisis realizado en el presente texto da cuenta de aquellas ausencias que, a manera de puntos ciegos, impiden contar con información clave que sirva de sustento al diseño de estrategias, no solo para contribuir a una participación ciudadana eficaz que rompa con la indiferencia sino también para poder enfrentar el problema de la violencia afectando de manera decidida las causas que lo originan y lo sostienen. Uno de los puntos principales es el que se refiere a lo que podemos llamar “la igualdad realmente existente” entre hombres y mujeres en el país³⁶.

Asimismo, deviene en interesante la siguiente conclusión en la que se califica a la mujer como la principal figura de la violencia de la mujer:

El previo contexto de discriminación es una forma de violencia, tal como se establece en la Recomendación N° 19 del Comité de la CEDAW, ya que inhibe la capacidad de las mujeres para gozar de sus derechos y libertades en igualdad de condiciones que el hombre. Asimismo, la Convención de Belem do Pará divide la violencia contra la mujer en tres planos: la violencia que se da dentro del ámbito familiar, la que tiene lugar en la comunidad y la que es realizada o tolerada por el Estado. De igual manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que: “Para identificar un trato discriminatorio, es necesario comprobar una diferencia en el trato entre personas que se encuentran en situaciones suficientemente análogas o comparables”.

En tal sentido, los patrones de comportamiento que se encuentran en el asesinato común responden a un clima de anomia social

³⁶ VÁSQUEZ SOTELO, Roxana. La violencia contra las mujeres en el Perú. Cooperación alemana, publicado por GIZ, Lima Perú, agosto de 2015. p.p. 30 s.s.

generalizado; pero no puede decirse lo mismo de los casos de feminicidios, cuyo móviles y características responden a un clima de diferenciación. En estos casos hubo una previa tensión en la negociación de decisiones, violencia sexual, un pasado previo de violencia doméstica o de parte de la pareja; así como un ensañamiento con la víctima, una muerte en la cual se deja ver la necesidad de dominio masculino. Siendo el Estado Peruano parte la Organización de Estados Americanos (OEA), y habiendo ratificado la Carta de la OEA; las deficiencias de atención del Estado en estos casos subvierten lo establecido en los siguientes puntos:

a. Carta de la OEA, artículo 3, inciso (J) donde “La justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera”.

b. Carta de la OEA, artículo 3, inciso (I) donde “Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”.

c. Carta de la OEA el artículo 45, inciso (a) donde “Todos los seres humanos; sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica”.

En este sentido, el feminicidio puede desarrollarse en los tres ámbitos; tanto dentro del ámbito familiar, como en el de la comunidad como en el perpetrado por el Estado o tolerado mediante la poca atención a políticas que erradiquen la discriminación contra la mujer y los obstáculos que permanecen en las legislaciones nacionales (atenuante de homicidio: crimen por emoción violenta) que dificultan la debida

diligencia del Estado y mantiene estereotipos que tienden a devaluar los comportamientos femeninos³⁷.

Un trabajo mucho más completo es que hace alusión a la necesidad de que el Estado se involucre en los casos de violencia contra la mujer, así tenemos:

En el Perú, la violencia contra la mujer ha disminuido en forma constante en los últimos diez años. Pero su ritmo ha sido bastante lento. En el 2008, el 77.8% de mujeres fue víctima de alguna forma de violencia. Posteriormente, en el año 2014 fue de 72.4%. En ese periodo, la reducción anual promedio fue de 1%. 5.2. La violencia psicológica, física y sexual contra la mujer han presentado el mismo patrón de reducción lenta. Lo particular es que la caída ha sido más importante en las formas más graves de violencia.

El Perú se ubica como uno de los países con mayores índices de violencia contra la mujer en América Latina. Paradójicamente, tenemos índices bastante bajos de justificación de la violencia contra la mujer. En el 2014, el 4.51% de mujeres justificó la violencia de la que son víctimas las mujeres en alguna de las siguientes razones: salir de casa sin decirle nada a la pareja, descuidar a los niños, discutir con la pareja, negarse a tener relaciones sexuales y quemar la comida. En países donde la violencia física contra la mujer es menos frecuente, como Haití y Ecuador (13.4% y 31%, respectivamente), registran porcentajes de justificación de la violencia mucho más altos (29% y 38%, respectivamente).

El impacto o los costos que la violencia generan en la mujer, dañan varios aspectos relacionados a su salud y salud mental, pero también se

³⁷ GRUPO FLORA TRSITÁN, La violencia contra la mujer. Cfr. <http://www.flora.org.pe/pdfs/Feminicidio.pdf>

extienden a campos menos pensados como la nutrición y el castigo a los hijos. Para evaluar el costo de la violencia contra la mujer se empleó una técnica de evaluación de impacto llamada emparejamiento estadístico (propensity score matching). Básicamente, permite responder la pregunta “¿cuál sería el estado de las variables resultado (salud, salud mental, nutrición, etc.) de una mujer víctima de violencia si no la hubiera sufrido?”. Este ejercicio implica evaluar una realidad que no existe, llamada contrafactual. Así, la evaluación del impacto está basada en la construcción de grupos de tratamiento (mujeres con alta probabilidad de sufrir violencia) y control (mujeres con baja probabilidad de sufrir violencia), y el contraste de las variables resultado en cada grupo. Es una metodología bastante apropiada y empleada para medir el costo de la violencia a nivel internacional.

El impacto sobre la salud mental no es novedoso, pero nunca ha sido cuantificado. El costo equivale a un aumento del 13% de la falta de deseabilidad social de la mujer y de 31% de la depresión reciente (en los últimos 14 días). Sin embargo, no hay impacto en la depresión a corto plazo (últimos 12 meses) sobre el grupo de tratamiento. Pero aún más importante es que el impacto sobre la depresión (medido como interacciones con terceros) es más amplio que el de la deseabilidad social (medido como la imagen de sí misma), lo que sugiere que el costo de la violencia contra la mujer daña sus redes (familiares, amicales, laborales, con otros) y se convierte en el mecanismo de distanciamiento, aislamiento y pérdida de oportunidades.³⁸

³⁸ MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES, Impacto de consecuencias de la violencia contra las mujeres, Lima – Perú, noviembre de 2017, p.p. 67.

3.2. El interés superior del niño

Con la aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX.

El análisis histórico-jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y, el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos. La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños³⁹.

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son

³⁹ NAVAL RIAL, Claudio Roberto. "Los Menores y el derecho penal en la República Argentina. En Anuario de Justicia de Menores, N° II, 2002, Editorial Astigi, S.L. Sevilla- España, pp 120-121

complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (véase el art. 41 de la Convención). Los niños gozan de una supra protección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

En este sentido, cualquier pretensión de autonomía del derecho de infancia que no respete estos fundamentos, como la que se sostuvo hasta hace un tiempo por algunos autores que propiciaban un derecho de menores autónomo, es contraria a la concepción de los derechos del niño que emana de la doctrina universal de los derechos humanos.

La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de "interés superior del niño".

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio "rector-guía" de ella. De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción,

pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el "interés superior del niño" deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención.

3.3. Breve notas históricas sobre el interés superior del Niño:

Se debe entender el principio de interés superior de los niños y niñas como el eje fundamental en cada uno de los procesos donde interviene un niño, una niña o un sujeto adolescente, toda vez que este principio forma parte del sistema de protección de los derechos de la niñez, el cual goza de reconocimiento universal desde la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924, hasta la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989⁴⁰.

Esta última Convención se caracteriza por ser el Tratado Internacional que más estados han ratificado, dentro del contexto de las Naciones Unidas, con lo que se demuestra el amplio grado de reconocimiento y aceptación de las normas de Derechos Humanos a favor de los niños, niñas y adolescentes. Antes de la Convención, los niños y niñas fueron prácticamente personas ignoradas, protegiendo el sistema jurídico, en muchas ocasiones, únicamente a sus padres y madres. Los derechos de los niños y niñas se ventilaban en asuntos privados, puesto que no se consideraban relevantemente públicos.

Este principio tiene su origen en los sistemas anglosajones en donde se consideró que con el interés superior del Niño En la Convención de Ginebra de 1924, se consagran por vez primera, en el ámbito internacional, los derechos de los niños y niñas, estableciéndose la obligación de darles lo mejor

⁴⁰ LÓPEZ CONTRERAS, Eulalio. Interés Superior del Niño y de las niñas: Definición y contenido. Cfr. <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>

con la frase “primero los niños”; posteriormente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se determina implícitamente los derechos de los niños como fuente de todos los derechos de la humanidad.

Más adelante, en el año 1959 se aprobó, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración de los Derechos de los niños y niñas, en donde se disponía que el interés superior es el principio rector para orientar a los padres, madres, tutoras, tutores o responsables, sobre en relación con todo aquello que le sea más favorable al niño o niña, quien tiene el pleno derecho de gozar de una protección especial, con la finalidad de desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad, estableciendo la obligación de promulgar leyes por lo que empezó la evolución del mismo hasta nuestros días.⁴¹

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

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.

Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños⁴².

⁴¹ La Declaración de los Derechos del Niño cuenta con diez principios,

⁴² Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión

La Convención sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de "interés superior del niño".

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

Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico.

Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en "el interés superior" se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición

Por ello, urge desarrollar una interpretación que supere estas objeciones, favoreciendo una concepción jurídica precisa del “interés superior del niño” que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.

La Convención ha elevado el “interés superior del niño” al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio "rector-guía" de ella. De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el "interés superior del niño" deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la propia Convención. 73

Se parte de considerar que el “interés superior del niño” es una alocución que ha entrado en la historia jurídica de la humanidad de manera muy reciente, primero bajo la noción de "bien del niño", después en su forma actual como principio general por la consagración que le ha dado la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3. Es por tanto, un concepto jurídico muy moderno, que apenas ha sido objeto de estudios de manera global, ya que el contenido permanece bastante impreciso y las funciones son múltiples. Es en consecuencia más examinado respecto a un punto preciso o aplicado en la jurisprudencia, que verdaderamente explicado de manera sistemática.

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

Como queda expuesto, el apogeo de este interés por el niño desemboca en la novedosa posición, consagrada por la Convención sobre los Derechos del Niño, que ubica al niño en la situación de un objeto de protección al mismo tiempo que de un sujeto de derecho. Es esta situación de sujeto de derecho la que va a obligar a una modificación importante en las mentalidades, en las leyes nacionales y en los instrumentos internacionales. Es este nuevo estatuto, que opera una verdadera revolución en la manera de considerar al niño, el que justifica la introducción de un nuevo concepto jurídico: "el interés del niño". Se ha pasado del interés por el niño a la necesidad de inventar un instrumento de medida que se llama el “interés superior del niño”. 77

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

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

Posteriormente, y a los efectos de lograr que se aprobara dicha Convención, la Misión Permanente de la República Popular Polaca ante la oficina de las Naciones Unidas, con sede en Ginebra, envió, el 5 de octubre de 1979, a la división de Derechos Humanos, un nuevo proyecto de Convención para que fuera distribuido entre todos los Gobiernos. 81

3.6. El interés superior del niño en la dogmática jurídica.

El esfuerzo realizado en el apartado anterior, permitió encontrar una definición¹⁰⁷ del interés superior del niño a partir del texto y el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, sigue vigente la pregunta ¿qué es, ciertamente, el “interés superior del niño”?; ¿en qué consiste y con arreglo a qué criterios puede o debe determinarse? Ello es así, por cuanto -como ya se ha expuesto- el “interés superior del niño” constituye un concepto jurídico indeterminado. En efecto, en el artículo 3, primer párrafo, de la Convención, el “interés superior del niño” aparece tipificado, expresado legalmente como concepto jurídico indeterminado, por medio de una cláusula general con la que se lo establece como principio y también como mandato o expresión concreta para supuestos de hecho específicos. Siendo así, primero se impone la necesidad de revisar brevemente la idea de “interés” en el plano jurídico; para regresar, luego, a determinar las ventajas e inconvenientes de tratar con un concepto jurídico indeterminado. 91

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

El término (jurídico) y el concepto de interés son muy usados y conocidos, pero pocas veces se ha tratado de definirlo o concretarlo conceptual o normativamente. El “interés”, como categoría jurídica, es uno de los conceptos fundamentales en la consideración instrumental del Derecho, como medio para la satisfacción de los fines esenciales de la persona. “El interés designa el sentimiento que se tiene de las condiciones de vida. Si me intereso por una persona, por un objeto, por una situación, es porque yo siento que dependo de ella, desde el punto de vista de mi existencia o mi bienestar, de mi

satisfacción o de mi felicidad. Los intereses son, pues, las condiciones de vida en sentido lato”⁴³ .

El interés comprende, así, tanto a los bienes materiales, patrimoniales, como a los espirituales o ideales, todos aquellos a los que la persona considera (subjetivamente) valiosos; y afecta a la persona como una especie de “energía” en sus aspiraciones humanas, del tipo que fueren, materiales o ideales (éticas, religiosas, etc.); afecta también a todos los sectores vitales, en todos los ámbitos individuales y sociales de la persona. Coincidentemente, el Tribunal Constitucional ha precisado que “el interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil”⁴⁴.

Lo que se deja expresado es una idea general del interés de cualquier persona y, como tal, vale también para la persona del niño, con la sola observación de que en el menor, “por razón de sus pocos años y estructura de su personalidad en desarrollo, tienen particular importancia los bienes y valores no racionales (afectos, aspiraciones, impulsos inconscientes) por cuanto conforman destacadamente su vida y llenan en mayor proporción sus necesidades, al tiempo que constituyen los resortes más fuertes de su comportamiento (activo y pasivo) a esa edad 93

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

Como se ha señalado, el Comité de los Derechos del Niño ha propuesto los criterios que permitan juzgar en qué consiste, en general o

⁴³ IHERING, Rudolph von. Del interés en los contratos. (Trad. esp. De Adolfo Posada). Buenos Aires, 1947. Página 77.

⁴⁴ Caso Juan Carlos Callegari Herazo. STC 090-2004-AA/TC, del 5 de julio de 2004. Fundamento jurídico 11

en casos particulares, este interés, a partir de los valores y los principios generales de la Convención que deben aplicarse en cualquier circunstancia. Así, en la Observación General N° 14 (2013) sobre “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)” ha precisado que el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño; y es que “la plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana”⁴⁵.

El Comité resalta la triple acepción del interés superior del niño: a) Como derecho sustantivo: se trata “del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general”; b) Como principio jurídico interpretativo fundamental: “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”; y, c) Como norma de procedimiento: “siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados” ⁴⁶.

⁴⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Párrafo 5.

⁴⁶ Op. Cit. párrafo 6

De acuerdo con ello, ha subrayado que la determinación del interés superior corresponde al espíritu de la Convención en su totalidad y, en concreto, al énfasis que ésta pone en el niño como individuo, con sus opiniones y sentimientos propios, y como persona con plenos derechos civiles y políticos, a la vez que como beneficiario de protecciones especiales. Asimismo, destaca que el interés superior del niño no siempre será el factor único y decisivo a considerar; puede que haya conflicto entre los intereses de diferentes niños o grupos de niños, o entre los intereses de los niños y los de los adultos. No obstante, el interés del niño será, en todo caso, objeto de consideración. Es necesario, por tanto, demostrar que se han investigado los derechos del niño y que se le ha dado consideración primordial. Sólo así, se adoptará el interés superior del niño como principio rector en la aplicación de la Convención; esto es, valorando las repercusiones sobre los niños de las medidas adoptadas. En ese sentido, el Comité precisa que para “dar pleno efecto al interés superior del niño, deben tenerse en cuenta los parámetros siguientes: a) El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño; b) El conocimiento de los niños como titulares de derechos; c) La naturaleza y el alcance globales de la Convención; d) La obligación de los Estados partes de respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención; e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo”⁴⁷.

En cuanto al concepto de interés superior del niño, se explica que es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso; reconociéndolo, a su vez, como flexible y adaptable. Por ello, debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las

⁴⁷ 7 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Párrafo 16

necesidades personales. “La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil” ⁴⁸.

En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general.

En relación a los otros principios generales de la Convención, el Comité precisa que el interés superior del niño exige, respecto del derecho a la no discriminación, que “los Estados que se adelanten a tomar medidas apropiadas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos enunciados en la Convención⁴⁹”, mediante la adopción de medidas positivas encaminadas a corregir una situación de desigualdad real. Con relación al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, indica que “los Estados deben crear un entorno que respete la dignidad humana y asegure el desarrollo holístico de todos los niños”⁵⁰. 101

En lo que se refiere al derecho a ser escuchado, explica que la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. “Ambos derechos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología

⁴⁸ Op. Cit. párrafo 34

⁴⁹ Op. Cit. Párrafo 41

⁵⁰ Op. Cit. Párrafo 42

para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior”⁵¹. Por eso, cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, debe tenerse en cuenta la evolución de las facultades del niño; esto es, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior.

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

1. La opinión del niño: Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior.

2. La identidad del niño: Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. “La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad”. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades.

3. La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones: El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención. Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño. “Dada la gravedad de los

⁵¹ Op. Cit. Párrafo 43

efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso.

Así, antes de recurrir a la separación, se debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño. Los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres. Del mismo modo, los niños no se separarán de sus padres en razón de una discapacidad del menor o de sus padres”.

La separación ha de barajarse solo en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del niño o un riesgo para la seguridad del niño. Cuando se separa a un niño de su familia, en las decisiones que se adopten acerca de la periodicidad y la duración de las visitas y otras formas de contacto deben tenerse en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad de conservarlas. El Comité considera que “las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular”. Por eso, “es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos”. La conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio. Esas relaciones abarcan a la familia ampliada, como los abuelos, los tíos y tías, los amigos, la escuela y el entorno en general, y son particularmente importantes cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes. 103

4. Cuidado, protección y seguridad del niño: Al evaluar y determinar el interés superior de un niño o de los niños en general, debe tenerse en cuenta la obligación de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. “El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad”. Aplicar el enfoque del interés superior del niño en el proceso de toma de decisiones entraña evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento; sin embargo, el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño.

5. Situación de vulnerabilidad: Las situaciones de vulnerabilidad del niño están referidas a tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, etc. “El objetivo de la determinación del interés superior de un niño o de los niños en situación de vulnerabilidad no debe referirse solo al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la Convención, sino también en otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas, como los contemplados en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otros instrumentos”.

6. El derecho del niño a la salud: El derecho del niño a la salud y su estado de salud son fundamentales para evaluar el interés superior del niño. Sin embargo, “si hay más de una posibilidad para tratar una enfermedad o si el resultado de un tratamiento es incierto, se deben sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios, y también debe tenerse en cuenta debidamente la opinión del niño en función de su edad y madurez”. En este sentido, se debe proporcionar al niño información adecuada y apropiada para que entienda la situación y

todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado.

7. El derecho del niño a la educación: El acceso a una educación gratuita de calidad, incluida la educación en la primera infancia, la educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas, redunda en el interés superior del niño. “Todas las decisiones sobre las medidas e iniciativas relacionadas con un niño en particular o un grupo de niños deben respetar su interés superior con respecto a la educación.

El Comité explica que la evaluación básica del interés superior es una valoración general de todos los elementos que guardan relación con el interés superior del niño, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros. En ese sentido, precisa que no todos los elementos serán pertinentes en todos los casos, y los diversos elementos pueden utilizarse de diferentes maneras en los distintos casos. Señala que “al ponderar los diferentes elementos, hay que tener en cuenta que el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos facultativos, y el desarrollo holístico del niño”. 105

Al evaluar el interés superior del niño, hay que tener presente que sus capacidades evolucionan. Por lo tanto, se deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia, en lugar de adoptar decisiones definitivas e irreversibles.

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

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

1. El derecho del niño a expresar su propia opinión: Un elemento fundamental del proceso es la comunicación con los niños para lograr que participen de manera provechosa en él y determinar su interés superior. Al efecto, se deberá “informar a los niños sobre el proceso y los posibles servicios y soluciones duraderas, reunir información proporcionada por los niños y pedirles opinión”; la que debe ser tomada en cuenta, en función a su edad y madurez.

2. La determinación de los hechos: Los hechos y la información pertinentes para un determinado caso deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación del interés superior del niño. “Entre otras cosas, se pueden mantener entrevistas con personas cercanas al niño, con personas que estén en contacto con el niño a diario y con testigos de determinados incidentes”. La información y los datos reunidos deben verificarse y analizarse antes de utilizarlos en la evaluación del interés superior del niño o los niños.

3. La percepción del tiempo: Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. “El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión”. Por ello, todas las decisiones sobre el

cuidado, el tratamiento, el internamiento y otras medidas relacionadas con el niño deben examinarse periódicamente en función de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y su desarrollo.

4. Los profesionales cualificados: Los niños constituyen un grupo heterogéneo, cuyas características y necesidades solo pueden ser evaluadas adecuadamente por profesionales especializados. Por eso, “en la medida de lo posible, en la evaluación del interés superior del niño debería participar un equipo multidisciplinario de profesionales”. La evaluación de las consecuencias de las distintas soluciones debe basarse en los conocimientos generales (es decir, en las esferas del derecho, la sociología, la educación, el trabajo social, la psicología, la salud, etc.).

5. La representación letrada: El niño necesitará representación letrada adecuada cuando los tribunales y órganos equivalentes hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior. “En particular, cuando se someta a un niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior, el niño debe disponer de representación letrada, además de un curador o representante de su opinión, cuando pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión”.

6. La argumentación jurídica: Cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. “En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño” 148. Se agrega que “si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado”, y, “si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a

los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado”. Por eso, no basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño. Se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones.

7. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones: Se deben establecer mecanismos en el marco del ordenamiento jurídico para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior del niño o los niños. “Los mecanismos deben implementarse si se considera que se han incumplido las garantías procesales, los hechos no son exactos, no se ha llevado a cabo adecuadamente la evaluación del interés superior del niño o se ha concedido demasiada importancia a consideraciones contrapuestas. El órgano revisor ha de examinar todos esos aspectos”.

8. La evaluación del impacto en los derechos del niño: La evaluación del impacto en los derechos del niño puede prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos, y debería complementar el seguimiento y la evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos del niño. “Como mínimo, se deben utilizar la Convención y sus Protocolos facultativos como marco, en particular para garantizar que las evaluaciones se basen en los principios generales y tengan especialmente en cuenta los efectos diferenciados⁵²

⁵² PLÁCIDO VILCACHAGUA, Álex. El principio del interés superior del niño, Academia de la Magistratura, 2016, p.p. 110

3.7. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DESDE LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El interés superior del niño, también resulta protegido por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, así en el Proceso 02132-2008, al referirse a este tema lo titula: “La protección del interés superior del niño, niña y adolescente como contenido constitucional”, realizando con ello la diferencia de género reclamada.

Considera que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4º de la Norma Fundamental en cuanto establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)”. Tal contenido de fundamentalidad es reconocido a su vez por la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N.º 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 noviembre 1990 y mediante Ley N.º 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión de la “Convención sobre los Derechos del Niño”.

Hace referencia que la mencionada Convención sobre los Derechos del Niño establece, entre otras disposiciones, las siguientes:

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
- (...)
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño (...) (Resaltado agregado).

Indica que teniendo en cuenta que el artículo 55º de la Constitución establece que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé que “Las normas relativas a los derechos y a las

libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”, no queda sino convenir en que los contenidos de tal Convención sobre los Derechos del Niño resultan vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano

Hace referencia que como Tribunal Constitucional ya se han pronunciado en anteriores oportunidades respecto del contenido constitucional del interés superior del niño, niña y adolescente, y en la exigencia de su atención especial y prioritaria en los procesos judiciales. Así, en la sentencia del Expediente N.º 03744-2007-PHC/TC estableció que

(...) es necesario precisar que, conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales debe procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4º de la Constitución que establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”, se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX 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 y el respeto a sus derechos” (resaltado agregado).

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4º), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse 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.

Refieren que en cuanto al contenido del aludido artículo 4º de la Norma Fundamental, específicamente en el extremo referido a la protección de la infancia, el Tribunal Constitucional ha sostenido

Que, dentro del orden de prelación y jerarquías existente al interior de una Constitución, es decididamente un hecho incontrovertible, que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia y más aún, si se encuentra en situación de abandono, 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 valor

preciado 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 solventa 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 [Exp. N.º 0298-1996-AA/TC].

De este modo, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual 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 su derechos fundamentales.

Terminan afirmando que el hecho de que un niño o una niña tengan un padre, madre o responsable de su tutela, no implica en modo alguno que la protección de su dignidad o su desarrollo físico, psíquico o social se vean supeditados a la voluntad de tales personas adultas. Ni el interés del padre, madre o responsable de su tutela, ni aquellos intereses del Estado o de la sociedad pueden anteponerse a aquellos derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes 108.

CAPÍTULO IV

LA CAPACIDAD DE DENUNCIA

4.1. La participación de los niños y adolescentes

La participación implica estar involucrado en algo, interactuando con otras personas en base a alguna idea o proyecto concreto. Existen diversos conceptos de participación, entre estos, los siguientes: “Proceso permanente de formación de opiniones, dentro del seno de los grupos de trabajo y organismos intermedios, en torno a todos los problemas de interés común, a medida que estos vayan surgiendo y requieran de soluciones, es decir, de decisiones⁵³.

Capacidad real, efectiva del individuo o de un grupo de tomar decisiones sobre asuntos que directa o indirectamente afectan sus actividades en la sociedad y, específicamente dentro del ambiente en que se desenvuelve”.

La participación humana puede darse en todos los ámbitos de la vida: familiar, social, político, religioso, entre otros. Esta acción no se limita a una expresión oral sino que incluye todas las formas de expresión aceptadas socialmente.

Como seres humanos, los niños, niñas y adolescentes también participan y se expresan en sus espacios de relaciones. Tradicionalmente esta capacidad les había sido limitada pero el reconocimiento de estos/as como sujetos de derechos obliga a entenderlos/as como personas con igualdad de derechos a los/as cuales no se puede discriminar por razones de edad. La perspectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes cambia el panorama: ya éstos/as no callan cuando hablan los adultos, sino que junto a ellos/as, se expresan y exponen opiniones y las mismas son consideradas.

⁵³ UNICEF, Derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes, Guía práctica para su aplicación, República Dominicana, 2006, p.p. 12

Como derecho humano, la participación es un derecho civil y político que el hombre y la mujer tienen y que ejercen en el ámbito social y político.²³

Convención sobre los Derechos del Niño La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 consagra la participación de los niños, niñas y adolescentes, en los siguientes términos: Derecho a la opinión y expresión. (Artículos 12 y 13) – En los asuntos que le afecten, en función de la edad y madurez: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. – En los procedimientos judiciales o administrativos que le incumban “Se dará, en particular, al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. Libertad de buscar y recibir información y difusión de las mismas “El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño”.

Para la libertad de información, la Convención recoge las restricciones que establece el Pacto de Derechos Civiles y Políticos: a. El respeto de los derechos o la reputación de los demás; b. La protección de la seguridad nacional o el orden público o la protección de la salud o la moral públicas. Derecho a la libertad de asociación La Convención de 1989 reconoce a los niños, niñas y adolescentes la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas. No impone restricciones a este derecho, salvo las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad

democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás. La importancia que la Convención da al tema de la opinión y asociación de los niños y niñas es tal, que el Artículo 12, relativo a ese derecho, fue reconocido por el Comité sobre los Derechos del Niño como un principio guía en la aplicación o puesta en marcha de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por lo cual el derecho a la opinión es un derecho prioritario o de primer orden.

Ámbitos de participación de los Niños, Niñas y Adolescentes

3.1. Participación en la familia

El alcance del Artículo 12 de la Convención de 1989 y de las disposiciones del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes de la República Dominicana, se aplica también al ámbito familiar, concretamente, el ejercicio del derecho a opinar y a expresarse puede manifestarse en los siguientes ámbitos de la vida familiar.

4.2. Asuntos de la cotidianidad de la vida familiar que afectan al Niño, Niña y Adolescente y su familia

En el ámbito familiar, si esta entidad reconoce a los/as niños/as como seres valiosos y con igual valor que todos sus miembros, debe estimular a los/as mismos/as a que opinen en las decisiones más simples que les incumben a ellos/as o al resto de la familia. En las siguientes situaciones puede ser tomada en cuenta la opinión y la participación de los niños/as sin importar su edad o grado de madurez.

Comprensión de la realidad

Los niños, niñas y adolescentes, para alcanzar su desarrollo y madurez como personas, tienen la necesidad de comprender los hechos y realidades de su entorno, sobre todo, en la primera infancia (0-5 años). En esta edad, los niños y niñas son

muy curiosos/as, piden explicación, preguntan el porqué de las cosas. Los padres y madres deben dar respuestas adecuadas, decir la verdad, no falsear hechos o encubrirlos por temor a expresarlos.

Es importante enseñar al niño y niña que hacer preguntas y aclaraciones de situaciones es un valor y que haciendo esto, aprende. Que preguntando, él o ella no molesta a los/as adultos/as. Es necesario entrenar a los niños y niñas en esta práctica si se quiere formar ciudadanos para una sociedad en la cual primen las éticas dialógicas, que plantean el diálogo como única forma de resolver conflictos.

El vestido que van a usar Desde la más tierna edad, los niños y las niñas pueden elegir cómo vestirse. Los padres en tal sentido, deben orientar que la elección de la ropa esté acorde con su edad, lo cual evitará que, por ejemplo, una niña de ocho años salga a la calle vestida como una mujer adulta. Esto como medida de precaución frente a abusos por parte de pederastas. Los niños y niñas pueden opinar sobre los colores de la ropa, el estilo y la forma del peinado, el calzado que van a usar, entre otros. La decoración de la casa En este ámbito, el tener en cuenta la participación de los niños y las niñas favorecerá que los/as mismos/as se sientan a gusto en el espacio en que hacen su vida cotidiana. Así, podrán expresarse sobre los colores de la pintura, la colocación de los muebles, entre otros. La alimentación Siempre y cuando se garantice la ingestión de los nutrientes necesarios para su crecimiento, los niños y niñas pueden opinar sobre sus gustos y preferencias alimenticias.

El cuidado y atención de los hermanos/as menores: A los niños y niñas puede dársele participación en el cuidado de los hermanos y hermanas, sobre todo, de las y los recién nacidos/as. Involucrarlos en su cuidado facilitará un buen manejo de los celos pues no lo/a verá como un rival

sino como a una persona a quien él o ella puede proteger y ayudar. Pueden participar en la preparación del biberón, la elección del vestuario del niño o de la niña, la elección de los juguetes, entre otros.

4.3. Asuntos legales o procesos administrativos

En procesos legales y administrativos que le competen, La Convención de 1989 y el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes prevén participación de los/as mismos/as en los siguientes ámbitos

- La Adopción: En los procedimientos adoptivos, por mandato del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes, los adolescentes mayores de 12 años deberán ofrecer su consentimiento para la adopción en el seno de sus familias y los/as adoptados/as mayores de 12 años, deben estar de acuerdo personalmente en su adopción.
- Guarda: Los niños, niñas y adolescentes, como práctica cotidiana de los jueces, son escuchados en procesos judiciales en los que se define la guarda. Esta es la situación en la cual se encuentra un niño, niña y Adolescente colocado bajo la responsabilidad de uno de sus padres, ascendientes o una tercera persona, sea ésta de carácter físico o moral, por medio de una decisión judicial, como consecuencia de un divorcio, separación, declaración de ausencia, acción, u omisión que vulnere la seguridad e integridad, irresponsabilidad, abandono, abuso o cualquier otro motivo. La guarda responde a situaciones especiales de niños, niñas y adolescentes en las cuales se hace necesario suplir la falta temporal de los padres.
- Otros: La opinión de los niños, niñas y adolescentes también es tomada en cuenta en procesos relacionados con la suspensión y supresión de la autoridad paterna, aplicación de medidas de protección, etcétera. 34

4.4. Marco Legal

La posibilidad de denunciar por parte de los niños, las niñas y los adolescentes, queda expresado en el siguiente artículo de la Ley N° 30364, conforme ya lo hemos mencionado:

Artículo 15 de la Ley N° 30364. Denuncia:

La denuncia puede presentarse por escrito o verbalmente, ante la Policía Nacional del Perú, las fiscalías penales o de familia y los juzgados de familia. En los lugares donde no existan estos últimos también puede presentarse ante los juzgados de paz letrado o juzgados de paz. Cuando se trata de una denuncia verbal, se levanta acta sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.

La denuncia puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación. También puede ser interpuesta por la Defensoría del Pueblo.

No se requiere firma de abogado, tasa o alguna otra formalidad. Sin perjuicio de lo expuesto, los profesionales de la salud y educación deben denunciar los casos de violencia contra la mujer o los integrantes del grupo familiar que conozcan en el desempeño de su actividad.

Esto, se advierte también en el reciente publicado Reglamento de esta Ley, nos referimos al Reglamento de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, DECRETO SUPREMO, N° 009-2016-MIMP, que prescribe que:

Artículo 17.- Capacidad procesal de niñas, niños y adolescentes

17.1. Las niñas, niños y adolescentes pueden denunciar actos de violencia en su agravio o en agravio de otras personas sin la necesidad de la presencia de una persona adulta.

17.2. En esta situación, la instancia receptora de la denuncia garantiza la seguridad de las niñas, niños y adolescentes hasta que se dicte la medida de protección correspondiente. Recabada la denuncia, de encontrarse una situación de presunto abandono, la instancia receptora informa a la Unidad de Investigación Tutelar del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para que actúe conforme a sus atribuciones.

Conforme se aprecia, legalmente resulta válido que ante la autoridad correspondiente, los niños, las niñas o los adolescentes, pueden presentarse para denunciar ser víctimas de abuso, agresión, sea física o psicológica, o ambas. Esto es ya un derecho, que cualquier persona no puede desconocer, ni mucho menos dejar de atender. Consideramos particularmente, que si bien es cierto un menor de 18 años tiene capacidad de goce y no capacidad de ejercicio, lo cierto es que una versión de denuncia debe ser correspondida con los actos de investigación que permitan en efecto corroborar la imputación realizada.

Formato de denuncia – según Ley 30364

En el formato aprobado por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial para recibir denuncias bajo el contenido de la Ley N° 30364, considera los siguientes aspectos:

- . Identificación del expediente
- . Datos de denunciante
- . Datos de la víctima
- . Datos del denunciado
- . Referencia sobre los hechos

. Relato de despacho

. Anexos

Sin embargo, debemos advertir que en este esquema:

- a) Es demasiado informativo, cuando la denuncia debe permitir corroborar hechos
- b) Exige demasiado datos para identificar al denunciado, cuando dicha tarea debe ser tarea funcional de la autoridad policial
- c) No repara en el hecho que quien hace la denuncia es precisamente un menor de edad
- d) El relato de los hechos resulta estar al final de la ficha cuando debe ser el dato prioritario a considerar, por cuanto del mismo se van a establecer las circunstancias en las que ocurrieron los sucesos.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

Particularmente, el tema que forma parte de la presente investigación resulta ser un tema nuevo. Conforme se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, existen muchos trabajos acerca de la manera cómo debemos entender el Principio del interés superior del niño adoptado desde la Convención Internacional de Derechos del Niño que se ha mencionado varias veces en el presente trabajo.

Sin embargo, frente a la dación de la Ley N° 30364, en la que se declara la intención de luchar contra el flagelo de la violencia contra la mujer y contra la violencia de los grupos vulnerables, la ciudadanía espera un resultado que en verdad haga bajar las terribles estadísticas de feminicidios, lesiones físicas, agresiones psicológicas, y toda forma de rechazo y discriminación no sólo a las féminas por su condición de tal, sino a también a las personas más vulnerables como debe ser los niños, niñas y adolescentes, quienes por cierto son víctimas del accionar directo de personas mayores que los condenan a ser abusados, y a vivir en condiciones de esclavitud en muchos casos, por decirlo de alguna manera.

Por esto, es que la puesta en vigencia del artículo 15 de la mencionada ley, resulta importante porque tiende a reconocer la posibilidad de reconocimiento de dos derechos que el interés superior del niño recoge para estas personas como son el derecho a participar directamente en las diferentes etapas de su vida, y el derecho a ser escuchado precisamente porque siendo el protagonista de muchas decisiones que se puedan tomar, es bueno tener cuenta su parecer y fundamentalmente saber su criterio en la búsqueda de las mejores soluciones para los diversas dificultades que puede estar afrontando.

Por ello, consideramos, y de repente se adelante ya alguna conclusión, que reconoce el derecho que tienen los niños, las niñas y los adolescentes para denunciar, resulta ser un gran avance dentro de la perspectiva que supone que no se permita de manera alguna cualquier agresión ni abuso contra los menores.

Sin embargo, resulta imperioso establecer que aspectos debe establecerse para que dicho derecho pueda ser materializado, cuáles deben ser los procedimientos o la manera para que dicho derecho pueda ser ejercido, debido precisamente a que al Estado como prestador de servicios le corresponde tutelar en toda magnitud los derechos de los menores, garantizar su recuperación y evitar que sean nuevamente víctimas de maltratos y atropellos de parte de las personas mayores.

Por esta razón, decidimos entonces, recoger la opinión de diversos entendidos sobre la ejecución de derechos del niño, pues, la ley incluso podemos decir ni siquiera se la ha ejecutado cómo debería de ser, pues no se ha previsto los mecanismos que hagan viables la ejecución de esta especie de derecho que concretiza a su vez el derecho a ser oído y a participar de las decisiones de su propia vida, por lo que siendo esto así corresponde presentar los resultados de las entrevistas realizadas.

En las tablas que a continuación se presenta, se expone los resultados que se obtuvieron como consecuencia de la aplicación de la ficha de entrevista. Las mismas fueron de aplicación anónima, para garantizar que el entrevistado no se sienta cómo que si se les estuviera aplicando un examen de conocimientos, por lo que la naturaleza de la entrevista y sobre todo las respuestas, nos llevaron a proponer la evaluación que ahora presentamos.

TABLA N° 02

SOBRE EL DEBIDO PROCESO EN MENORES DE EDAD

FRECUENCIA ASPECTO	SÍ	NO
Existe un proceso debido en menores	2	8
Los procedimientos son claros y se reflejan en la norma	--	10
Se garantiza la protección del derecho de los menores como víctimas	--	10
TOTAL	10	10

Año : 2018

Fuente : De investigación

De la revisión de la tabla anterior, queda claro que no resulta del todo preciso cuál debe ser el procedimiento que corresponde seguir para realizar una denuncia por parte de un menor de edad. Si bien es cierto que existen procedimientos a seguir cuando el denunciado resulta ser un menor, lo cierto es que cuando es víctima poco o nada se ha legislado al respecto.

Casi todos los entrevistados coinciden en señalar que no existen procedimientos que tiendan a garantizar un debido proceso para los menores agraviados. Si bien es cierto, que hay normas que los consideran como probables víctimas, lo cierto es que no se ha legislado aún, sobre la manera cómo proceder para el caso en los que los agraviados sean niños, niñas o adolescentes, entendiendo que los procedimientos no sólo deben cubrir el acto de investigación, sino todas las fases de un proceso administrativo o judicial. Esto implica incluso, que se lo atienda como parte del efecto de la tutela que debe brindar el Estado a las personas más vulnerables, como son los menores, sin embargo esto no ocurre, o en todo caso, son los jueces y fiscales quienes deben buscar donde garantizar la protección de los niños, niñas o adolescentes.

En efecto, qué es lo que ocurre cuándo la agresión de los menores resulta venir precisamente de las personas que están obligadas a protegerlas? La respuesta no es tan sencilla, puesto que el fiscal y el juez en aras de proteger la integridad de dichas personas, van a estar obligados a destinarlos a albergues o centros de refugio que al final de cuentas pueden resultar siendo sitios en los que se puede agravar la situación de los niños, las niñas y los adolescentes.

De esta protección estatal, ni siquiera considerada en las normas legales se ha regulado a través de leyes que obliguen a actuar a los funcionarios públicos, y esta es precisamente la mayor preocupación que se advierte a partir del hecho mismo que sin una adecuada política de protección al menor, no se estaría avanzando en la tutela a favor de estas personas que por cierto son cada vez más vulnerables, de ahí la imperiosa necesidad de proyectar una protección mucho más eficaz, con sentido humano, y que sea una solución real al problema de la agresión o abuso de los menores de dieciocho años de edad, por lo que siento esto así, se comparte lo expuesto en las entrevistas analizadas,

TABLA N° 03

**SOBRE LA CAPACIDAD DE DENUNCIA CONFERIDA A LOS
MENORES POR EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY N° 30364**

ASPECTO RESPUESTA	SI	NO
Resulta positivo	10	--
Resulta negativo	--	10
Es un avance en la lucha contra la agresión de los menores	10	--
Es insuficiente porque no contempla soluciones integrales	10	--
TOTAL	10	10

Año : 2018

Fuente : De investigación

De la Tabla N° 03, relacionada con la capacidad de denuncia como facultad de los menores de edad, se advierte que las personas que fueron entrevistadas reconocieron que ese aspecto resulta positivo para evitar que dichas personas resulten siendo agredidas o abusadas dentro de su entorno.

Se reconoce la posibilidad concreta de dar a conocer directamente los hechos relativos a un abuso o agresión contra los menores, sin que sea necesario que asistan acompañados de una persona mayor de edad, que los avale o que se haga responsable del sustento incriminatorio. Particularmente, señalan que este es un gran avance dentro de las acciones de protección al menor, pero a la vez, se considera también no resulta suficiente para garantizar que el menor se sienta protegido con la recurrencia directa ante la autoridad competente.

En efecto, la comunicación de los hechos como parte de la denuncia, es un episodio fundamental para salvaguardar al menor, sin embargo este aspecto es insuficiente, pues no se prescribe la adopción de medidas urgentes que permitan salvaguardar la integridad del menor, y esto a tener en cuenta por cuanto si bien hay medidas de protección que se pueden dictar, las mismas no consideran la situación del agredido o abusado quien muchas veces puede caer en estado de abandono o puede ser víctima de venganza una vez que haya realizado la denuncia ante las autoridades competentes,

Lo ideal hubiera sido que conjuntamente con recibir la denuncia, se haya operado una serie de mecanismos, tal vez encabezados por alguna fundación o por el propio Ministerio de la Mujer, el mismo que debería haber tenido en cuenta que el menor después de recibida la denuncia no va a volver al ámbito donde se ejecutó tal agresión, aspecto que por cierto no se ha considerado en el presente caso.

Entonces se considera que otras debieron ser las soluciones integrales a este gran problema, que por cierto es una situación que va de años, que debe paralelamente implementar la situación del menor que realiza la denuncia, y debe garantizarse por sobre todo su crecimiento y su desarrollo como integrante de esta comunidad.

TABLA N° 04

**PROCEDIMIENTOS A SEGUIR EN TORNO A LA DENUNCIA
HECHA POR MENORES DE EDAD**

ASPECTO RESPUESTA	SI	NO
Se han previsto procedimiento de seguimiento de las denuncias	--	10
No se han previsto procedimientos	10	--
En algunas normas del tema se pueden advertir procedimientos	--	10
TOTAL	10	10

Año : 2018

Fuente : De investigación

De la revisión dela Tabla N° 04, se advierte que tampoco se ha previsto de forma alguna la posibilidad de legislar de manera específica con los procedimientos a seguir en caso de recibirse una denuncia sobre abuso o agresión de menores de edad, lo que por cierto no sólo debe ser considerado como una respuesta de forma parcial al problema.

A partir de la comunicación de la noticia criminal, se debió haber considerado no sólo aspectos relacionados con la protección de los menores denunciados, sino también consideramos que deviene en fundamental considerar que se debió legislar sobre el procedimiento a adoptar para proteger precisamente a dichos menores.

En efecto, una vez recibida la denuncia, viene el acto de corroboración y a partir del mismo, una serie de acciones procedimentales orientadas a establecer los pasos a dar, durante la investigación, durante la etapa intermedia y como desarrollo de la investigación, por ello consideramos que se debió establecer:

- a) Considerar la protección procesal del menor, pues resulta ser blanco fácil de la intimidación de sus agresores,
- b) Garantizar ante que el derecho del menor a ser oído y tener participación en el proceso judicial, deberá ser reconocido de manera irrestricta, sin importar el estado procesal, pero sobre todo salvaguardando su integridad personal y haciendo prevalecer el interés superior del niño en todos sus aspectos.
- c) Considerar que se debe evitar por todos los medios que se revictimice a los menores, a fin de evitar conflictos psicológicos
- d) Considerar que los actos procesales a realizar, deben ante todo prever el Principio de concentración y el de celeridad
- e) Considerar que en todos los actos procesales, asistan con el asesoramiento de un abogado defensor del Ministerio de Justicia, es decir, un defensor público.
- f) Considerar que en lo posible, desde un inicio, el menor sea asistido por el departamento de víctimas y testigos del Ministerio Público, UDAVIT, a fin de asesorarlo debidamente.

- g) Precisar que dada la naturaleza de quien imputa un hecho, el Ministerio Público, Poder Judicial o la Policía Nacional del Perú, debe considerar la atención prioritaria a los actos de investigación, los mismos que deben ser considerados como acciones urgentes y en las que incluso no se debe tener autorización judicial, sino que basta con dar cuenta posterior al órgano jurisdiccional para que otorgue la validez correspondiente.
- h) Precisar las entidades públicas que tengan la responsabilidad de ejercer tutela a favor del menor, como es: Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia, Ministerio de la Mujer y de las Poblaciones vulnerables, Policía Nacional del Perú, etc.
- i) Incluso, se debe considerar que en caso de que la denuncia resulte ser falsa, deberá implementarse las acciones correspondientes orientadas a asistir al menor y esclarecer los actos que motivaron la sindicación infundada, y en todo caso establecer responsabilidades en caso de manipulación, venganza, intención de hacer daño, por parte de terceras personas.

TABLA N° 05

**EXISTENCIA DE NORMAS LEGALES QUE PROTEGEN AL MENOR
QUE DENUNCIA EN EL MARCO DE LA LEY N° 30364**

ASPECTO RESPUESTA	SI	NO
No se ha previsto normas procesales al respecto	--	10
TOTAL	10	10

Año : 2018

Fuente : De investigación

Aunque esta respuesta pudo haber sido ya deducida del cuadro anterior, lo cierto es que no existen normas procesales que regulen precisamente el acto de denuncia que puedan ser realizadas por los menores de edad, incluso ni siquiera está determinada la autoridad ante la cual pueden hacer la denuncia, por cuanto ha de resultarles complicado considerar asistir ante la Policía Nacional del Perú, ante el Poder Judicial o ante el Ministerio

Público, por lo que consideramos que debe legislarse en torno a este aspecto, tan fundamental para el ejercicio del derecho a participar y a ser oído.

Por esta razón incluso deviene en excesiva la información, como ya se dijo, que considera la aprobación por el Poder Judicial de una Guía única de denuncia, pues, la información que se requiere deviene en tan abundante que fácilmente ha de terminar desanimando a cualquier menor de edad sobre la intención de denunciar ser víctima de una agresión o de un abuso por parte de terceras personas.

5.2. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

Después de realizado el presente estudio, y luego de analizar el contenido de las entrevistas realizadas, se arriba a los siguientes resultados como parte del trabajo que se expone:

- El proceso de denuncia de los niños, niñas o adolescentes, de ser víctimas directas o indirectas de violencia física o psicológica, resulta ser positivo en la lucha contra la erradicación de la violencia contra la mujer y los grupos del entorno familiar.
- La denuncia de los menores agraviados se sustenta en el Principio del interés superior del niño, específicamente en el derecho a ser escuchado por la autoridad competente, y su derecho a participar directamente en los procedimientos en los que se discuta sus intereses y derechos.
- La legislación vigente, específicamente la ley N° 30364, que reconoce el derecho de denuncia de la menor, no considera la tutela efectiva que debe otorgarse al menor, por cuanto una vez conocida la noticia criminal, no se previsto el ejercicio del derecho a la protección frente al entorno denunciado, específicamente de los familiares, quienes sin duda intentarán hacer que los niños, las niñas o los adolescentes cambien o se rectifique se sus versiones de imputación.

- Incluso, procesalmente no existen normas legales que prescriban el actuar de las instituciones públicas ante el hecho de denuncia de un menor de edad, de tal manera incluso que la actividad procesal resulta ser la misma que la que se prescribe para un caso normal, debiendo entenderse que por la naturaleza de quien denuncia, la actividad a realizar debe ser prioritaria y urgente de atender.

5.3. VERIFICACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Al iniciar el presente trabajo, nos fijamos como hipótesis a demostrar la siguiente:

Si se observa el debido proceso en la Ley N° 30364, entonces es posible garantizar la capacidad de denuncia a las niñas, niños y adolescentes.

Consideramos entonces que en el presente caso, conforme está prescrito el contenido de la norma Ley N° 30364, específicamente el artículo 15 de la mencionada la ley, no reúne las condiciones de debido proceso para garantizar la viabilidad de una denuncia, y si bien es cierto que ante todo se impone la necesidad de evitar las agresiones y los abusos contra los menores, es cierto también que las normas deben garantizar la integridad física de los niños, niñas y adolescentes que denuncian, porque de lo contrario se les estaría exponiendo de manera innecesaria.

Entonces, la hipótesis planteada queda demostrada en cuanto a que sólo garantizando el debido proceso se puede garantizar la capacidad de denuncia de los niños, niñas y adolescentes, y esto en la medida en la medida en la que su integridad física debe estar protegida por medio de la cautelares efectivas que se dicten, como también deberá estar garantizada su participación en el mismo proceso, esto a partir de evitar que su versión de imputación sea primero corroborada y después prevalezca con la finalidad de evitar impunidad y falta de tutela para los agraviados.

CONCLUSIONES

1. Luego de analizar la Ley N° 30364, específicamente el artículo 15 de la mencionada norma, concluimos que no existe debido procedimiento que garantice la posibilidad de que los menores de edad procedan a denunciar hechos relacionados con agresiones o abusos en su contra de manera directa o indirecta, pues no se ha previsto legislación que permita actuar a las entidades públicas relacionadas con el tema, y que a su vez impida que la integridad de las denunciantes se vea afectada, o que procesalmente se garantice que se va obtener sentencia en la que prevalezca el tenor de la denuncia, si es que resulta corroborada.
2. El debido proceso en el Perú, de manera precisa y práctica, importa el acceso de las partes a la tutela procesal y judicial efectiva, es decir, a que peticione y que se le haga justicia, rodeándose del cumplimiento de garantías esenciales como el derecho a la defensa técnica, como al de imparcialidad del juzgador, respeto al procedimiento, pluralidad de instancia, a obtener resoluciones debidamente motivada, la observancia del plazo razonable para resolver, entre otros aspectos que se consideran.
3. El Principio del interés superior del niño no sólo forma de nuestra legislación en el Código del Niño y adolescentes, sino también ha sido recogido en diversas jurisprudencias del órgano jurisdiccional ordinario e incluso del Tribunal Constitucional, por lo que tiende a garantizar el derecho de los menores de edad a que se tutele su derecho como ciudadanos, pero sobre todo a que garantice su participación en la concreción de dichas facultades, a fin de evitar normas declarativas y de compromiso tan sólo literal.
4. La legitimidad de la acción de denuncia reconocida en la Ley N° 30364, se fundamenta en el hecho que el menor de edad debe participar en todos los procesos en los que resulte afectado su interés, y fundamentando su participación en el derecho a ser oído, aspectos

ambos considerados como parte del principio del interés superior del niño.

5. De las entrevistas realizadas a los diferentes funcionarios y profesionales que laboran en el ámbito de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, se puede considerar que coinciden en que no resulta suficiente la existencia del artículo 15 de la Ley N° 30364, pues, se debe de implementar nuevas normas referidas precisamente a garantizar la tutela y protección del menor de edad, pero también regular su participación en el proceso judicial que se implemente

RECOMENDACIONES

1. Se debe promover el debate a nivel de instituciones universitarias, sobre la forma como garantizar el derecho de los menores a ser parte del proceso judicial en el que se ven inmersos, más aún si es que se debate aspectos relacionados con sus derechos y sus intereses.
2. Se sugiere que en las normas procesales a considerar, se tenga en cuenta que:
 - a) La protección procesal del menor, pues resulta ser blanco fácil de la intimidación de sus agresores,
 - b) El derecho del menor a ser oído y tener participación en el proceso judicial.
 - c) Evitar por todos los medios que se re victimice a los menores, a fin de evitar conflictos psicológicos
 - d) Los actos procesales a realizar, deben ante todo prever el Principio de concentración y el de celeridad
 - e) En todos los actos procesales, asistan con el asesoramiento de un abogado defensor del Ministerio de Justicia, es decir, un defensor público.
 - f) El menor sea asistido por el departamento de víctimas y testigos del Ministerio Público, UDAVIT, a fin de asesorarlo debidamente.
 - g) Precisar que dada la naturaleza de quien imputa un hecho, el Ministerio Público, Poder Judicial o la Policía Nacional del Perú, debe considerar la atención prioritaria a los actos de investigación.

- h) La responsabilidad de ejercer tutela a favor del menor, como es: Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia, Ministerio de la Mujer y de las Poblaciones vulnerables, Policía Nacional del Perú, etc.
- i) Incluso, se debe considerar que en caso de que la denuncia resulte ser falsa, deberá implementarse las acciones correspondientes orientadas a asistir al menor y esclarecer los actos que motivaron la sindicación infundada, y en todo caso establecer responsabilidades en caso de manipulación, venganza, intención de hacer daño, por parte de terceras personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, Juan Manuel. Derecho fundamental al proceso debido. Estudios de derecho procesal civil. 3ra. edición, tomo I, de palma, buenos aires, 1989

BERNALES BALLASTEROS, Enrique. La Constitución comentada, Lima – Perú, 2005

BUSTAMANTE ALARCON Reynaldo, Estado de Derecho, Constitución y debido proceso. Algunos comentarios a propósito de la reforma de constitucional, difundido como justicia viva mail N° 14, el 15 de febrero del 2003

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La interpretación ius fundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”. En: Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales. SOSA SACIO, Juan Manuel (coordinador), Gaceta Jurídica, Lima, 2009

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Constitución Comentada, Gaceta Jurídica, Tomo III, Lima Perú, 2008

CAROCCA PÉREZ, Alex; Las Garantías Constitucionales del Debido Proceso y de la tutela judicial efectiva en España. En Revista Jurídica del Perú, Año XVI, No 2. Editorial Normas Legales. Lima, abril-junio de 1966

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

HERNÁNDEZ SAMPIERI., Roberto, “Metodología de la Investigación”. Tercera Edición. México 2002

IHERING, Rudolph von. Del interés en los contratos. (Trad. esp. De Adolfo Posada). Buenos Aires, 1947.

LADRÓN DE GUEVARA, Laureano. Metodología de la investigación científica. Bogotá, Universidad Santo Tomas, 1978, Cit. Por el autor Lino Aranzamendi-la investigación jurídica, Lima 2010

MONROY GÁLVEZ Juan, “Constitución comentada artículo por artículo” II TOMO, editorial Gaceta Jurídica S.A.C, edición Lima 2005

NAVAL RIAL, Claudio Roberto. “Los Menores y el derecho penal en la República Argentina. En Anuario de Justicia de Menores, N° II, 2002, Editorial Astigi, S.L. Sevilla- España

LANDA ARROYO Cesar “El derecho al debido proceso en la jurisprudencia” Editora Diskcopy S.A.C. edición lima 2012.

MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES, Impacto de consecuencias de la violencia contra las mujeres, Lima – Perú, noviembre de 2017

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Álex. El principio del interés superior del niño, Academia de la Magistratura, 2016

QUIROGA LEÓN, Aníbal. El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. Jurisprudencia. 1999

QUIROGA LEÓN, Aníbal; Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia. En La Constitución diez años después

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1993

TICONA POSTIGO Víctor, el debido proceso y la demanda civil. Ed. Rodhas 2 1edicion, Lima- Perú

UNICEF, Derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes, Guía práctica para su aplicación, República Dominicana, 2006,

VÁSQUEZ SOTELO, Roxana. La violencia contra las mujeres en el Perú. Cooperación alemana, publicado por GIZ, Lima Perú, agosto de 2015.

LINKOGRAFÍA:

BUSTAMANTE ALARCÓN Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*, Lima, 2001, pp. 236 ss.; asimismo, revisar el documento de la CAJ elaborado por Luis Huerta con la colaboración de Enrique Aguilar, *El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (análisis del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, en www.cajpe.org.pe.

GRUPO FLORA TRSITÁN, La violencia contra la mujer. Cfr. <http://www.flora.org.pe/pdfs/Feminicidio.pdf>

LÓPEZ CONTRERAS, Eulalio. Interés Superior del Niño y de las niñas: Definición y contenido. Cfr. <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>

DOCUMENTOS:

Sentencia del 27 de noviembre del 2005, recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC, fundamento jurídico 42.

Recurso de Casación N° 1772-2010, Sala Civil Transitoria (Lima)

STC N° 1417-2005-AA, FJ. 12

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

ANEXOS

GUIA DE ENTREVISTA A MAGISTRADOS, ABOGADOS Y PROFESORES UNIVERSITARIOS

Instrucción:

Responda usted las siguientes interrogantes. No olvide que no debe consignar nombre, pues su opinión anónima nos servirá para completar el trabajo que sobre la denuncia de los menores de edad en caso de ser víctimas de agresión o de abuso sexual, estamos realizando.

De antemano, se agradece su colaboración

1. En caso que sea un menor de edad que denuncia, existe un procedimiento debido para tratarlo en su condición de agraviado? Fundamente su respuesta
2. Los procedimientos existentes en la actualidad, garantizan el debido proceso en caso el menor fuera víctima de agresión o abuso de parte de su entorno o de tercera personas? Fundamente su respuesta
3. Cuál es su opinión sobre la capacidad de denuncia que la Ley 30364 otorga a los niños, niñas y adolescentes? Fundamente su respuesta.
4. En caso sea el menor de edad el denunciante, existe un procedimiento especial para proceder con los actos de investigación del agredido? Fundamente su respuesta

5. Existe procedimientos que protegen la integridad de los menores que denuncian? Fundamente su respuesta
6. Existe procedimientos que protegen la calidad procesal de denunciantes, en los casos en los que el menor ha denunciado? Fundamente su respuesta
7. Existe normas legales que protejan al menor que denuncia, conforme a la Ley 30364? Fundamente su respuesta.