

## EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN JUDICIAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL SISTEMA JUDICIAL PERUANO: AVANCES Y DESAFÍOS

### *THE RIGHT TO THE JUDICIAL PARTICIPATION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE JUDICIAL SYSTEM OF PERU: ADVANCES AND CHALLENGES*

Nuccia Seminario Hurtado\*  
Ruth Antuaneth Buendía Casafranca\*\*

#### Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar los avances y desafíos del derecho a la participación del niño, niña y adolescente en el sistema judicial peruano. Asimismo, el desarrollo de la fundamentación general y específica que se le atribuye a este derecho desde la perspectiva del marco de protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

**Palabra clave:** Derechos humanos, derecho constitucional, derecho internacional público, derechos de los niños, niñas y adolescentes, derecho a la participación judicial de los niños, niñas y adolescentes.

#### Abstract

*This article aims to analyze the progress and challenges of the right to judicial participation of children and adolescents in the Peruvian judicial system. Likewise, the development of the general and specific foundation attributed to this right from the perspective of the framework for the protection of the human rights of children and adolescents.*

**Keywords:** *Human rights, constitutional law, public international law, rights of children and adolescents, right to judicial participation and public policies.*

---

\* Bachiller en Derecho. Estudió Derecho Internacional, Comparado y Humanos en la Universidad de Milán, Italia y Universidad de Montréal, Canadá. Visitante profesional en el Tribunal Europeo de Justicia, Luxemburgo y la Corte Penal Internacional, Holanda. Especialización en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Leiden, Holanda. Actualmente se desempeña como asesora legal de AIESEC. Correo electrónico: nuccia\_sh@hotmail.com

\*\* Estudiante del IV ciclo de la Facultad de Derecho de la UNIFÉ. Miembro del Círculo de Estudios de Derecho Penal (CEDEP) de dicha casa superior de estudios y Círculo de Estudios Constitucionales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Correo electrónico: bc.ruth5@gmail.com

## INTRODUCCIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño se promulgó el 20 de noviembre de 1989 en la Organización de las Naciones Unidas, marcando un hito histórico con tal reconocimiento integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Dicha Convención fue suscrita por el Estado Peruano el 26 de enero de 1990, entrando en vigor el 4 de octubre de 1990; dando un eje importante en el derecho interno en materia de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

El Perú ha podido dar un giro trascendental sobre el concepto de derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes a raíz de la ratificación de dicha norma supranacional, puesto que, el entorno de protección a la infancia, se percibe con un mayor entendimiento a sus necesidades, deberes y obligaciones.

En cuanto a la participación de los niños, niñas y adolescentes en los sistemas judiciales, se les debe atribuir derechos específicos como son los siguientes: derecho a ser oído, derecho a la participación efectiva en los procedimientos, derecho a recibir información en demora y forma directa y derecho a la asistencia jurídica u otra apropiada, todo esto con la finalidad de garantizar la vigencia efectiva de su derecho a la participación en los sistemas judiciales, a través de la aplicación de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el presente artículo abordaremos las condiciones y participaciones de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito judicial, es decir, el rol que cumple un menor cuando se involucra en un proceso judicial. De la misma forma, se desarrollarán los principios que inspiran a la protección integral de los menores, como son: principio del interés superior del niño, de no discriminación, de supervivencia y desarrollo, principio de participación y protección que se interrelacionan con su derecho a la participación en el sistema judicial.

### I. NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE COMO SUJETOS DE DERECHO

Hace décadas, la situación de los niños, niñas y adolescentes con respecto al reconocimiento de su dignidad era crítica, pues, era común observar episodios de infanticidio y casos de violencia que reflejaban la vulneración masiva de sus respectivos derechos humanos. Aquella situación, provocó que surja la idea de reconocer los derechos de los infantes a nivel internacional.

Al inicio del siglo XX, la obra maestra de Ellen Key “El siglo de los niños” (1906), ya describía con exactitud la necesidad urgente de reconocer derechos a la infancia (Arias, 2017), dicho documento surgió como una herramienta de cambio social que representaba una revolución jurídica, puesto que señalaba, la importancia de la protección a los niños para el correcto desarrollo de su personalidad y los mecanismos para incorporar una protección integral, debido a la importancia de mantener segura esta etapa de la vida en toda persona, porque de ella depende el desarrollo de toda la humanidad.

A pesar de los avances realizados durante esa época, el reconocimiento como sujetos de derecho a todo niño, niña y adolescente surgió con la Convención de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (1989), aquella promulgación se consideró revolucionaria y de naturaleza jurídica distinta, ya que pertenecía al *hardlaw*, es decir, su ejecución era vinculante. La mencionada Convención declara a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos inherentes, es decir, se les reconocía los mismos derechos que a las demás personas mayores de edad, debido a ello, el Estado adquiere la función de actuar y asegurar el cumplimiento de lo descrito en dicho instrumento jurídico internacional.

El Código de los Niños y Adolescentes Peruano<sup>126</sup> en su Título Preliminar, artículo II reconoce al niño, niña y adolescente como sujeto de derechos, señalando que “El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma.”

El paso de ser objeto de protección a ser sujeto de derecho, consiste en reconocer, según Arias (2017):

La capacidad del sujeto para emanciparse; es decir, a un ciudadano, desde la definición ético política, un sujeto con capacidad de decidir, tomar parte, hacer escuchar su voz en igualdad de reconocimiento, donde todos somos pares, con capacidad de participar, donde las relaciones sean simétricas porque el otro es el reflejo de mi yo. (p.131)

Es decir, culminar con el enfoque de “control-protección” que consideraba a un niño como sujeto pasivo de protección, e iniciar con la doctrina de protección integral que concibe a un niño como sujeto activo y participe en la promoción y defensa de sus derechos. (Barletta, 2018, p.20).

<sup>126</sup> Aprobado mediante Ley N° 27337, Ley que Aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, el 21 de julio del 2000.

El paradigma enraizado de diferenciar a los niños de adultos por la fuerza, la estatura, la debilidad, etc., pretende ser eliminado con el nuevo enfoque de sujetos de derecho, puesto que, ser niños, niñas o adolescentes es una etapa de la vida y este no es un factor para determinar la cantidad de dignidad que posee una persona, los niños son seres humanos con dignidad plena, son parte de la sociedad y por eso merecen ser escuchados y recibir información para garantizar su efectiva participación de acuerdo a su edad y madurez.

Con todo ello, debemos denotar que se reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho porque se le atribuyen derechos inherentes e inalienables según sus respectivos atributos ante la sociedad y el Estado. Es así que las entidades estatales reconocen sus derechos y obligaciones frente a estos, es decir:

Que el niño sea sujeto de derecho significa que ejercerá sus derechos y deberes de acuerdo a su edad y grado de madurez. Tres principios lo concretan: la autonomía progresiva, el interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta. (Gómez de la Torre, 2018, p.134).

## **II. LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE**

Para señalar la definición de “condición jurídica”, es necesario, partir del concepto de “relación jurídica”, aquella frase se define como el vínculo entre personas sometidas a una regla, norma o principio, que surge de la vida en la sociedad, en el cual se delimitan, tanto derechos como deberes de un individuo con respecto a otro.

Debido al vínculo que se desarrolla entre sujetos es necesario definir la condición en la que se encuentran las personas, y en este caso especial, los niños; la condición o situación se define como “la posición que ocupa cada sujeto en la relación jurídica” (Arjona, s.f, p.3).

A partir de ello, la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 19 define la situación jurídica de los niños, señalando que, “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, es decir, cada niño, niña y adolescente son sujetos de derecho y no objetos de protección. Se presenta a un menor de 18 años, como un ser humano con dignidad plena y con derechos inherentes, que goza de personalidad jurídica, aún si su situación es vulnerable o no presenta plena capacidad jurídica. El reconocimiento de la personalidad jurídica, es fundamental, puesto que, esta

es una necesidad internacional, que permite salvaguardar la dignidad de la persona.

Este enfoque nos permite culminar con el desconocimiento de derechos del niño, que abría puertas para arbitrariedades, abusos y falta de actuar del Estado. Por ello, la respuesta de la Convención el Estado incluye en el Código de los Niños y Adolescentes, el Sistema Nacional de Atención Integral al niño y al adolescente.

### III. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN EL SISTEMA JUDICIAL DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

#### 3.1 Fundamentos rectores

##### 3.1.1 Principio de no discriminación

La Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN), en su artículo 2.1 señala que “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurará su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.” Es decir, la CDN reconoce el deber de los Estados Partes de proteger a los niños, niñas y adolescentes ante todo tipo de actuación que conlleve a actos discriminatorios.

Asimismo, por su condición de sujetos de derecho, se le atribuye el principio de no discriminación e igualdad ante la ley, sin denigrar su condición como tal.

Los dos grandes principios que rigen los derechos humanos son los de no discriminación e igualdad ante la ley, cuyo reconocimiento debe realizarse a favor de todas las personas, sin distinguir si el beneficiario de estos derechos es un niño, un joven o un adulto. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, p.17)

En el caso de la legislación nacional, el Código de Niños, Niñas y Adolescentes en el artículo III del Título Preliminar, manifiesta que, “para la interpretación y aplicación de este Código se deberá considerar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a que tiene derecho todo niño y adolescente sin distinción de sexo.”

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño (2016) mediante el informe del año 2013 y la observación CRC/C/PER/CO/4-5 del 02.03.2016, señaló que:

El Comité [Nacional contra la Discriminación] está profundamente preocupado por lo siguiente: a) La persistencia de actitudes patriarcales y estereotipos arraigados que discriminan a las niñas, lo que da lugar a una elevada prevalencia de la violencia contra ellas; b) La prevalencia de la discriminación estructural contra ciertos grupos de niños, incluidos los niños indígenas, los niños afroperuanos, los niños que viven en zonas rurales y alejadas, los niños que viven en la pobreza, los niños homosexuales, bisexuales, transgénero e intersexo y los niños con discapacidad, particularmente en relación con su acceso a la educación y otros servicios básicos, como la atención de la salud; c) La inexistencia de legislación que prohíba expresamente la discriminación basada en la orientación sexual o en la identidad de género. (p.6)

“El principio de no discriminación se refiere a la garantía de igualdad de trato entre los individuos, sean o no de una misma comunidad, país o región. Es decir, vela por la igualdad de derechos y la dignidad de todas las personas.” (Rodríguez, 2017) Lo mencionado es verdadero; sin embargo, este derecho, valor y principio no debe cumplir estrictamente un trato igual para todos, debido a que no todos los niños tienen igualdad de condiciones.

El tratamiento preferencial[...] podrían ser vistos como necesarios en la restitución del balance entre las oportunidades, los derechos y la protección ofrecida a los niños. Estos métodos se justifican por la necesidad de poner fin a las consecuencias de la discriminación y a las inequidades resultantes. (Humanium, s.f)

### **3.1.2 Interés superior del Niño**

El Interés Superior del Niño (en adelante ISN) es el principio supremo en el tratamiento judicial, cuando un niño está involucrado en un proceso. En el ámbito internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002) menciona que:

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. (p.61)

En la misma línea, la Convención menciona en su artículo 3 lo siguiente, “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”. Es decir, se debe priorizar el beneficio del niño, niña y adolescente ante una decisión que afecte su condición como tal y todos los derechos inherentes que se le atribuyen, por ejemplo, en caso que se fomente la creación de una ley, la aplicación de políticas públicas o determine la decisión final en una sentencia, se deberá ponderar al niño como primer interés para de esa manera asegurar su debida protección, cuidado y bienestar.

Tal como denota Cillero Bruñol (1999):

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del “interés superior del niño” y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior. (p.8)

En el sistema jurídico peruano, la Carta Magna vigente, en su artículo 4 denota que “La Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño [...]”. Seguidamente, el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo IX reconoce 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.”

Por ello, en virtud del principio rector del interés superior del niño aplicable en los casos de participación judicial de los niños, niñas y adolescentes en el sistema normativo peruano, actúa como un elemento esencial en las resoluciones judiciales debidamente motivadas que garantizan la vigencia efectiva de sus derechos.

El contenido de las resoluciones judiciales debe consistir en asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de los menores, quienes por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismos, para ello el juez deberá valorar el conjunto de circunstancias concurrentes,

entre las que debe mencionarse la propia edad y circunstancias personales del menor (familiares, sociales)(...); el interés del menor actuará como criterio rector de la toma de decisiones cuando se suscite un conflicto con otros intereses legítimos, especialmente el interés de los progenitores. En estos casos, el conflicto deberá resolverse siempre primando el interés del menor. (Sokolich, 2013, pp.83-84).

### 3.1.3 Principio de la vida, supervivencia y desarrollo

La importancia de mantener el derecho y principio a la supervivencia se fundamenta en la dignidad que posee todo niño, niña y adolescente, el velar por la supervivencia de todo niño permite que gocen de todas las condiciones de justicia y equidad social para su correcta formación, todo ello es afirmado por Mancera et al (2013):

Dentro del reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, se plantean los derechos de supervivencia, necesidades fundamentales de todo ser humano para el desarrollo de la personalidad y la promoción de la dignidad humana. Los derechos de supervivencia invitan a hacer una reflexión en torno a lo que es más sagrado y fundamental para la sociedad, la condición de dignidad. Dignidad vista como la posibilidad que tiene todo ciudadano a vivir en un contexto armonioso, en donde su integridad no se encuentre en riesgo ni en su dimensión física ni en su dimensión mental. (p.3)

El principio de la vida, supervivencia y desarrollo se encuentra en el artículo 6 de la CDH, el cual señala que “6.1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.6.2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.” Es decir, reconoce que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y que los Estados deben garantizar su desarrollo progresivo, que todo niño, niña y adolescente debe desenvolverse en la esfera social, educativa, psíquica, familiar, etc., todo ello como indispensable en el ejercicio de su vida.”

En la legislación peruana, el Código del Niño y Adolescente en el artículo 1 señala, “El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental”.

Para una correcta explicación abordaremos cada uno de los principios.

En cuanto al derecho a la vida se evidencia que hay diversas definiciones y acepciones, sin embargo, se resaltarán lo mencionado por Figueroa (2008) con las siguientes cinco concepciones:

1) Una de ellas sostiene que el derecho a la vida consiste en el derecho a vivir, a permanecer con vida. 2) Otra sugiere que este derecho consiste en el derecho a vivir bien, o vivir con dignidad. 3) Una tercera propone entender que el derecho a la vida consiste en el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato. 4) Una cuarta concepción propone entender el derecho a la vida simplemente como el derecho a que no nos maten. Finalmente, 5) una quinta postura suscribe la idea de que este derecho consiste en que no nos maten arbitrariamente. (p.2)

La definición que más se acerca a la concepción de dicho principio es el segundo, en el cual se manifiesta, que el principio de la vida es vivir con dignidad; es decir, con todas las condiciones necesarias que nos permitan un desarrollo espiritual, afectivo social y biológico, con plenitud. Ahora bien, en cuanto al principio de supervivencia, este involucra a derechos como: la vida, la salud, la nutrición y la seguridad social.

El fin de cumplir y salvaguardar los mencionados principios permite lograr el objetivo de obtener un ambiente en el que el niño se pueda desarrollar, donde tenga una “vida digna”, junto a sus necesidades básicas satisfechas.

### 3.1.4 Principio de participación y ser escuchado

Con el enfoque de protección integral que se brinda a todo niño, niña y adolescente surge el principio de participación, que consiste en que todo niño debe ser “visualizado como un sujeto activo que se involucra en la toma de decisiones del asunto que lo afecte”. (Barletta, 2018, p.21), velar por su participación mediante el recojo de su opinión, que debe escucharse y tenerse en cuenta, de acuerdo a su edad y madurez, en la decisión final, con el único e importante objetivo de salvaguardar su desarrollo y proyecto de vida.

En el marco de protección universal, la Convención sobre Derechos del Niño manifiesta en su artículo 12.2: “Con tal fin, 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.” Seguidamente, en las Observaciones Generales N° 12, 14 y 16 del Comité Monitor de la CDN establece como

exigencia al Estado Parte, garantizar estos derechos; es decir, que la OPINIÓN sea parte de la ruta judicial en tanto niño en el área civil, tutelar, penal de conflicto con la ley, o penal cuando es víctima o testigo.<sup>127</sup>

En el marco de protección regional- interamericano, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos denota que “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, ante el juez competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*”

Por las consideraciones, debemos denotar que el niño, niña o adolescente tiene derecho a participar en la determinación de su interés superior a partir de que se reciba su opinión y se le conceda la importancia que merece en función de su edad y madurez. El hecho de que el niño sea pequeño o sufra una discapacidad no lo priva del derecho a expresar su opinión. Ni reduce la importancia que se le debe conceder.<sup>128</sup>

Consideramos que es un servicio básico que el niño, niña y adolescente garantice su derecho a expresar su opinión y la debida representación letrada de este con la autorización respectiva de los padres o tutores legales según corresponda en un proceso judicial, pues es importante que la argumentación jurídica de la decisión tomada por los magistrados sea en la consideración primordial del interés superior del niño sin ningún tipo de distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, o cualquier índole que atente su dignidad como tal.

Reconocer a los niños como agentes activos de sus propias vidas representa un cambio profundo en el estatuto jurídico y social que tradicionalmente han disfrutado en la mayoría de los países del mundo. Es un reconocimiento fundamental de ciudadanía y de la dignidad de cada niño, con consecuencias para cada uno de los distintos aspectos de su vida. (Unicef, 2014, p.4)

La participación de todo niña, niño y adolescente permite lograr una protección integral, ya que, “los niños sometidos al silencio y a la pasividad

<sup>127</sup> Información sustraída de la presentación intitulada “PROCOLO DE PARTICIPACIÓN JUDICIAL DEL NIÑO, LA NIÑA, LAS Y LOS ADOLESCENTES R.A. N° 228-2016-C” del Poder Judicial del Perú.

<sup>128</sup> Información sustraída de la presentación intitulada “Participación judicial de niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, familiar y de trata de personas”, expuesto por la Fiscal Superior de Familia de Lima, Cecilia González Fuentes. (julio, 2019) en el curso virtual gratuito “Participación Judicial de la Niña, Niño y Adolescente: Derecho a ser escuchado y la consideración primordial de su Interés Superior”, organizado por la Subgerencia de Capacitación de la Gerencia de Recursos Humanos y Bienestar de la Gerencia General del Poder Judicial y la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad.

pueden ser objeto de abuso por los adultos con relativa impunidad” (Unicef, 2014, p.5). El estado en salvaguarda de ello debe incluir políticas seguras y accesibles, que brinden información y empodere a los niños por manifestar sus ideas y necesidades, los estados deben alentar a que el niño se forme su propia opinión

Por otro lado, el derecho a ser escuchados, consiste en que toda opinión manifestada por un niño, niña o adolescente debe tomarse en cuenta y ser valorada de acuerdo a su madurez y edad, y darle la importancia debida en cualquier decisión que involucre al menor, ofreciéndole un entorno adecuado para manifestar su opinión.

El artículo 12 manifiesta que debe darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular “en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño”, de la misma forma, en la Observación General 12 (2009) de las Naciones Unidas sobre el “derecho del niño a ser escuchado”, se señala lo siguiente:

El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje. (p.12)

El mencionado derecho no podrá ser ejercido si el niño, niña o adolescente involucrado en un proceso, vive o se desarrolla en un ambiente hostil, de amenazas y peligro para su edad, sin embargo, aunque sea prioritario que el niño manifieste su opinión directamente, también tiene la opción de realizarlo a través de un representante, el método por el que deba ser escuchado es de libre elección del niño. Es importante que los representantes conozcan la situación del niño, las necesidades y en el caso de juicio, asimismo, deben comprender a fondo lo que el niño desea transmitir.

Observación General 12 (2009) manifiesta que el derecho a ser escuchado es interdependiente de otros derechos que se manifiestan a continuación:

El artículo 12, como principio general, está vinculado a los demás principios generales de la Convención, como el artículo 2 (derecho a la no discriminación) y el artículo 6 (derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo) y, en particular, es interdependiente con el artículo 3 (consideración primordial del interés superior del niño). El artículo también está estrechamente vinculado con los artículos relativos a los derechos y libertades civiles, especialmente el artículo 13 (derecho a la libertad de expresión) y el artículo 17 (derecho a la información). Además, el artículo 12 está conectado con todos los demás artículos de la Convención, que no podría aplicarse íntegramente si no se respeta al niño como sujeto con sus propias opiniones sobre los derechos consagrados en los artículos respectivos y sobre su cumplimiento. (p. 18)

El desafío del Estado es velar por el cumplimiento del mencionado derecho, para asegurarle la correcta protección, respondiendo a todas sus necesidades.

### **3.2 Fundamentos específicos**

#### **3.2.1 Derecho a ser oído**

El derecho a ser oído constituye una garantía fundamental que debe respetarse en todo procedimiento administrativo o judicial, como ha reconocido el sistema interamericano de protección a los derechos humanos mediante la Convención sobre Derechos del Niño artículo 12.1, “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”.

Seguidamente, la CDN en su artículo 12.2 garantiza el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído, con las consideraciones que “(...) 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.”

El Código de los Niños y Adolescentes de nuestra normatividad interna en su artículo 9º denota que “El niño y el adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.”

Asimismo, el artículo 12.1 del Decreto Supremo N°002-2018-MIMP<sup>129</sup> denota que “en todo proceso o procedimiento, en el que se encuentren comprendidos los intereses de las niñas, niños o adolescentes o de terceros que afecten sus derechos, deben establecerse los mecanismos y recursos pertinentes para que ejerzan su derecho a ser escuchados, expresando con libertad sus opiniones, expectativas, intereses o necesidades, en espacios o servicios para su edad y características, evitando entornos intimidatorios, hostiles o insensibles para una eficaz escucha. Se debe garantizar la capacitación del personal para recibir la opinión de la niña, niño o adolescente; así como el diseño, adecuación e implementación de los ambientes de todas las entidades públicas y privadas que atienden a niñas, niños y adolescentes.”

### 3.2.2 Derecho a la opinión

El derecho a la opinión funciona como medio para conocer las necesidades del niño y la situación de vulnerabilidad en que se encuentra. Todo ello permite brindarle una protección adecuada que responda a esas necesidades. El estado debe analizar toda opinión, no debe deducir que todo niño, niña o adolescente no puede formarse su propia opinión de la situación en la que se encuentra.

Sobre ello, el artículo 12.1, b) del Decreto Supremo N°002-2018-MIMP garantiza el derecho a la opinión de las niñas, niños y adolescentes en los procesos judiciales señalando que:

La niña, niño o adolescente tiene derecho a expresar libremente su opinión y excepcionalmente ejercer su derecho mediante un/a representante, quien debe comunicar con precisión dicha opinión. Asimismo, tiene derecho a solicitar no estar acompañado de su madre, padre o tutor que lo represente, solicitud que deberá ser evaluada teniendo en cuenta la edad, desarrollo y circunstancias que dieron lugar al procedimiento o proceso. Igualmente, tiene derecho a no expresar su opinión, dado que para ellas y ellos es una opción y no una obligación. La capacidad de la niña, niño o adolescente, de formarse un juicio propio, se mide en cada caso, y de manera individual, en función a su proceso de desarrollo. Cuando la opinión de la niña, niño o adolescente entra en conflicto con la de su representante, la entidad competente asegura el derecho a expresar libremente la opinión de la niña, niño o adolescente y salvaguardar sus derechos a través de los procedimientos o medidas que estén bajo su competencia. La opinión

<sup>129</sup> Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, que aprueban Reglamento de la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

se recibe en una audiencia o entrevista privada, con presencia de alguna otra autoridad o un/a defensor/a de el/la niña, niño o adolescente, evitando la aplicación de interrogatorios o fórmulas que revictimicen y perjudiquen la libre manifestación de voluntad de la niña, niño o adolescente; guardando confidencialidad de lo expresado. El proceso de evaluación oficial debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro por profesionales y técnicos capacitados en psicología infantil, desarrollo del niño y otras especialidades afines que se consideren pertinentes para examinar la información recibida de manera objetiva y lograr garantizar el interés superior del niño (...)

### 3.2.3 Derecho a recibir información en demora y forma directa

El artículo 2, f del Decreto Supremo N°002-2018-MIMP establece que “se reconoce el derecho de la niña, niño y adolescente a ser informada/o de manera adecuada y oportuna, emitir opinión, ser escuchada/o y tomado en cuenta, en su lengua materna o a través de un intérprete, en todos los asuntos que les afecten. Este principio también implica participar en las decisiones que se toman en temas o asuntos públicos que les involucran o interesan.”; y el artículo 12.1 a) señala que el niño, niña y adolescente tiene derecho:

Las y los responsables y las/los operadores de las entidades públicas y privadas deben informar a las niñas, niños o adolescentes, así como a sus cuidadores/as en un lenguaje claro, entendible y comprensible a su edad respecto a los procesos o procedimientos, las opciones y las posibles decisiones que puedan adoptarse y sus consecuencias. Asimismo, deben darles a conocer de las circunstancias en las que se solicita su opinión, del proceso o procedimiento a seguir y de los servicios que pueden usar.

De la misma forma, el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente R.A 228-2016-CE-PJ, señala que:

3.1. El derecho a la información del niño es imprescindible para que este ejerza su derecho a ser oído.

3.2 El juez debe disponer que se prepare debidamente al niño, niña o adolescente antes de que este sea escuchado y que se nombre a una persona de apoyo que lo asista, pudiendo tratarse de una especialista del Equipo Multidisciplinario.

3.3 La preparación del niño, niña o adolescente debe realizarse por lo menos un día previo a la diligencia judicial prevista, mediante una conversación, a fin de que se le explique, de acuerdo a su edad y grado

de desarrollo, la naturaleza y el propósito de la diligencia en la que participará.

### 3.2.4 Derecho a la asistencia jurídica u otra apropiada

El artículo 12.5.2 del Decreto Supremo N°002-2018-MIMP, regula todo lo concerniente a la asistencia jurídica y representación letrada las cuales denotan “La Defensa Pública solicitada por la familia o la persona que asume el cuidado de la niña, niño o adolescente Cuando el padre, la madre, un representante de la familia o la persona que asume el cuidado de la niña, niño o adolescente requiera asistencia legal gratuita, debe requerir a la Dirección Distrital de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o a la Dirección Distrital que corresponda, para que designe un/a defensor/a público/a en beneficio del interés superior de la niña, niño o adolescente.

Los defensores públicos o también conocidos como “abogado de oficio”, “defensor de oficio” o “abogados del Estado”, son aquellas personas que están facultadas para brindar asistencia legal gratuita (representación letrada, presentación de escritos, asesoría gratuita, otros) y facultados para apersonarse de oficio a cualquier instancia: fiscal, administrativa, judicial, en los casos que esté involucrado un menor. Asimismo, también participa en las diligencias policiales en caso que haya un menor infractor en calidad de detenido. El defensor público es la persona que va a velar por el interés superior del niño en un proceso judicial.

Seguidamente, el Decreto Supremo N° 009-2019-JUS<sup>130</sup> en su artículo 9 señala que:

La Defensa Pública comprende las materias y especialidades siguientes:

1. Defensa Penal Pública: incluye la asesoría técnico legal y/o patrocinio gratuito a las personas denunciadas, investigadas, detenidas, inculpadas, acusadas o condenadas en procesos penales, incluyendo a los adolescentes en conflicto con la ley penal.
2. Defensa de Víctimas: comprende la asesoría técnico legal y/o patrocinio a las personas de escasos recursos económicos; niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual; personas adultas mayores con discapacidad que resulten agraviadas por delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, la libertad y la familia; trata de personas y tráfico de inmigrantes, mujeres e integrantes del grupo familiar, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra

<sup>130</sup> Decreto Supremo N° 009-2019-JUS. Decreto Supremo que adecúa el Reglamento de la Ley N° 29360, Ley del Servicio de Defensa Pública, al Decreto Legislativo N° 1407 que fortalece el servicio de Defensa Pública. Publicado el 11 de marzo del 2019 en el Diario Oficial El Peruano.

las mujeres y los integrantes del grupo familiar; así como en los casos de delitos patrimoniales o aquellos en que sus derechos hayan sido vulnerados en cualquier instancia administrativa. 3.1 Derecho de Familia a) Demanda de alimentos y filiación. b) Aumento y prorrateo de alimentos. c) Reducción, exoneración, extinción de pensión alimenticia cuando se afecte los derechos de niños, niñas y adolescentes. d) Tenencia y régimen de visita cuando el criterio de defensa favorezca al niño, niña o adolescente. e) Separación convencional y divorcio ulterior. f) Tenencia y custodia. g) Régimen de Visitas. h) Consejo de familia. i) Protección del niño, niña y adolescente sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos. j) Declaración de unión de hecho. k) Atención de materias conexas derivadas de casos de violencia familiar

Asimismo, en el artículo 28-C, son considerados sujetos de especial protección y la gratuidad de los servicios de la Defensa Pública “Niñas, Niños y Adolescentes Infracción a la Ley Penal, Desprotección o riesgo desprotección, o cuando se encuentren sin cuidados parentales o adopción (Decreto Legislativo N° 1297), alimentos, filiación y defensa de víctimas en caso sea agravado por algún delito.

#### **IV. MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA OBSERVANCIA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN PROCESOS JUDICIALES**

El artículo 4 de la Convención sobre los Derechos de los Niños señala que, todo estado debe “adoptar las medidas para hacer efectiva la convención sobre los Derechos del Niño”, para hacer efectivo dicho artículo el estado ha creado dispositivos legales con respecto a la participación.

1. El derecho del niño a expresar su propia opinión con los efectos que la Ley le otorga.
2. La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño.
3. La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños.
4. La participación de profesionales cualificados.
5. La representación letrada del niño con la autorización respectiva del padre, según corresponda.
6. La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño.
7. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes al niño.
8. La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño.

Por otro lado, el reglamento de la Ley 30466, aprobado en el 2018 mediante Decreto Supremo 002-2018-MIMP, describe uno de los elementos necesarios para determinar y aplicar el ISN en el artículo 9.1:

La niña, niño o adolescente participa en la determinación de su interés superior cuando se le escucha y se concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo a su edad y madurez, sin discriminación alguna. La madurez es la capacidad de una niña, niño o adolescente para expresar sus opiniones sobre las cuestiones que le afecten de forma razonable e independiente.

Las autoridades y responsables de las entidades públicas y privada garantizan que su punto de vista y su opinión se produzca en condiciones de igualdad [...]

A fin de asegurar su cumplimiento, el Poder Judicial incluye el Protocolo de Participación Judicial del Niño, la Niña y los Adolescentes R.A 228-2016-CE-PJ, que incluye el ámbito de aplicación del derecho a ser oído en un procedimiento judicial, señalando lo siguiente:

El derecho a ser oído del niño es aplicable a todos los procesos judiciales que afecten al niño, sin limitación: divorcio e invalidez matrimonial de los padres, tenencia, régimen de visitas, autorización de viajes, autorización para enajenar bienes de menores de edad, acogimiento familiar, adopción por excepción; suspensión, pérdida y extinción de la patria potestad, violencia física psicológica, sexual o económica; niños y adolescentes en conflicto con la ley penal; abusos sexuales, delitos en perjuicio de los niños, entre otro.

## V. RECOMENDACIONES

1. Es fundamental que los operadores jurídicos puedan adquirir una noción sobre el derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales, para de esa manera tomar en cuenta la opinión manifestada del menor y mejorar la calidad de las motivaciones en las resoluciones judiciales expedidas.
2. Es necesario que el Estado Peruano desarrolle políticas públicas que promuevan la participación de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito judicial, garantizando las condiciones apropiadas para incentivar que expresen sus opiniones de acuerdo a su edad y madurez.

3. Evaluar continuamente y actualizar todos los dispositivos legales sobre derecho a la participación en el sistema judicial de los niños, niñas y adolescentes, con la finalidad de garantizar su eficacia.
4. Las instituciones estatales y privadas deben desarrollar campañas de información con especialistas acerca del sistema y procedimiento de participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales.

## **VI. CONCLUSIONES**

1. Los niños, niñas y adolescentes son reconocidos como sujetos de derecho porque se les atribuyen derechos inalienables; asimismo, porque el Estado reconoce sus derechos, deberes y obligaciones y garantiza la vigencia efectiva de estos mismos.
2. Todo niño, niña y adolescente es sujeto de derechos inherentes, con dignidad plena, tienen derecho de recibir una protección integral, para lograr su correcto desarrollo, el estado como respuesta a la normativa internacional vinculante debe desarrollar legislación y políticas, que promuevan el cumplimiento de todos los derechos de los niños.
3. La participación de los niños, niñas y adolescentes, en un proceso que los vincula, es primordial, puesto que así, se puede conocer las necesidades y responder con la protección que requiere el menor en dichas circunstancias, toda participación del niño debe ir acompañado con el cumplimiento del derecho a ser escuchado, tomar en cuenta todas las opiniones que manifiesta el niño, niña o adolescente de acuerdo a su edad y madurez, la decisión del juez debe cumplir con el principio del interés superior del niño, con el fin de asegurar su bienestar.
4. El derecho a la participación judicial de los niños, niñas y adolescentes posee como fundamentos específicos: derecho a ser oído, derecho a la opinión, derecho a recibir información en demora y forma directa, y derecho a la asistencia jurídica u otra apropiada, todo ello, con la finalidad de garantizar la vigencia efectiva de sus derechos en un proceso judicial.
5. El derecho a ser escuchado puede realizarse directamente por el menor, con las condiciones adecuadas de acuerdo a su edad, o con

un representante; el derecho es facultativo, si el niño muestra su disconformidad no se puede forzar. El representante escogido por el niño, niña o adolescente debe transmitir de forma correcta lo que el menor quiere comunicar.

## VII. AGRADECIMIENTOS

Agradecemos a la Mg. Olga Castro Pérez-Treviño por la asesoría y corrección del presente artículo.

## VIII. REFERENCIAS

Arias, B. (2017). Infancia como sujetos de derechos. *Ratios Juris*. Recuperado de <https://bit.ly/2YHQxoi>

Arjona, C. (s.f). *Teoría General de la Relación Jurídica*. Recuperado de <https://bit.ly/2yXyD1A>

Barletta, M. (2018). *Derecho de la niñez y adolescencia*. Fondo Editorial PUCP.

Cillero, M. (1999). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de: [http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf)

Código de los Niños y Adolescentes (1992).

Comité de los Derechos del Niño (2016). *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú*. Recuperado de: [http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/agenda2017-2018/files/ponencia\\_dna-congreso\\_2018\\_-tania\\_orihuela.pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/agenda2017-2018/files/ponencia_dna-congreso_2018_-tania_orihuela.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Opinión Consultiva - 17/2002. Recuperado de <https://bit.ly/1HpnxT1>

Gómez de la Torre Vargas, M. (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho*. 2da época. Año 14. N° 18 , pp.117-137. Recuperado de: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n18/2393-6193-rd-18-117.pdf>

Sokolich, M. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. *VOX JURIS* (25) 1, pp.81-90.

UNICEF. (2015). *Los derechos de los niños, una orientación y un límite. Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: necesidad de un sistema de garantías reforzadas*. Recuperado de: <https://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2015/06/3-Garantias-reforzadas-31.pdf>

UNICEF. (s/f). *La Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de: [https://www.unicef.org/spanish/crc/images/Guiding\\_Principles.pdf](https://www.unicef.org/spanish/crc/images/Guiding_Principles.pdf)

UNICEF. (2014). *Manual de los derechos del niño*. Recuperado de [https://www.unicef.org/eu/crtoolkit/downloads/Child-Rights-Toolkit-Web-Links\\_ES.pdf](https://www.unicef.org/eu/crtoolkit/downloads/Child-Rights-Toolkit-Web-Links_ES.pdf)

Rodríguez, S. (2017). *¿Qué entendemos por principio de no discriminación?*. Derechos y valores: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Recuperado de <https://eacnur.org/blog/entendemos-principio-no-discriminacion/>

Mancera, N., Mesa, V. y Rodríguez, M. (2016). Derechos de supervivencia: fundamento para una vida digna. En: *Hojas y Hablas*. Recuperado de <http://revistas.unimonserrate.edu.co:8080/hojasyhablas/article/view/16>

Paba, M. (traduc.) (s.f). *Derecho de los niños a la no discriminación. No Discriminación: Humanium*. Recuperado de <https://www.humanium.org/es/no-discriminacion/>

Figueroa, G. (2008). Concepto de derecho a la vida. En: *Ius Et Praxis*. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n1/art10.pdf>

Fecha de recepción: 7 de agosto de 2019

Fecha de aceptación: 04 de octubre de 2019