

## El principio del interés superior del niño y la debida ponderación en la aplicación del Derecho

Ana M. MELLA BALDOVINO\*

SUMILLA

El presente análisis versa sobre la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de abril de 2014, Exp. N° 04058-2012-PA/TC, que resolvió declarar FUNDADA la demanda de amparo por medio de la cual se solicitó la nulidad de la Resolución N° 11 de fecha 26 de abril de 2011 que confirmó la Resolución N° 6 de fecha 18 de febrero de 2011, que declaró la conclusión del proceso y ordenó el archivamiento definitivo de los actuados, en tanto que –a criterio del órgano de control de la constitucionalidad– se había acreditado la vulneración del derecho a la debida motivación (como parte del derecho constitucional al Debido Proceso y Tutela Jurisdiccional, previstas en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución) en el proceso de alimentos seguido contra el señor Elvis Andy Zúñiga Ríos a efectos de procurar asistencia alimentaria a favor de la menor con iniciales S.M.Z.L., hija de las partes.

Según lo precisado por la recurrente, aquella promovió un proceso judicial de alimentos a favor de su menor hija S.M.Z.L., signado con el Exp. N° 2621-2010, habiéndose programado inicialmente la Audiencia Única para el día 10 de febrero de 2011, fecha en la cual ella asistió en compañía de su abogada patrocinante; siendo el caso que no se llevó a cabo dicha diligencia debido a que la magistrada se encontraba despachando en otro juzgado por motivos de las vacaciones judiciales, por lo que se reprogramó la audiencia para el día 18 de febrero de 2011 a las 12:00 horas, fecha en la que ella llegó al local del Juzgado con dos minutos de retraso, es decir,

*En el mes de mayo el Tribunal Constitucional publicó como doctrina jurisprudencial que las reglas procesales deben adecuarse para favorecer el interés superior del niño (Exp. N° 04058-2012-PA/TC, caso Silvia López). Esta resolución se dio en el marco de un juicio por alimentos a favor de una niña, en donde la jueza decidió dar por concluido el proceso debido a que la representante de la menor llegó tarde a la audiencia. La autora considera que además del principio del interés superior del niño, el Colegiado debió desarrollar lo concerniente al derecho de alimentos y el principio de flexibilidad en temas de familia.*

cuando ya se había realizado el llamado a las partes para audiencia, precisando que su tardanza obedeció al delicado estado de salud de su hija mayor. Asimismo refirió que la parte demandada estuvo presente en el local del juzgado antes del llamado a audiencia y que no obstante ello no sea acreditó para efectos de su ingreso a audiencia. Finalmente, señaló que el mismo día de la audiencia cumplió con presentar un escrito solicitando la reprogramación de audiencia por la justificación descrita sin que este haya sido tomado en consideración por el órgano jurisdiccional.

Resulta claro que –de la lectura del caso materia de análisis– existe una colisión o contraposición de dos preceptos, uno el artículo 203<sup>1</sup> del Código Procesal Civil y el otro el artículo IX<sup>2</sup> del Título

\* Abogada por la Universidad de Lima. Especialista en Derecho de Familia.

1 Artículo 203.- Citación y concurrencia personal de los convocados

La fecha fijada para la audiencia es inaplazable y se realizará en el local del juzgado. A ella deberán concurrir personalmente las partes, los terceros legitimados y el representante del Ministerio Público, en su caso. Las personas jurídicas y los incapaces comparecerán a través de sus representantes legales. Las partes y terceros legitimados pueden concurrir con sus abogados.

Preliminar del Código de los Niños y Adolescente, este último en concordancia con lo previsto por el inciso 1 del artículo 3<sup>3</sup> de la Convención sobre los Derechos del Niño (vinculante al ordenamiento normativo peruano de conformidad con lo dispuesto por el artículo 55<sup>4</sup> de nuestra Constitución Política). Dicho esto, corresponde que nos preguntemos si una norma procesal, una norma de carácter adjetiva, cuyo fin es estrictamente instrumental y procedimental, puede prevalecer frente a un interés mayor (un bien jurídico de gran valor y cautela), como lo es el estado de necesidad que evoca toda petición de carácter *alimentario* (con independencia de la edad de la persona) y el *interés superior del niño y adolescente*.

Ahora bien antes de iniciar mi reflexión, corresponde que precise que difiero en parte de los argumentos esgrimidos por el colegiado, en el sentido que la resolución materia de análisis sustenta fundamentalmente su fallo en el hecho de no haberse ponderado o priorizado el Principio de Interés Superior del Niño, frente a la facilista y estricta aplicación de una norma procedimental (artículo 203 CPC) que conllevaba (sin más ni más) a la conclusión del proceso

por inasistencia de las partes a la audiencia de pruebas (sin sopesar absolutamente nada más); sin haber también tomado en consideración la propia naturaleza del proceso que se tramitaba, como lo es el derecho natural de carácter alimentario, el cual entraña la vida misma y el derecho a la subsistencia personal, como manifestación directa del derecho fundamental a la vida, contemplado en el inciso 1 del artículo 2 de nuestra Constitución Política; más aún si en el presente caso, el acreedor alimentario era un menor de edad. Asimismo, considero que debió haberse invocado el *principio de flexibilidad* en temas de familia, trabajado en el Tercer Pleno Casatorio Civil de fecha 15 de diciembre de 2010. Este último, gran ausente, a mi criterio fortalecía y consolidaba ambos derechos sustantivos afectados.

Dicho esto procedo a desarrollar los derechos y principio –a mi criterio– obviados en las Resolución N° 11 de fecha 26 de abril de 2011 que confirmó la Resolución N° 6 de fecha 18 de febrero de 2011, que declaró la conclusión del proceso y ordenó el archivamiento definitivo de los actuados, cuya nulidad se persiguió con motivo del amparo interpuesto, a saber:

### 1) Del derecho alimentario

- Es un derecho vital y de carácter fundamental, que no siempre va de la mano con la necesidad de un menor, pero siempre implica la satisfacción de –por lo menos– necesidades básicas del ser humano (cuando no se tratan de alimentos congruos) y que evoca el propio derecho a la vida y subsistencia personal, como derecho fundamental.
- Este derecho de carácter intrasmisible, irrenunciable, intransferible e incompensable, resulta un derecho sustantivo que a todas luces debe ser priorizado dentro de un proceso judicial que tiene por materia la determinación de una pensión alimentaria, más aún si esta pensión es a favor de un menor de edad, que conlleva la obligación de los padres de proveer el sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades, conforme lo establece el artículo 235 del Código Civil y el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes. Obligación que

Salvo disposición distinta de este Código, solo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el Juez autorizará a una parte a actuar mediante representante.

Si a la audiencia concurre una de las partes, esta se realizará sólo con ella.

Si no concurren ambas partes, el juez dará por concluido el proceso.

#### 2 “Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.-

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”.

#### 3 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 el niño.

2.) Los estados parte se comprometen a asegurar al niño y 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.

3.) Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

#### 4 Tratados

Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional.

consiste en brindar *todo lo necesario* para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente, según lo prevé el artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes.

- Es en virtud a dicha obligación, derivada del principio de solidaridad familiar, que los padres deben procurar el *bienestar integral* de los hijos menores de edad, quienes, debido a su condición personal, no pueden obtener los recursos necesarios para asegurar su propia subsistencia y que, de otro modo, pondrían en extremo peligro su seguridad física y su desarrollo integral.

## 2) Del Principio de Flexibilidad en Derecho de Familia y de la Tutela Jurisdiccional Efectiva

- Este principio surge con motivo del problema humano que entraña todo proceso judicial sobre la materia de familia y consecuentemente requiere de un trato menos riguroso y permeable de la problemática de carácter social. Es así como ha sido desarrollado en el Tercer Pleno Casatorio de fecha 15 de diciembre de 2010, donde expresamente se señala, que: “(...) los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, entre otros, deben aplicarse en forma flexible

en los procesos de familia y en particular en los procesos de divorcio por separación de hecho, *con el fin de darle efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y es-*

*pecialmente cuando se refiera a los niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como suele ocurrir en este tipo de procesos”* (el resaltado es mío).

- Dicho esto podemos sostener que si bien el artículo 203 del Código Procesal Civil, referido a la citación y concurrencia personal de los convocados, señala que: “(...) si no concurren ambas partes [a la audiencia], el juez dará por concluido el proceso”; y el artículo 182 del Código de los Niños y Adolescentes precisa la regulación supletoria, señalando que: “todas las cuestiones vinculadas a los procesos en materias de contenido civil en las que intervenga niños y adolescentes, contempladas en el presente código, se regirán supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil y en el Código Procesal Civil”; también es verdad que el

**“El TC no ha tomado en consideración la propia naturaleza del proceso que se tramitaba, como lo es el derecho natural de carácter alimentario, el cual entraña la vida misma.”**

artículo VII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes<sup>5</sup> establece que la aplicación supletoria de los demás códigos que ahí indican (entre los cuales se encuentran el civil y el procesal civil) se realizará “en lo que

les fuere aplicable” y “cuando correspondan”. Si a esta secuencia normativa le agregamos el principio de flexibilidad en materia de familia y la tutela jurisdiccional efectiva regulado en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil. 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”<sup>6</sup>.

## 3) Principio del Interés Superior del Niño

- Antes de abordar lo relativo al Principio de Interés Superior del Niño, corresponde que haga una breve referencia a la doctrina que otorgó preferencia, priorización y salvaguarda de los intereses de menores de edad, denominada de la “Protección Integral”, *la cual reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos (y no como meros objetos de tutela)*; entendiendo así el

5 Artículo VII.- Fuentes.-

En la interpretación y aplicación del presente Código se tendrá en cuenta los principios y las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño y de los demás convenios internacionales ratificados por el Perú. En todo lo relacionado con los niños y adolescentes, las instituciones familiares se rigen por lo dispuesto en el presente Código y el Código Civil en lo que les fuere aplicable.

Las normas del Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal se aplicarán cuando corresponda en forma supletoria al presente Código. Cuando se trate de niños o adolescentes pertenecientes a grupos étnicos o comunidades nativas o indígenas, se observará, además de este Código y la legislación vigente, sus costumbres, siempre y cuando no sean contrarias a las normas de orden público.

6 STC Exp. N° 09727-2005-PHC/TC de fecha 06/10/2006, fojas 7.

grado de vulnerabilidad en el ejercicio de sus derechos, en razón de su crecimiento y maduración física, social, mental y emocional que caracteriza a las etapas iniciales de la infancia y la adolescencia. Es con base a esta doctrina que se establecen los lineamientos fundamentales para concretar en acciones prácticas el mencionado reconocimiento, debiendo entenderla, en su formulación más básica y esencial, *como la obligación que la sociedad en su conjunto tiene de garantizar y respetar todos los derechos para todos los niños, todas las niñas y todos los adolescentes.*

- Ahora bien, habiendo advertido así lo relevante de los derechos de los menores es que se reguló lo relativo al Principio de Interés Superior del Niño en nuestra legislación, tal y como se encuentra recogido en el artículo 4 de nuestra Constitución Política que establece que: “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”, lo cual –como resulta lógico– tiene una base justa en el interés superior de menores, regulado con mayor determinación en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, donde se precisa 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”.

- Asimismo, se encuentra recogido en la declaración de los derechos del niño en sus principios 7<sup>7</sup> y 8<sup>8</sup> que hacen referencia no solo al principio de interés superior del niño, sino también a la especial protección al menor, priorizando su socorro y atención.
- Queda claro que esta protección no es solo exigible al Estado y sus organismos que lo integran, sino también a las entidades privadas y a la comunidad en general.
- Por su parte el Tribunal Constitucional ha opinado en relación al Principio de Interés Superior y el derecho a vivir en una familia que:

“Teniendo en consideración que la Constitución Política establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, y que tanto la comunidad como el Estado protegen especialmente al niño en situación en

abandono; y asimismo, que el Código de los Niños y Adolescentes prescribe que en toda medida que adopte el Estado concerniente al niño se considerará el interés superior de este y el respeto de sus derechos, y todo menor tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia”<sup>9</sup>.

- En referencia al Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente, Montoya Chávez sostiene que:

“En el ordenamiento jurídico, se han elaborado diversos mecanismos para que los niños y adolescentes, en especial los que sufren desamparo, puedan ser favorecidos y fortalecidos en la observancia de su dignidad. Entendiéndose correctamente la situación que los rodea, los derechos que se le asignan y la posición que asumen dentro de las prioridades estatales y comunes, ellos tendrán mayor oportunidad de ser respetados”<sup>10</sup>.

“En tal sentido, el niño o el adolescente, por su especial situación y por encontrarse en una posición de desventaja respecto de los llamados a velar por su protección,

7 El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

8 El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

9 STC Exp. N° 2165-2002-HC/TC de fecha 14 de octubre de 2002.

10 MONTROYA CHÁVEZ, Víctor Hugo. *Derechos fundamentales de los niños y adolescentes*. Grijley, Lima, 2007, p. 49.

deben contar con una legislación y una situación acorde a sus necesidades que a su vez, requieren un ejercicio pleno de los derechos que la Constitución le ofrece”<sup>11</sup>.

De lo referido se hace evidente que el órgano jurisdiccional que conoció el proceso de alimentos, aplicó

no solo de manera literal un precepto de carácter procedimental, obviando que con ello (dadas las circunstancias alegadas y aparentemente acreditadas por la accionante) estaba desprotegiendo el interés superior de la menor alimentante, obviando la ponderación de derechos que debió de haber realizado a efectos de resolver justamente la causa. Es decir, no solo no aplicó

el principio de interés superior del niño y adolescente, sino que obvió el derecho sustancial que se discutía y quien era el acreedor alimentario (reitero, un menor de edad), sin mencionar la ausencia de aplicación del principio de flexibilidad en temas de familia que van de la mano con el de tutela jurisdiccional efectiva que debe primar en todo proceso judicial. ■

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 50.