



**tirant**  
lo blanch

# La constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina



Nicolás Espejo Yaksic  
Domingo Lovera Parmo  
*Editores*



**Suprema Corte**  
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios  
Constitucionales  
SCJN



**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN  
DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS  
Y ADOLESCENTES EN AMÉRICA LATINA**

## COMITE CIENTIFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

**MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**

*Catedrática de Filosofía del Derecho  
de la Universidad de Valencia*

**ANA CAÑIZARES LASO**

*Catedrática de Derecho Civil de  
la Universidad de Málaga*

**JORGE A. CERDIO HERRÁN**

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.  
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

**JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**

*Ministro en retiro de la Suprema  
Corte de Justicia de la Nación y  
miembro de El Colegio Nacional*

**MARÍA LUISA CUERDA ARNAU**

*Catedrática de Derecho Penal de la  
Universidad Jaume I de Castellón*

**CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO**

*Catedrática de Derecho Civil de la  
Pontificia Universidad Católica de Chile*

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

*Juez de la Corte Interamericana  
de Derechos Humanos*

*Investigador del Instituto de*

*Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

**OWEN FISS**

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho  
de la Universidad de Yale (EEUU)*

**JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED*

**JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC**

*Catedrático de Derecho Penal de  
la Universidad de Valencia*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**

*Catedrático de Derecho Constitucional  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**

*Catedrático de Derecho Civil de  
la Universidad de Sevilla*

**RUTH ZIMMERLING**

*Catedrática de Ciencia Política de la  
Universidad de Mainz (Alemania)*

**MARTA LORENTE SARIÑENA**

*Catedrática de Historia del Derecho de  
la Universidad Autónoma de Madrid*

**JAVIER DE LUCAS MARTÍN**

*Catedrático de Filosofía del Derecho y  
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

**VÍCTOR MORENO CATENA**

*Catedrático de Derecho Procesal de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

*Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**ANGELIKA NUSSBERGER**

*Catedrática de Derecho Constitucional  
e Internacional en la Universidad  
de Colonia (Alemania)*

*Miembro de la Comisión de Venecia*

**HÉCTOR OLASOLO ALONSO**

*Catedrático de Derecho Internacional de la  
Universidad del Rosario (Colombia) y*

*Presidente del Instituto Ibero-Americano  
de La Haya (Holanda)*

**LUCIANO PAREJO ALFONSO**

*Catedrático de Derecho Administrativo  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**CONSUELO RAMÓN CHORNET**

*Catedrática de Derecho Internacional  
Público y Relaciones Internacionales  
de la Universidad de Valencia*

**TOMÁS SALA FRANCO**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**IGNACIO SANCHO GARGALLO**

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)  
del Tribunal Supremo de España*

**ELISA SPECKMANN GUERRA**

*Directora del Instituto de Investigaciones  
Históricas de la UNAM*

Fueron miembros de este Comité:

**Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón**

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

# LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN AMÉRICA LATINA

Nicolás Espejo Yaksic  
Domingo Lovera Parmo  
*Editores*



**Suprema Corte**  
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios  
Constitucionales  
SCJN

**tirant lo blanch**  
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/).

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

© VVAA.

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Avenida José María Pino Suárez núm. 2  
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc  
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© TIRANT LO BLANCH  
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO  
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502  
Hipódromo, Cuauhtémoc  
06100 Ciudad de México  
Telf.: +52 1 55 65502317  
[infomex@tirant.com](mailto:infomex@tirant.com)  
[www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)  
[www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 978-84-1169-337-0  
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com).  
En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/premsa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/premsa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: [http://www.tirant.net/Docs/RSC\\_Tirant.pdf](http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf)

**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

**Ministra Norma Lucía Piña Hernández**

*Presidenta*

**Primera Sala**

**Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo**

*Presidente*

**Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá**

**Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena**

**Ministra Ana Margarita Ríos Farjat**

**Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea**

**Segunda Sala**

**Ministro Alberto Pérez Dayán**

*Presidente*

**Ministro Luis María Aguilar Morales**

**Ministra Yasmín Esquivel Mossa**

**Ministro Javier Laynez Potisek**

**Ministra Loretta Ortiz Ahlf**

**Centro de Estudios Constitucionales  
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

**Alejandra Martínez Verástegui**





# Contenido

<b>Presentación .....</b>	<b>XI</b>
---------------------------	-----------

## INTRODUCCIÓN

<b>El camino hacia la constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina .....</b>	<b>XV</b>
--	-----------

Nicolás Espejo Yaksic  
Domingo Lovera Parmo

<b>Argentina .....</b>	<b>1</b>
------------------------	----------

Florencia Mogni  
Diego Morales

<b>Brasil .....</b>	<b>37</b>
---------------------	-----------

Karyna Batista Sposato

<b>Chile .....</b>	<b>75</b>
--------------------	-----------

Ximena Gauché Marchetti  
Domingo Lovera Parmo

<b>Colombia</b> .....	119
Karol Ximena Martínez Muñoz	
Clara Carolina Cardozo Roa	
<b>Ecuador</b> .....	169
Farith Simon Campaña	
<b>Guatemala</b> .....	205
Pilar Ramírez	
Elvyn Díaz	
<b>México</b> .....	237
Nicolás Espejo Yaksic	
<b>Perú</b> .....	275
Brenda I. Alvarez Alvarez	
<b>República Dominicana</b> .....	315
Elka M. Reyes Olivo	
<b>Uruguay</b> .....	363
Javier Palummo Lantes	
Marielen Moreira Olarán	
<b>Venezuela</b> .....	399
Jaiber Núñez Urdaneta	
Carla Serrano Naveda	
Carlos Trapani Blanco	
Vanessa Marcano Machado	

# **Presentación**

---



La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado una robusta jurisprudencia en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes. Dicha jurisprudencia ha permitido redefinir y precisar importantes instituciones jurídicas en materia civil, familiar, penal y administrativa, así como profundizar los alcances normativos de derechos como la autonomía progresiva, la igualdad, el derecho a vivir en familia, la prevención y respuesta frente a toda forma de violencia y la garantía del derecho a salud y la educación, entre muchos otros. En cumplimiento estricto del mandato constitucional de dar prioridad, en todas sus decisiones y actuaciones, al principio del interés superior de la niñez, la Suprema Corte ha puesto a los derechos de las niñas, niños y adolescentes al centro de su labor interpretativa. Este trabajo ha permitido, a su vez, proyectar el potencial normativo de los derechos de las niñas, niños y adolescentes a campos en los que sus intereses eran tradicionalmente considerados como secundarios o derivados de los derechos o intereses de los adultos.

Junto a su labor estrictamente jurisdiccional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha promovido y liderado el desarrollo de protocolos, la formación continua para juezas y jueces, así como una reflexión académica que resulte útil para dar efectividad a los derechos de las niñas, niños y adolescentes en México y América Latina. Es en este marco de acción que el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha decidido desarrollar una línea de investigación específica en el campo de la niñez y la adolescencia. A través de ella, la Suprema Corte de Justicia de la Nación espera seguir contribuyendo, de manera decidida e innovadora, en la constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en México

Suprema Corte de Justicia de la Nación



# INTRODUCCIÓN

## **El camino hacia la constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina**

---

Nicolás Espejo Yaksic\*

Domingo Lovera Parmo\*\*

\* Investigador del Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de México; Visiting Fellow, Exeter College por la Universidad de Oxford y Guest Lecturer in Law por la Universidad de Leiden.

\*\* Co-director del Programa de Derecho Público y Profesor del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Chile.



SUMARIO: A. Introducción; B. El contenido de esta obra; I. Organización del gobierno y el sistema constitucional; II. Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El papel de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas; III. Reconocimiento expreso de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el texto constitucional; IV. Desarrollos destacados en la jurisprudencia constitucional; C. Hacia la consolidación de la constitucionalización de las niñas, niños y adolescentes en América Latina.

## **A. Introducción**

Este libro busca dar cuenta de la progresiva constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina. En este trabajo colectivo, entenderemos por *constitucionalización* a aquel proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual, éste "resulta totalmente 'impregnado' de normas constitucionales".<sup>1</sup> En particular, este proceso implica dos cosas. De un lado, la recepción constitucional de derechos y principios provenientes de las divisiones en que tradicionalmente se separa el derecho, para dotarlos de la protección que entrega la norma fundamental. De otro lado, la obligatoriedad directa de las normas y principios así recogidos, para todos los órganos del Estado, incluidos sus tribunales y particulares. En esta luz, la interpretación del texto constitucional presupone su fuerza vinculante y corresponde a un

---

<sup>1</sup> Guastini, Ricardo, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trad. de José María Lujambio, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 49.

enfoque inclinado por una lectura extensiva de la Constitución y que hace posible extraer de ella normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política.<sup>2</sup>

Como veremos a lo largo de este libro, el proceso de progresiva constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (NNA) en América Latina se manifiesta a través de cuatro dimensiones específicas:

1. En un reconocimiento explícito de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el texto constitucional y en otras leyes generales.
2. En una progresiva precisión en torno a las nociones implícitas en las normas constitucionales, las cuales se relacionan con la vida de niñas, niños y adolescentes.
3. En la incorporación de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos —particularmente la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas— y a los que se ha reconocido jerarquía constitucional.
4. En el desarrollo de una jurisprudencia que reconoce y desarrolla los derechos de las niñas, niños y adolescentes, emanada de los órganos nacionales competentes para llevar a cabo el control de constitucionalidad, sea este difuso, concentrado o mixto.

A pesar del esfuerzo por dar cuenta del progresivo proceso de constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la región, debe tenerse presente que el análisis de las prácticas constitucionales que

---

<sup>2</sup> Espejo Yaksic, Nicolás, "La constitucionalización del derecho familiar", en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*, Ciudad de México, SCJN, México, 2020, pp. 1-47.

se entrega en esta obra se ofrece con un afán exploratorio antes que dogmático. Es decir, no se busca la reconstrucción de patrones concordantes de las diferentes jurisdicciones que se analizan, aunque, como se verá, existen arreglos institucionales locales que ayudan a su identificación. Antes bien, esta obra colectiva apunta a recuperar y exponer la forma en que se ha avanzado —o no— en la progresiva inclusión de los derechos de niñas, niños y adolescentes en los sistemas constitucionales locales.<sup>3</sup> De allí que, desde un punto de vista analítico, el trabajo apunte a identificar los patrones comunes en el proceso de constitucionalización de los derechos de esta población. Creemos que este esfuerzo, aun cuando sea inicial, constituye un avance importante en el desarrollo de la dogmática constitucional en un campo de baja exploración académica. Sobre todo, si se le compara con otras áreas de estudio o derechos fundamentales específicos.<sup>4</sup> En otras palabras, hemos querido identificar "el complejo normativo e institucional"<sup>5</sup> constitucional en el que se incluyen los derechos de NNA y ofrecer, a través de la mirada de expertos y expertas de cada país, una comprensión articulada de las notas distintivas de esa práctica en los referentes a la constitucionalización de los derechos de NNA.<sup>6</sup> Esa comprensión es articulada tanto por razones de tradición legal, como por la estructura de este trabajo.

Finalmente, y desde el punto de vista de la tradición legal, es importante destacar que América Latina exhibe esquemas constitucionales más o

<sup>3</sup> Algunos estudios similares se han desarrollado, especialmente, a nivel europeo. Cfr., Haugli, Trude; Nylund, Anna; Sigurdson, Randi y Bendiksen, R.L. (eds.), *Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2020 y; *Report on the Protection of Children's Rights: International Standards and Domestic Constitutions*, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), 3 de abril, 2014.

<sup>4</sup> La mayor parte de los trabajos comparativos en la región, en efecto, apuntan a cuestiones ya sea estructurales o institucionales. Véase, por ejemplo, von Bogdandy, Armin, *Por un derecho común para América Latina. Cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020. Los trabajos más recientes en materia de derechos, a su turno, no listan la situación de niños, niñas y adolescentes. Hübner, Conrado et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

<sup>5</sup> Peña, Carlos, *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1995, p. 73.

<sup>6</sup> Sager, Lawrence G., *Justice in Plainclothes: A theory of American Constitutional Practice*, New Haven y Londres, Yale University Press, 2004, p. 12.

menos similares.<sup>7</sup> En efecto, en las experiencias de todos los países que se reúnen en este volumen, las constituciones son textos escritos, más o menos detallados, y cuya comprensión es en parte política, pero, sobre todo, jurídica. De allí que se asigne —como en parte importante de la tradición continental europea— un lugar especial a los tribunales o cortes de justicia en la adjudicación de casos constitucionales, por una parte, y en la delimitación (cuando ello es posible) del contenido de los derechos fundamentales que las constituciones recogen. Además, desde la década de 1990 en adelante, y a pesar de las excepciones que debidamente se anotan en los diferentes capítulos de esta obra, los órdenes constitucionales de la región han venido experimentando una tendencia al constitucionalismo fuerte, esto es, dando pasos considerables hacia el cumplimiento de sus promesas constitucionales".<sup>8</sup>

En lo relativo a la tradición legal, aunque la región exhibe modelos mixtos de incorporación del derecho internacional, algunos más cercanos al monismo y otros al dualismo, lo cierto es que, desde mediados de la década de 1980, el derecho internacional, en especial el de los derechos humanos, es explícitamente abordado en los esquemas constitucionales. Y, en algunos casos, como se podrá advertir a lo largo de estos capítulos, esa constitucionalización ha ido acompañada de la incorporación de otros estándares como las sentencias del sistema interamericano de derechos humanos.<sup>9</sup> Allí donde las normas del derecho internacional de los derechos humanos no han sido abordadas de modo expreso, han sido los tribunales de adjudicación constitucional los que han avanzado en el acomodo de las mismas dentro en el esquema de fuentes, en especial, a través del denominado bloque de constitucionalidad.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Como se ha señalado recientemente, aunque los países de la región —los mismos que aquí se examinan— exhiben "un mosaico de historias nacionales, experimentaciones políticas, transiciones institucionales... todavía pueden identificarse un set de pilares comunes... panoramas institucionales, declaraciones de derechos, sustentos ideológicos y cánones de pensamiento constitucional". Gargarella, Roberto *et al.*, "Introduction", en Hübner, Conrado *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. xv.

<sup>8</sup> Law, David S. y Versteeg, Mila, *Constituciones aparentes*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2018, p. 97.

<sup>9</sup> Chehtman, Alejandro, "Constitutions and International Law", en Hübner, Conrado *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 533-4.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 545-6.

## **B. El contenido de esta obra**

Este libro presenta una revisión general sobre el proceso de constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (NNA) en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. La metodología utilizada para el desarrollo de este proyecto consideró el diseño de una matriz de análisis simple y que permitiera establecer algunas comparaciones entre las distintas jurisdicciones acá analizadas. Dicha matriz provee la estructura de los capítulos que componen la obra e incluye: *a*) un análisis respecto a la organización del gobierno y el sistema constitucional; *b*) la forma en la que cada sistema jurídico incorpora el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el estatus de tales normas en el sistema constitucional; *c*) la existencia o no de normas constitucionales que reconocen expresamente los derechos de niñas, niños y adolescentes y las demás normas generales promulgadas en dicho campo; y *d*) una selección de jurisprudencia destacada en el campo de la interpretación constitucional de algunos derechos específicos de niñas, niños y adolescentes. Dada su relevancia y utilidad, los editores han querido que cada capítulo preste atención sustancial a dichos desarrollos jurisprudenciales, de modo de facilitar una comprensión sobre la forma en que las juezas y los jueces constitucionales han ido desarrollando una doctrina específica en este campo del derecho público.

### **I. Organización del gobierno y el sistema constitucional**

Cada colaboración se inaugura con una sección inicial en la que se presenta la visión general sobre cómo se organiza el gobierno del país del que trata, con especial referencia a la forma de gobierno, la forma de Estado y el sistema de tribunales. En particular, se explica si los órdenes constitucionales contemplan algún tipo de control de constitucionalidad y, de haberlo, si éste se encuentra alojado en los tribunales ordinarios (sea concentrado o difuso) o especiales (como una corte o un tribunal

constitucional). Todos los capítulos muestran que la Constitución es —al margen de una decisión política— una norma justiciable. A esa conclusión colabora tanto la existencia de una jurisdicción constitucional propiamente como tal; esto es, una con atribuciones para revisar la constitucionalidad de los preceptos legales, como la de una práctica constitucional de aplicación de derechos fundamentales, ya sea con efecto vertical —frente al Estado y sus organismos— u horizontal —en el ámbito de las relaciones entre particulares—.

Esta sección, además, se acompaña de algunos datos estadísticos generales sobre el país, la niñez y la adolescencia en cada Estado. Cuando corresponde, se da cuenta de los procesos políticos, culturales o sociales relevantes. Como podrá apreciarse, mientras la mayoría de los países de la región ha venido creciendo en riqueza, la distribución de la misma sigue siendo desigual y afecta, principal, aunque no exclusivamente, a niñas, niños y adolescentes.

## **II. Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El papel de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas**

Los capítulos abordan la forma en que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) es incorporado por los órdenes constitucionales de la región. En particular, se aborda el tipo de reconocimiento constitucional que el DIDH tiene (de tenerlo), su forma de incorporación, su jerarquía en el entramado jurídico y su uso. Algo de esto acabamos de decir anteriormente al situar los contornos de este estudio comparativo, pero lo repetimos: no hay ningún país del estudio colectivo que aquí se presente en el que el DIDH no juegue un papel relevante. Sin embargo, en algunos casos, ese papel es más transversal y viene acompañado de adecuados arreglos institucionales, mientras que, en otro, ese papel primordial ha venido de la mano con su recepción por los tribunales de justicia. En cualquier caso —lo que ciertamente facilita la comparación

que presentamos— la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) figura, como se verá especialmente en la sección sobre jurisprudencia, de una forma u otra, en los órdenes constitucionales de la región.

En efecto, existen algunas experiencias, como la argentina, en las que es la Constitución misma la que identifica a la CDN como un tratado con jerarquía constitucional (artículo 75, N° 22). En el caso de Brasil, en cambio, la enmienda constitucional N° 45, que agregó un párrafo 3o. al artículo 5o., dispone —de modo genérico— que los tratados internacionales y convenciones de derechos humanos aprobados por ambas casas del Congreso Nacional, en dos distintas secciones de votación, por tres quintos de los votos de sus respectivos miembros, deben ser equivalentes a las Enmiendas Constitucionales. En otros casos, en cambio, la cuestión de la jerarquía de los tratados del DIDH ha sido dejada más abierta. Allí es posible situar las experiencias de Perú y Chile. La diferencia estriba, sin embargo, en que mientras en el caso de Perú, su Tribunal Constitucional ha señalado que los tratados internacionales sobre derechos humanos poseen una jerarquía constitucional; en Chile, en cambio, el Tribunal ha deambulado por una serie de interpretaciones que abrazan, finalmente (aunque esto es algo que sigue mutando), la tesis de que los tratados internacionales sobre derechos humanos poseen formalmente jerarquía legal; no obstante, su comprensión se situaría a medio camino entre la ley y la Constitución.

### **III. Reconocimiento expreso de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el texto constitucional**

En la tercera sección, los autores y autoras presentan la forma en que los esquemas constitucionales de los diferentes países de la región reconocen, regulan y protegen los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En especial, ellos y ellas dan cuenta de los procesos de reforma y/o promulgación constitucional experimentados, principalmente, en los últimos 20 años, y cómo en ellos los derechos de las niñas, niños y adolescentes

han venido ocupando un espacio central. También se aprecia una concepción amplia de constitucionalización en la que descansa este trabajo.

La pregunta por el reconocimiento constitucional de derechos puede ser respondida desde varios puntos de vista. Uno, desde luego nada irrelevante en tradiciones legales como las nuestras, es el que atiende al texto de las constituciones. Salvo los casos de Chile y Uruguay, en todos los países de la región existe alguna forma explícita de reconocimiento constitucional de los derechos de NNA. Algunos países reconocen los derechos de NNA echando mano de una cláusula general, como acontece en el caso colombiano.<sup>11</sup> En otros, como en República Dominicana, el reconocimiento se efectúa de forma explícita y en diferentes normas —como las relativas al derecho a la igualdad, al nombre, a ser inscrito en el registro civil, a la igualdad entre hijos, a la salud y a la educación—. Todavía existen casos como el de Ecuador, donde una serie de reformas que acompañaron la ratificación de la CDN concluyeron con un profuso y detallado reconocimiento constitucional que, como se señala en el capítulo en que se revisa esa experiencia, importa "una suerte de constitucionalización de la CDN".

Desde luego, no es irrelevante la manera en la que una constitución se refiere a las niñas, niños y adolescentes. El panorama comparado exhibe una variada forma de mencionarlos, no todas las constituciones colocan necesariamente el énfasis en el reconocimiento de NNA como agentes constitucionales significativos, lo cual supondría asegurar su respeto legal.<sup>12</sup> Así, algunas de las menciones expresas se hacen a propósito de las facultades parentales o como objetos de protección. Un ejemplo del primer enfoque se encuentra en el artículo 19, No. 11, inciso 4o., del texto constitucional chileno, en el que se dispone que "Los padres tienen el

<sup>11</sup> Es cierto que, en el caso colombiano, existe, además, una disposición relativa a los derechos de NNA menores de un año que no estén cubiertos por algún tipo de protección o de seguridad social.

<sup>12</sup> Espejo Yaksic, Nicolás, "El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución de la República", en Quesille, Anuar (coord.), *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes*, Santiago, UNICEF, 2017, pp. 28-29.



derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos". Un ejemplo del segundo tipo de cláusulas lo ofrece el artículo 4o. de la Constitución de Perú, en el que se lee que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono".

Como ha sugerido Conor O'Mahony, un reconocimiento constitucional robusto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes debiera considerar tres criterios: a) *visibilidad*: conforme al cual resulta necesario determinar si los derechos de las niñas, niños y adolescentes se encuentran y de qué manera en el sistema constitucional; b) *agencia*: conforme al cual ha de precisarse si las niñas, niños y adolescentes son considerados como sujetos independientes, sujetos titulares de derechos de autonomía o, en cambio, como meros objetos de protección y; c) *exigibilidad*: criterio que nos permite saber si las niñas, niños y adolescentes cuentan con acceso a garantías —judiciales y de otro tipo, incluidas las institucionales— que permitan el cumplimiento efectivo de sus derechos.<sup>13</sup>

En cuanto a la *visibilidad*, la región exhibe buenas experiencias. Una de ellas es la de Brasil, que en el párrafo 3o. del artículo 227 detalla una lista de derechos y ámbitos de especial protección, entre ellos: la garantía de seguridad social y derechos laborales; así como la garantía de acceso a la escuela para el adolescente y el incentivo del gobierno, mediante asistencia legal, incentivos fiscales y subsidios, según lo dispuesto por la ley, para la protección a través de la tutela de niños o adolescentes huérfanos o abandonados. De todas formas, el enfoque de los derechos allí listados posee un enfoque más bien tutelar. Otra experiencia interesante, aún en la visibilidad, la ofrece la Constitución de Colombia de 1991, cuyo artículo 44 dispone que son derechos fundamentales de los niños:

la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la

---

<sup>13</sup> O'Mahony, Conor, "Constitutional Protection of Children's Rights: Visibility, Agency and Enforceability", *Human Rights Law Review*, vol. 19, núm. 3, 2019, pp. 401-434, 402.

cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

En el ámbito de la *agencia*, puede decirse que los textos constitucionales son más bien mezquinos en su abordaje. Una excepción puede encontrarse en Venezuela, donde la Constitución los menciona como "sujetos plenos de derecho" (artículo 78). Sin embargo, debe advertirse que parte importante de la protección de la agencia de niñas, niños y adolescentes se protege a nivel de las legislaciones de protección integral que —como se tendrá oportunidad de ver en los desarrollos jurisprudenciales de cada país— han sido cruciales en el resguardo de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como en la incorporación de garantías institucionales para el resguardo de sus derechos.

En cuanto a la *exigibilidad* de los derechos, ahora, ésta se ha visto favorecida —aunque no con mención expresa a la situación de niñas, niños y adolescentes— por la tendencia largamente extendida en la región que comprende las constituciones y, en especial, sus cartillas de derechos (explícitos e implícitos) como directamente vinculantes y judicialmente exigibles. Como también se advierte en los desarrollos jurisprudenciales de cada país, pero también en la presentación general de los esquemas constitucionales de los mismos, la región ofrece una rica y asentada tradición de acciones constitucionales de emergencia.<sup>14</sup> Tal tradición permite —como hemos dicho— la invocación directa de los derechos fundamentales ante los tribunales de justicia, incluidos los de niños, niñas y adolescentes.

---

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, Nogueira, Humberto (coord.), *Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva*, Santiago, LexisNexis, 2005. El conjunto de arreglos institucionales, a su turno, ha ido acompañado de un cierto cambio de "actitud" respecto del derecho y el rol de jueces y juezas. Huneus, Alexandra *et al.*, "Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America", en Couso, Javier *et al.*, *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 3.

Dos fenómenos adicionales complementan algunos de los principales hallazgos de los capítulos en estas secciones. Primero, y al margen de los reconocimientos expresos, la región es rica en la incorporación o reconocimiento constitucional *implícito* de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En este caso, el reconocimiento de derechos no se encuentra expresamente establecido en el texto constitucional,<sup>15</sup> sino que, luego de un proceso de interpretación o integración, que puede dialogar más o menos con el texto explícito de una constitución,<sup>16</sup> se incorpora al estatuto constitucional. Segundo, podría sugerirse que hay ciertos cuerpos legales que, dada su especial trascendencia social y (sobre todo) política,<sup>17</sup> adquieren, siendo normas de jerarquía simplemente legal, una suerte de aura constitucional.<sup>18</sup> Y ello sería así no sólo por la función gubernativa que desempeñan, sino también en el caso del reconocimiento de derechos individuales.<sup>19</sup>

En otras palabras, sobre la base del enfoque amplio de constitucionalización que hemos enunciado, debe advertirse que, en todos los países de la región, en algunos desde hace bastante tiempo y en otros más recientemente, existe un cúmulo de regulaciones legales que ha venido incorporando regulaciones comprensivas en materia de derechos de la infancia, las denominadas leyes de protección integral, por una parte, y sectoriales, de otra. Esto, como podrá observarse —Brasil es un muy buen ejemplo al respecto— no deja de ser importante, en la medida que esos estatutos legales han servido de base a varios tribunales a cuyo cargo está la interpretación constitucional.

---

<sup>15</sup> Este es, como se ha dicho, el trono común de los diferentes acercamientos a la teoría de los derechos implícitos. Contreras, Pablo "¿Derechos Implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental", en Nuñez, José (coord.), *Nuevas perspectivas del derecho público*, Santiago, Librotecnia, 2011, pp. 149-185.

<sup>16</sup> Los diferentes acercamientos, en la medida que dialogan más o menos con el texto, se encuentran en *Ibidem*, pp. 154-9.

<sup>17</sup> Cfr., Tushnet, Mark, *Why the Constitution Matters*, New Haven, Yale University Press, 2010.

<sup>18</sup> William N. Eskridge Jr. y John A. Ferejohn, "Super-Statutes", *Duke Law Journal*, vol. 50, 2001, pp. 1215-1276.

<sup>19</sup> A condición, sin embargo —parecido a lo que sugiere Tushnet—, de que se trate de leyes que reconocen algunos de "nuestros más importantes derechos humanos". Young, Ernest, "The Constitution Outside the Constitution", *Yale Law Journal*, núm. 117, 2007, pp. 408-473, 423.

#### IV. Desarrollos destacados en la jurisprudencia constitucional

En la sección final de los capítulos, la más extensa de cada uno de ellos, se aborda cómo su jurisprudencia constitucional ha venido reconociendo, regulando y protegiendo los derechos de la niñez y la adolescencia. Si bien en esta sección no faltan las decisiones de los órganos de control de constitucionalidad y de defensa de los derechos fundamentales, se incluyen, además, algunas sentencias que, aunque hayan sido pronunciadas por la judicatura ordinaria, reconocen, incorporan y desarrollan los derechos de niñas, niños y adolescentes. Como se verá, en la mayoría de la jurisprudencia seleccionada, la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos —especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas— ha desarrollado un papel preponderante. Dicha característica parece ir en línea con desarrollos jurisprudenciales comparados en materias como interés superior de la niña, niño o el adolescente; la autonomía progresiva; el derecho a ser oído y tomado en cuenta; derechos a la participación y políticos; a la vida; a la educación; la salud y la igualdad; a la vida familiar y responsabilidades parentales, entre otros.<sup>20</sup>

Un principio y derecho que tiene un papel predominante en la jurisprudencia destacada en América Latina es el interés superior de la niña, niño o adolescente (ISN). En la región ha encontrado eco la idea de que el ISN es norma de procedimiento, criterio de adjudicación (en el sentido de hacer prevalecer los derechos de niñas, niños y adolescentes frente a otras consideraciones) y derecho fundamental. Como ha señalado el Tribunal Constitucional de Perú, el ISN es una norma con fuerza normativa superior, que cubre tanto la producción normativa, como la interpretación y aplicación de las mismas. En Ecuador, la Corte Constitucional lo ha definido como un principio "rector, cardinal, regulador de la

---

<sup>20</sup> Ver, en particular, Kilkelly, Ursula, Lundy, Laura y Byrne, Bronagh (eds.), *Incorporating the UN Convention on the Rights of the Child into National Law*, Cambridge, Intersentia, 2021.

normativa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes" que impone deberes a todas y cada una de las autoridades públicas. Mientras que un criterio similar se ha observado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela; en Uruguay, incluso, se lo ha mencionado expresamente como criterio que debe guiar también la elaboración de políticas públicas.

En la experiencia argentina, por su parte, se lo ha definido como pauta de decisión y criterio para la intervención institucional; mientras que, en la colombiana, se lo ha entendido como principio rector y transversal de la garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Esto es lo que ha empujado a tribunales, como el constitucional peruano, a entender que el ISN permite la flexibilización de las normas y procedimientos cuando hay niños, niñas o adolescentes involucrados. Criterio similar al que ha seguido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, la cual ha sostenido que el ISN no puede ser utilizado de manera rígida o inflexible. En Guatemala se ha sostenido un criterio similar. Esto permite que jueces y juezas puedan —y en rigor deban— prestar atención a las circunstancias particulares de cada caso, antes que hacerlo sobre la base de aproximaciones preconcebidas o encasilladas. Criterios similares son seguidos por la jurisprudencia de otros países analizados.

Otro derecho que figura prominentemente en la jurisprudencia de la región es el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos y tomados en cuenta. En la experiencia argentina y venezolana, por ejemplo, se ha enfatizado la conexión de este derecho con el ISN, en la medida que la opinión de niños, niñas y adolescentes resulta crucial —aunque, por cierto, no lo único relevante— en la determinación del ISN. En Colombia, incluso, se han anulado sentencias que no han considerado en absoluto (o si lo han hecho, no debidamente) la opinión de niñas, niños y adolescentes. En otras ocasiones el ISN ha servido para el reconocimiento implícito del derecho a ser oído y tomado en cuenta. Este es el camino que enseñan, por ejemplo, México, República Dominicana y Uruguay.

En el caso de Guatemala, su jurisprudencia ha defendido este derecho como uno que debe respetarse en todos los asuntos, sean estos de índole judicial o administrativa, en que se tomen decisiones que afecten directa o indirectamente los derechos de niñas, niños y adolescentes. En Ecuador, finalmente, el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos no implica que estos deban probar que tienen la capacidad para que sus opiniones sean tomadas en cuenta, antes bien, genera deberes estatales de prever las condiciones necesarias para desplegar este derecho.

Asimismo, es posible identificar en el derrotero jurisprudencial de la región un reconocimiento del derecho de niñas, niños y adolescentes a su autonomía progresiva. Por cierto, también se lo ha reconocido en conexión al ISN. Así, en Colombia se ha señalado que el ISN mandata considerar a niñas, niños y adolescentes como sujetos activos en el ejercicio de sus derechos, los que podrán ejercer de acuerdo con su autonomía progresiva. Un criterio similar se ha seguido en Ecuador, donde el desconocimiento de la autonomía progresiva sería equivalente a negarles su condición de sujetos de derecho.

Parte importante de las referencias a este derecho en la región, finalmente, se abordan a propósito de decisiones de niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la identificación y realización de sus proyectos de vida. Así, por caso, en Chile se lo ha referido —en conjunto con una comprensión holística del ISN— para efectos del reconocimiento del derecho a la identidad de género como para proteger constitucionalmente la libertad de expresión en el ámbito de protestas estudiantiles. En Perú, a su turno, ha sido referido, entre otras razones, para efectos de despenalizar las relaciones sexuales consentidas entre y con adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años. En México, la autonomía progresiva le ha permitido sostener a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, alcanzado un cierto estado de competencia, no habría espacio para imponer al adolescente una decisión contraria a sus deseos; mientras que Uruguay ha tenido un interesante desarrollo a propósito de la competencia de niños y niñas en el área médica.

En el caso del derecho a la vida, podrá apreciarse que desde luego se lo invoca tratándose de las más flagrantes violaciones a los derechos de niñas, niños y adolescentes. Así, en Brasil, ha sido invocado en contexto de violencia doméstica y familiar. En otras ocasiones, este derecho es protegido a propósito de la tutela en materia de derechos sociales, como en el caso argentino, donde hay una interesante jurisprudencia desarrollada en torno a los derechos a la salud y la seguridad social, o a propósito del derecho a un nivel adecuado de vida, como en Guatemala, donde se han decidido casos tratándose de niñas, niños y adolescentes en condiciones de desnutrición crónica. En otras, finalmente, se lo vincula con el tratamiento de la salud, como en el chileno y el venezolano —en ambas experiencias se detallan casos en los que se ha preferido el derecho a la vida del niño o niña por sobre la libertad religiosa de sus progenitores—.

Desde luego, no son los únicos derechos que han recibido atención en la región. Los capítulos enseñan, además, un interesante desarrollo en el ámbito de los derechos sociales; en especial, la educación, los derechos de las niñas, niños y adolescentes indígenas, el derecho a la vida familiar y al desarrollo de una justicia amigable o adaptada a la niñez y la adolescencia, entre otros.

### **C. Hacia la consolidación de la constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina**

Los capítulos que componen esta obra colectiva dan cuenta de una constitucionalización incipiente, pero creciente, de los derechos de niñas, niños y adolescentes. ¿Importa esto? ¿Qué razones permiten sugerir que tal proceso es no sólo positivo, sino también necesario, para la protección y el respeto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina?

La primera cuestión que vale la pena precisar es que, la constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes no resulta equivalente al reconocimiento expreso o formal de tales derechos en el texto constitucional. Una norma constitucional que reconozca los derechos de niñas, niños y adolescentes podría tener un mero efecto simbólico y no transformar la protección de dichos derechos en la práctica.<sup>21</sup> Del mismo modo, una constitución que no contenga una norma explícita y que reconozca los derechos de las niñas, niños y adolescentes no implica, necesariamente, que tales derechos no sean respetados.<sup>22</sup> En nuestra opinión, la cuestión central sobre los diversos procesos de constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que están teniendo lugar en distintas regiones del mundo, estriba en la progresiva consolidación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el entramado constitucional en su conjunto. Es decir, no sólo o necesariamente, en la existencia de normas explícitas que reconocen estos derechos, sino en prácticas constitucionales que dan cuenta de ellos.

Como se puede observar en los diferentes capítulos que componen esta obra, los esquemas constitucionales de la región enseñan que, junto al reconocimiento expreso de los derechos constitucionales de niñas, niños y adolescentes, se ha reconocido también su existencia a nivel implícito. Con todo, y como enseña la reciente decisión de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica respecto del derecho al aborto en *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*,<sup>23</sup> el reconocimiento de derechos implícitos por parte de los tribunales está sujeto a

---

<sup>21</sup> Nylund, Anna, "Introduction to Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries", en Haugli, Trude *et al.*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>22</sup> El caso de los Países Bajos es paradigmático en este sentido. Su Constitución Política no contiene una norma que reconozca los derechos de las niñas, niños y adolescentes, salvo en lo relativo al derecho a la educación. Dicho sistema jurídico tampoco cuenta con una ley general que reconozca los derechos de las niñas, niños o adolescentes, sino distintas normas en diversos cuerpos legales y que hacen referencia a ellos. Sin perjuicio de ello, para el año 2022, el Reino de los Países Bajos tenía el cuarto lugar a nivel mundial del *ranking* de derechos de la niñez, elaborado por Kids Rights. Cfr., <https://www.kidsrights.org/research/kidsrights-index/>

<sup>23</sup> Thomas E. Dobbs, *State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization, et al.*, No. 19-1392, 597 U.S. [2022], en: [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf)



las muy concretas amenazas de su reversión, en contextos políticos menos favorables. No hay razones para creer que, en América Latina, no debiéramos estar atentos a dicha posibilidad.

A su vez, y más allá de la cuestión específica respecto a si la constitución contiene una o más normas expresas (generales o específicas) que reconocen los derechos de niñas, niños y adolescentes, hay razones de peso para insistir en la constitucionalización formal de los mismos.<sup>24</sup> Cuando las disposiciones centradas en los derechos de la niñez están arraigadas en las constituciones se hace más difícil su erosión, lo que asegura que tengan prioridad sobre todas las demás leyes nacionales con las que puedan entrar en conflicto. A su vez, tales normas constitucionales operan como un "trampolín" desde el cual proyectar los marcos legales y políticos y pueden ayudar a promover conciencia y dar legitimidad a tales derechos.<sup>25</sup> Del mismo modo, la constitucionalización de los derechos de niñas, niños y adolescentes permite evitar la *subordinación* de estos intereses específicos, a los intereses de la sociedad, la familia o de sus padres.<sup>26</sup> Un mandato constitucional de prioridad ayuda a precisar la supremacía de los intereses de niñas, niños y adolescentes sobre otras consideraciones importantes.<sup>27</sup>

Del mismo modo y una vez "constitucionalizados", los derechos de niñas, niños y adolescentes no sólo se convierten en un marco de referencia importante para la formulación e implementación de la legislación y las

---

<sup>24</sup> Para una revisión más detallada de tales razones, ver Espejo Yaksic, Nicolás, "Los derechos de las niñas, niños y adolescentes", en Ibarra Olguín, Ana María (coord.), *Curso de derechos humanos*, Ciudad de México, SCJN/Tirant lo Blanch, 2022, pp. 617-658.

<sup>25</sup> Sloth-Nielsen, Julia y Oliel, Michelle, *Constitutionalising Children's Rights and Domestic Courts of Member States of the Council of Europe*, Publication series of Deutsches Kinderhilfswerk e.V. núm.7, 2019, p. 6.

<sup>26</sup> O'Mahony, Conor, "The Promise and Pitfalls of Constitutionalizing Children's Rights", en Dwyer, James G. (ed.), *Oxford Handbook of Children and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 871- 896.

<sup>27</sup> Liefwaard, Ton y Doek, Jaap (eds.), *Litigating the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer, 2015, p. vii.

políticas públicas.<sup>28</sup> La precisión de derechos y garantías en el texto constitucional ayuda a dotar de mayor coherencia a la interpretación judicial y precisar contornos y contenidos normativos mínimos, desde los cuales se proyecta el trabajo del intérprete constitucional.<sup>29</sup> Finalmente, la constitucionalización de los derechos de la niñez no sólo permite al Estado, los progenitores y la sociedad en su conjunto tener claridad respecto al catálogo de derechos orientados al cuidado y protección de niñas, niños y adolescentes. Al hacerlo, dicho reconocimiento provee de buenas razones para contar con mayor claridad social, cultural y política respecto al papel que niñas, niños y adolescentes desempeñan no sólo como "sujetos de protección especial" sino, también, como "agentes políticos y constitucionales significativos".<sup>30</sup>

Estamos seguros de que los aportes hechos por las y los autores de este libro permitirán no sólo contribuir a un mejor conocimiento y comparación de los diversos procesos de constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina. Los capítulos aquí contenidos pueden ayudar a promover una discusión dogmática y práctica de un constitucionalismo que ha prescindido, por demasiado tiempo ya, de los desafíos que le imponen la niñez y la adolescencia.

## **Bibliografía**

Guastini, Ricardo, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trad. de José María Lujambio, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

---

<sup>28</sup> Sloth-Nielsen, Julia y Kruuse, H., "A Maturing Manifesto: The Constitutionalisation of Children's Rights in South African Jurisprudence 2007-2012," en *International Journal of Children's Rights* 21, 2013, p. 647.

<sup>29</sup> Espejo Yaksic, Nicolás, "Desconocimiento y subordinación. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile al Proyecto de Ley que establece el Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez", en *Anuario de Derecho Público* 2022, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2023.

<sup>30</sup> Lovera, Domingo, *Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes. Agencia presente y futura*, Santiago de Chile, Plataforma Contexto, 2021.

Bogdandy, Armin, von, *Por un derecho común para América Latina. Cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020.

Contreras, Pablo "¿Derechos Implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental", en Nuñez, José (coord.), *Nuevas perspectivas del derecho público*, Santiago, Librotecnia, 2011, pp. 149-185.

Espejo Yaksic, Nicolás, "El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución de la República", en Quesille, Anuar (coord.), *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes*, Santiago, UNICEF, 2017, pp. 11-43.

Espejo Yaksic, Nicolás, "La constitucionalización del derecho familiar", en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*, Ciudad de México, SCJN, 2020.

Espejo Yaksic, Nicolás, "Los derechos de las niñas, niños y adolescentes", en Ibarra Olguín, Ana María (coord.), *Curso de derechos humanos*, Ciudad de México, SCJN/Tirant lo Blanch, 2022, pp. 617-658.

Espejo Yaksic, Nicolás, "Desconocimiento y subordinación. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile al Proyecto de Ley que establece el Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez", en *Anuario de Derecho Público 2022*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2023 (en prensa).

Ferrajoli, Luigi, "El paradigma normativo de la democracia constitucional", en Marcilla Córdoba, G. (coord.), *Constitucionalismo y garantismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

Haugli, Trude, Nylund, Anna, Sigurdson, Randi y Bendiksen, R.L. (eds.), *Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2020.

Hübner, Conrado et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

Huneus, Alexandra et al., "Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America", en Couso, Javier et al., *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Kilkelly, Ursula, Lundy, Laura y Byrne, Bronagh (eds.), *Incorporating the UN Convention on the Rights of the Child into National Law*, Cambridge, Intersentia, 2021.

Law, David S. y Versteeg, Mila, *Constituciones aparentes*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2018.

Lawrence G., *Justice in Plainclothes: A theory of American Constitutional Practice*, New Haven y Londres, Yale University Press, 2004.

Liefwaard, Ton y Doek, Jaap (eds.), *Litigating the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer, 2015.

Lovera, Domingo, *Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes. Agencia presente y futura*, Santiago de Chile, Plataforma Contexto, 2021.

Nogueira, Humberto (coord.), *Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina: presente y pros-pectiva*, Santiago, LexisNexis, 2005.

O'Mahony, Conor, "Constitutional Protection of Children's Rights: Visibility, Agency and Enforceability", *Human Rights Law Review*, vol. 19, núm. 3, 2019, pp. 401-434.

O'Mahony, Conor, "The Promise and Pitfalls of Constitutionalizing Children's Rights", en Dwyer, James G. (ed.), *Oxford Handbook of Children and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 871- 896.

Peña, Carlos, *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1995.

Sloth-Nielsen, Julia y Kruuse, H., "A Maturing Manifesto: The Constitutionalisation of Children's Rights en South African Jurisprudence 2007-2012", *International Journal of Children's Rights*, núm. 21, 2013, pp. 646-678.

Sloth-Nielsen, Julia y Oliel, Michelle, *Constitutionalising Children's Rights and Domestic Courts of Member States of the Council of Europe*, Publication series of Deutsches Kinderhilfswerk e.V. núm.7, 2019, p. 6.

Thomas E. Dobbs *et al.*, *State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. [2022], en: [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf)

Tushnet, Mark, *Why the Constitution Matters*, New Haven, Yale University Press, 2010.

William N. Eskridge Jr. y John A. Ferejohn, "Super-Statutes", *Duke Law Journal*, vol. 50, 2001, pp. 1215-1276.

Young, Ernest, "The Constitution Outside the Constitution", *Yale Law Journal*, núm. 117, 2007, pp. 408-473.



# **Argentina**

---

Florencia Moggi\*

Diego Morales\*\*

\* Socióloga, Asistente del Equipo de Gestión, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires, Argentina.

\*\* Abogado, director del Área de Litigio y Defensa Legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires, Argentina.



SUMARIO: A. Contexto nacional; B. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno; C. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes; D. Jurisprudencia relevante; I. Interés superior de la niña, el niño o el adolescente; II. Derecho a ser oído y tomado en cuenta; III. Derecho a la vida; IV. Derecho a la vida familiar y derechos/responsabilidades parentales; V. Derecho a la salud; VI. Derecho a la educación y el derecho a la igualdad y la no discriminación; VII. Derecho a la seguridad social; VIII. Derecho a la vivienda; E. Conclusiones.

## **A. Contexto nacional**

La República de Argentina es un Estado representativo, federal y republicano.<sup>1</sup> La forma de gobierno es representativa, dado que el pueblo gobierna por medio de representantes elegidos a través del voto obligatorio. Su carácter federal permite que conviva el Gobierno federal, que abarca todo el territorio de la nación, con los gobiernos provinciales. Cada provincia dicta para sí una constitución bajo el régimen mencionado, establece su administración de justicia, régimen municipal, la educación primaria,<sup>2</sup> y conserva todos los asuntos que no delegó de manera expresa al gobierno federal.<sup>3</sup> El poder se organiza a partir de tres órganos: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. El Poder Legislativo se representa a través de un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la Ciudad de

---

<sup>1</sup> Constitución de la Nación Argentina, artículo 1.

<sup>2</sup> *Ibidem*, artículo 5.

<sup>3</sup> *Ibidem*, artículo 121.

Buenos Aires.<sup>4</sup> El Poder Ejecutivo de la Nación es desempeñado por un ciudadano con el título de "Presidente de la Nación Argentina".<sup>5</sup> El Poder Judicial es ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los tribunales inferiores federales establecidos por el Congreso de la Nación.<sup>6</sup> El control de constitucionalidad en Argentina es de carácter difuso, realizado por cada uno de los jueces que intervienen en los casos.<sup>7</sup> Este control debe ser realizado por todos los jueces con independencia de su jurisdicción federal o provincial.<sup>8</sup>

La reforma constitucional de 1994 incorporó en el ámbito del Congreso de la Nación a la Auditoría General de la Nación, como órgano de control externo del sector público nacional,<sup>9</sup> y al Defensor del Pueblo de la Nación como órgano independiente para la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, artículo 44.

<sup>5</sup> *Ibidem*, artículo 87.

<sup>6</sup> *Ibidem*, artículo 108.

<sup>7</sup> Corte Suprema de la Justicia de la Nación, Thomas, E. c. EN s/medida cautelar, Fallos: 333:1023, cons. 8. En el caso la Corte Suprema revocó una decisión judicial dictada en el marco de una medida cautelar que decidió la suspensión en toda la Argentina de una ley del congreso. Allí explicó que "el derecho constitucional comparado conoce dos modelos puros u originarios de control de constitucionalidad: el difuso o estadounidense y el centralizado o austríaco. Conforme al primer modelo, cualquier juez puede en un proceso declarar la inconstitucionalidad de una norma y, en consecuencia, sentenciar sin aplicarla. Conforme al segundo modelo, un único tribunal puede juzgar la inconstitucionalidad de la norma, pero en caso que lo haga ésta no sólo no se aplica al caso sino que pierde vigencia erga omnes". "El modelo argentino es claramente el difuso o norteamericano en forma pura. En una acción como la precedente, ningún juez tiene en la República Argentina el poder de hacer caer la vigencia de una norma erga omnes ni nunca la tuvo desde la sanción de la Constitución de 1853/1860. Si no la tiene en la sentencia que decide el fondo de la cuestión, a fortiori menos aún puede ejercerla cautelarmente".

<sup>8</sup> Corte Suprema de la Justicia de la Nación, Artigué Pablo s/restitución de detenido, 25 de marzo de 1994, cons 11, dijo "esta Corte ha declarado que todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero pueden interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponde, y que desde todo punto de vista sería inconstitucional impedir a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, las leyes que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, a las que las autoridades de cada estado están obligadas a conformarse, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan sus constituciones o leyes, pues deben tratar todas las cuestiones federales propuestas (art. 31 de la Constitución Nacional, Fallos: 308: 490, 311:2478 y sus citas)".

<sup>9</sup> Constitución de la Nación Argentina, artículo 85.

la Constitución y las leyes.<sup>10</sup> También, en la reforma se incorporó el Ministerio Público, órgano independiente integrado por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, con la función de "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República".<sup>11</sup> Por último, la reforma creó el Consejo de la Magistratura que tiene a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.<sup>12</sup>

Argentina es considerado un país de ingresos mediano-alto (USD 2,501,427.94), con una población total de 45808,747 habitantes en 2021,<sup>13</sup> de los cuales 51% son mujeres y 49%, hombres. La población menor de 18 años se distribuye de manera desigual en todo el país. Gran parte de las provincias de las regiones noroeste y noreste tienen un mayor porcentaje de niños, niñas y adolescentes (NNA), mientras que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el menor porcentaje. Los 13192,919 de NNA de la Argentina representan 28.8% de la población. Los menores de 5 años representan 9.7%; de 6 a 12 años, 11.4%, y de 13 a 17 años, 7.7% del total de la población.<sup>14</sup>

En marzo de 2022 se indicó que la pobreza infantil y de adolescentes (0-17 años) fue de 51.8%, con una tasa de 54% en el caso de los adolescentes de entre 12 a 17 años. La tasa de pobreza multidimensional alcanzó 51.4 %, afectando a 5.5 millones de menores de 14 años. De ese total, 38.8% son pobres no indigentes, mientras que 12.6% se encuentra en extrema pobreza. Las menores tasas de pobreza se dieron en la región pampeana, con 35.3%, y patagónica, con 31.5%. Por el contrario, la región con mayor tasa de pobreza fue la de Cuyo, con 42.7%. Las regiones

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, artículo 86. Argentina no cuenta con defensor o defensora del pueblo desde 2009, cuando renunció el entonces defensor del pueblo, Eduardo Mondino.

<sup>11</sup> Constitución de la Nación Argentina, artículo 120.

<sup>12</sup> *Ibidem*, artículo 114.

<sup>13</sup> <https://datos.bancomundial.org/?locations=XT-AR>

<sup>14</sup> [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/12/senaf\\_dngdi-indicadores\\_nna-aspectos\\_demograficos-arg2021\\_25\\_abr\\_2022.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/12/senaf_dngdi-indicadores_nna-aspectos_demograficos-arg2021_25_abr_2022.pdf)

del norte presentaron tasas similares a las de Cuyo, el noreste, 39.4%, y el noroeste, 39.2 por ciento.

En los aglomerados urbanos, en 2020 más de 27% de los hogares estaban en condiciones de hacinamiento y 44.4% de las personas que viven en esos hogares, en situación de pobreza.<sup>15</sup> Aproximadamente 4 millones de personas que habitan las áreas urbanas de Argentina viven en barrios populares, de los cuales 1.5 millones son niños, niñas y adolescentes; 15.5% de los menores de 18 años sufrieron inseguridad alimentaria severa durante en 2021. La inseguridad alimentaria en la población de 13 a 17 años es de 18.9%, que desciende a 16.7% en chicos de 5 a 12 años y a 9.5% en el grupo de niños de 0 a 4 años.<sup>16</sup>

En cuanto a los niveles educativos, la tasa de escolarización del nivel primario alcanza 98%, lo que da cuenta de que la cobertura en la escuela primaria es prácticamente universal. Últimamente se evidenció un incremento de la participación en establecimientos del sector privado en detrimento del sector público. La tasa de escolarización del nivel secundario, por su parte, es de un 89.5%. En Misiones, Santiago del Estero y Chaco los porcentajes son los más bajos del país (70.1, 75.2 y 76.2%, respectivamente) mientras que en CABA, Santa Cruz y Chubut están los valores más elevados (99.6, 97.9 y 97.4%, respectivamente).<sup>17</sup>

Está prohibido por la ley el trabajo de las personas menores de 16 años. Las excepciones existen en casos en que los niños, niñas o adolescentes sean mayores a 14 años y trabajen en empresas familiares; sin embargo, de acuerdo con la Encuesta de Actividades de Niños, Niñas y Adolescentes<sup>18</sup> realizado en 2016-2017, 35.3% de adolescentes trabajan entre 10 y 36 horas semanales. Aquellos y aquellas que trabajan entre 10 a 3 horas constituyen 33.4 por ciento.

---

<sup>15</sup> Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales, 2021.

<sup>16</sup> <https://www.bancodealimentos.org.ar/novedades/cifras-del-hambre-en-argentina-y-el-mundo/>

<sup>17</sup> [https://cms-test.argentinosporlaeducacion.org/media/reports/El\\_estado\\_de\\_la\\_educacion\\_Argentina.pdf](https://cms-test.argentinosporlaeducacion.org/media/reports/El_estado_de_la_educacion_Argentina.pdf)

<sup>18</sup> [https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/eanna\\_2018.pdf](https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/eanna_2018.pdf)

Los resultados de la Encuesta Complementaria sobre Poblaciones Indígenas, publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, determina que 10,329 personas se reconocen descendientes o pertenecientes a un pueblo indígena.

## **B. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno**

Argentina ha suscrito tratados internacionales sobre derechos humanos —en general— desde 1984.<sup>19</sup> Ese año decidió ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, su protocolo facultativo núm. 1 y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ambos de la ONU. Entre 1985 y 1990 ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura u otros tratos penales crueles, inhumanos o degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A su vez, la reforma constitucional de 1994, en la siguiente década, estableció que todos estos tratados internacionales de derechos humanos mencionados en el párrafo anterior y las declaraciones Universal y Americana sobre Derechos Humanos de 1948 adquirieran jerarquía constitucional. El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional determinó que los tratados internacionales sobre derechos humanos y declaraciones citadas que

tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

---

<sup>19</sup> Hasta esa fecha, Argentina había suscrito en particular dos tratados internacionales en materia de derechos humanos, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (1956) y la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1968).

Después de la reforma constitucional de 1994, Argentina ratificó otros tratados internacionales sobre derechos humanos, como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. En estos tres casos, el Congreso de la Nación a través del procedimiento especial establecido en el artículo 75 inc. 22 tercer párrafo les otorgó jerarquía constitucional. También se ratificaron otros tratados internacionales sobre derechos aunque no se les haya otorgado jerarquía constitucional, por ejemplo, la Convención Internacional de ONU para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, o la Convención de ONU sobre la Desaparición Forzada de Personas.

La Corte Suprema de la Justicia de la Nación (CSJN), en tanto órgano máximo del Poder Judicial,<sup>20</sup> consideró que la interpretación judicial de los tratados internacionales sobre derechos humanos debe guiarse de manera principal por la jurisprudencia y observaciones de los órganos de aplicación de esos instrumentos internacionales, por ejemplo, en *Giroldi*,<sup>21</sup> y en *Simón*.<sup>22</sup> En otros supuestos, estableció que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) deben en principio "ejecutarse" según los términos del artículo 68 de la Convención

---

<sup>20</sup> Conviene tener en cuenta que más allá del control difuso de constitucionalidad que existe en Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fijado reglas sobre la obligatoriedad de sus fallos en materia de interpretación judicial del derecho "común" que todos los jueces (federales y/o provinciales) deben aplicar al momento de resolver casos. En este sentido, corresponde señalar, por otro lado, que cuando esta Corte revoca una sentencia con fundamento en que la inteligencia asignada a una norma de derecho común es incompatible con la Constitución Nacional y en virtud de ello adopta una interpretación diferente, la decisión es de seguimiento obligatorio por el resto de los tribunales del país a menos que estos acerquen nuevas y fundadas razones para demostrar claramente el error e inconveniencia (Fallos: 337:47; 341:570; entre muchos otros), en cuyo caso el Tribunal debe considerar esas razones. Por consiguiente, la determinación por parte de esta Corte del alcance de una norma de derecho común no puede asimilarse al ejercicio de una función casatoria o unificadora de jurisprudencia. Dicha función le resulta por completo ajena (Fallos: 274:450; asimismo, Fallos: 287:130; 305:718; 307:752, 2132), Ver Fallos: 342:2344, cons. 11, voto del juez Carlos Rosenkrantz.

<sup>21</sup> CSJN, caso *Giroldi*, H. D. y otro s/recurso de casación, 07/04/1995, en Fallos: 318:514, cons. 11.

<sup>22</sup> CSJN, caso *Simón*, J. y otros s/ privación ilegítima de la libertad, 14/06/2005, en Fallos: 328:2056.

Americana sobre Derechos Humanos (CADH), por ejemplo, en *Espósito*<sup>23</sup> y *Derecho*.<sup>24</sup> A la vez, consideró en otro supuesto, el valor y el efecto vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como en el caso *Carranza Latrubesse*.<sup>25</sup> En otro caso consideró que los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia y observaciones de sus órganos de aplicación forman parte del bloque de constitucionalidad, por ejemplo, en *Castillo*.<sup>26</sup>

### **C. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes**

El Congreso de la Nación Argentina, un año después de su firma en 1989, aprobó mediante la Ley 23.849 la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN). El Congreso la aprobó y encomendó su ratificación con ciertas reservas y declaraciones del texto de la Convención en 1990.<sup>27</sup> A partir de la reforma de la Constitución Nacional Argentina en 1994, a través del artículo 75, inciso 22, la CDN adquiere jerarquía constitucional.

A la vez, el artículo 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, estableció lo siguiente, dentro de las atribuciones del Congreso de la Nación:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

<sup>23</sup> CSJN, caso *Espósito*, Miguel Angel s/ Incidente de prescripción, 23/12/2004 en Fallos: 327:5668.

<sup>24</sup> CSJN, caso *Derecho*, R. s/ Incidente de prescripción, 29/11/2011, en Fallos: 334:1504.

<sup>25</sup> CSJN, caso *Carranza Latrubesse*, G. c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento, 06/08/2013, en Fallos: 336:1024.

<sup>26</sup> CSJN, caso *Castillo*, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo, 12/12/2017, en Fallos: 340:1795.

<sup>27</sup> Ley 23.849, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>.

Sobre este antecedente normativo conviene tener en cuenta lo señalado por UNICEF (2019) con relación a que "la Constitución deja un margen apreciablemente amplio para la legislación nacional respecto de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes".

Durante los años siguientes a la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, Argentina adhirió los protocolos facultativos a ésta: el primero, relativo a participación de niños y niñas en los conflictos armados, ratificado en 2002; el segundo, sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, niñas, la prostitución infantil y la utilización de niños y niñas en la pornografía, en 2003, y el tercero, relativo a un procedimiento de comunicaciones, en 2015.

En el ámbito interno, los mandatos de la Convención de Derechos del Niño no informaron las leyes federales sino hasta 2005, en particular, a partir del dictado por parte del Congreso de la Nación de la Ley 26.061,<sup>28</sup> que definió en su artículo 1 que

tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Y agregó en ese artículo que

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas

---

<sup>28</sup> Ley 26.061, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>.



y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

En particular y para lo que aquí interesa, en su artículo 2 estableció la aplicación obligatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, al afirmar que

es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles".

También estableció en el artículo 3 una definición del interés superior del niño, niña y adolescente, como

la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños

y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

En el título II de la ley organizó el sistema de derechos reconocidos a todos los niños, niñas y adolescentes. Al mismo tiempo, la ley 26.061, en su artículo 32, creó un sistema de protección integral de los derechos de los niñas, niños y adolescentes, que está constituido por

todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional.

Este mecanismo de protección resulta significativo si se tiene en cuenta el sistema federal de la Argentina, en el que las autoridades administrativas de distintos niveles (nacional, provincial o municipal) tienen competencias sobre distintas materias relacionadas con derechos de niños, niñas y adolescentes.

La ley también creó la figura del defensor de los derechos de niñas, niños y adolescentes, quien tiene a cargo "velar por la protección y promoción de sus derechos consagrados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales". Recién en 2020, después de 15 años y un largo proceso de movilización de organizaciones sociales, fue designada la titular de la Defensoría.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> <https://www.telam.com.ar/notas/202002/436050-senado-aprobacion-designacion-marisa-graham-defensora-de-derechos-de-ninas-y-ninos.html>

También en 2014, la reforma del Código Civil y Comercial reguló de manera consistente las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina en materia de niños, niñas y adolescentes. Tal como destacó la Unicef,

esta reforma implicó abandonar el sistema de la incapacidad absoluta y relativa, estableciendo la capacidad jurídica de las personas menores de edad para ejercer actos por sí mismo de acuerdo al principio de autonomía progresiva. Esta reforma también implicó el reemplazo del sistema de la patria potestad por el de la responsabilidad parental, entre otros avances sustantivos para los derechos de los NnyA.<sup>30</sup>

## **D. Jurisprudencia relevante**

En lo que sigue abordaremos los desarrollos de la jurisprudencia de la CSJN, con relación al reconocimiento, alcance, contenido y mecanismos de protección con relación a los derechos de la niñez y la adolescencia. En primer lugar, abordaremos el derecho al interés superior de la niña, niño y adolescente.

### **I. Interés superior de la niña, el niño o el adolescente**

En 2005 la CSJN desarrolló con cierta consistencia el concepto del interés superior del niño.<sup>31</sup> La Corte revisó y modificó una decisión de la justicia de la Provincia de Buenos Aires, que ordenó la restitución a su madre biológica de una niña que había sido dada en guarda a un matrimonio con el que convivió desde su nacimiento, y que también pretendía su adopción. La decisión del máximo Tribunal consideró, en función de los antecedentes del caso —entre otras cuestiones—, que la madre

---

<sup>30</sup> Unicef, "La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina", Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Panamá, República de Panamá, agosto de 2019, p. 56

<sup>31</sup> CSJN, Fallos 328:2870.

biológica desde "el momento mismo en que conoció su embarazo había decidido entregar a su hija y que el pedido de reintegro no proviene de un verdadero arrepentimiento, sino que viene impuesto por una situación conflictiva ante la presión ejercida por sus familiares".<sup>32</sup> Agregó que las reglas del derecho interno y la del derecho internacional de los derechos humanos (art. 17 y 19 del Pacto de San José de Costa Rica y 7 y 9 de la Convención Sobre los derechos Niño) desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquellos, pues el interés superior del niño consiste en "no modificar su actual situación fáctica porque el trasplante le originaría un perjuicio que debe evitarse".<sup>33</sup>

En este contexto, la Corte Suprema señaló —en lo que aquí interesa— lo siguiente:

4º) Que, en efecto, queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar; pues no es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en la causa a fin de apreciar si correspondía otorgar la adopción de la menor por imponerlo así la conveniencia para ella y la concurrencia de circunstancias excepcionales.

En ese marco, la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño art. 3.1 impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos incluyendo a esta Corte Suprema..., a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar en la medida de su jurisdicción los tratados internacionales

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, consideración 8.

<sup>33</sup> *Idem*.

a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental).

5°) Que la atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño. No sólo esa norma contempla como valor preferente el interés superior del menor sino que él subyace en todo el plexo normativo de que se trata, y en el tema de autos aparece específicamente en el art. 21, párrafo introductorio, en el que se señala que compete al Estado cuidar que en los procesos de adopción aquel interés sea la consideración primordial. El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto.<sup>34</sup>

En otro caso la Corte Suprema ya había vinculado el interés superior del niño con el desarrollo de trámites judiciales efectivos con relación a este interés. En fallos 324:122, de 2001, en el marco de un proceso judicial de reclamos de alimentos que debía ser rápido y expeditivo, los jueces de otras instancias habían decidido supeditarlos a las discusiones de un juicio ordinario, en el que se discutían acuerdos previos entre las partes. La Corte dijo:

7°) Que atento a que la resolución del a quo difiere por un término irrazonable la solución del caso, resulta necesario destacar que la

---

<sup>34</sup> CSJN, Fallos 328:2870, consideraciones 4 y 5.

consideración primordial del interés de los menores, que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a éstos, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos; por lo que no resulta fundado impedir la continuidad de un procedimiento que busca asegurar la subsistencia de los menores sobredimensionando el instituto de la preclusión al hacerlo extensivo a un ámbito que no hace a su finalidad (...) 8°) Que ello es así pues cuando se trata de reclamos vinculados con prestaciones alimentarias a favor de menores, los jueces deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por las vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que hoy cuentan con particular tutela constitucional, lo cual se produciría en el caso si el reclamo efectuado por la actora tuviese que aguardar a la resolución del referido juicio ordinario y en ese lapso quedarán sin protección alguna los intereses cuya satisfacción se requiere en estos autos (art. 27, inc. 4, de la convención citada).<sup>35</sup>

En un caso de 2012, la Corte Suprema, bajo el principio del interés superior del niño, revocó una decisión del Superior Tribunal de Entre Ríos que había rechazado el lugar de único heredero de la mujer fallecida al niño con quien había construido una relación materno-filial. Si bien este niño no tenía vínculo biológico con la persona fallecida, sí tenía un trámite de adopción en curso, que concluyó luego de su fallecimiento.<sup>36</sup> La CSJN ordenó la revisión de la decisión de la justicia provincial y dijo en particular lo siguiente:

---

<sup>35</sup> CSJN, Fallos 324:122, consideraciones 7 y 8.

<sup>36</sup> CSJN, Fallos 335:1838. Los hechos del caso dan cuenta de que la mujer fallecida, desde los primeros meses de vida del niño, se hizo cargo de éste, en 2003. La justicia la designó guardadora del niño. En 2006 inició los trámites de guarda con fines de adopción. Luego del fallecimiento de la mujer, la defensora de pobres y menores reclamó como medida autosatisfactiva se declare al niño como hijo adoptivo de la guardadora fallecida, cosa que sucedió. De manera simultánea, los padres de la mujer fallecida iniciaron su sucesión, en la que el niño fue declarado único heredero. La Cámara de Apelaciones confirmó la decisión; sin embargo, los padres plantearon la nulidad de esa resolución y también de aquella que reconoció al niño en adopción de su hija fallecida. El Tribunal Superior de Justicia de Entre Ríos les dio la razón y decidió modificar ambas resoluciones.

Que esta Corte Suprema ha señalado que el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (...) Que, en consecuencia, no resulta razonable interpretar que, en el caso, el interés superior del niño se encuentre reflejado en una aplicación literal y dogmática de los preceptos normativos que regirían la materia, que produce como consecuencia —entre otras que no han sido evaluadas por el a quo— la desvinculación del menor A. respecto de quien en vida lo cuidó en sus primeros años de existencia generando un vínculo materno-filial, lo insertó en su grupo familiar y expresó su voluntad adoptiva no solo al promover y obtener su guarda sino también al designarlo públicamente como "mi hijo" en uno de sus testamentos ológrafos.<sup>37</sup>

En otro caso de 2016, relacionado con la restitución internacional de niños y niñas y las condiciones que debían garantizarse para su procedencia, la Corte Suprema analizó el interés superior de éstos a partir de las obligaciones que generan la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores La Haya de 1980,<sup>38</sup> y dijo lo siguiente:

17) Que en consecuencia, teniendo como premisa que el interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión judicial, el compromiso contraído de asegurar la protección y el cuidado necesario para el bienestar del niño (art. 3, incs. 1 y 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño), las obligaciones que se derivan del CH 1980 (se refiere a la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores) y la situación fáctica descrita en el considerando anterior, esta Corte estima pertinente ordenar el cumplimiento de una serie de

---

<sup>37</sup> CSJN, Fallos 335:1838, consideraciones 11 y 12.

<sup>38</sup> Ver, también, CSJN, Fallos 318:1676.

medidas tendientes a garantizar y lograr el retorno seguro de las menores junto a su madre.<sup>39</sup>

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte —sobre la base de un caso de 2019—, para el Tribunal la configuración del interés superior del niño:

exigirá examinar en cada caso las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquélla que contemple —en su máxima extensión— la situación real del infante. Este Tribunal ha subrayado con especial intensidad que aquél principio no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso, desde que de lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se lo satisface.<sup>40</sup>

En otro caso, relacionado con la política migratoria de la Argentina, la Corte Suprema revocó una decisión de los jueces de otras instancias que habían confirmado la expulsión de una mujer de Bolivia, madre de 4 hijos e hijas. Las autoridades administrativas y judiciales no habían tenido en cuenta, dijo la Corte Suprema, la situación de los niños y niñas que dependían de su madre. Dijo en particular:

en la presente causa las razones de reunificación familiar invocadas por la recurrente atañen a personas menores de edad, y los agravios por ella esgrimidos se centran, fundamentalmente, en el hecho de que el a quo (se refiere a los jueces de la Cámara Contencioso Administrativo Federal), al revisar la decisión administrativa de rechazar la dispensa oportunamente requerida, no valoró la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentran la migrante y sus hijos —que la recurrente describe como extremadamente grave—, ni el peligro de desamparo que se cierne sobre

---

<sup>39</sup> CSJN, CIV 113978/2010/2/RH1 CIV 113978/2010/3/RH2 Q., A. e/ C., M. V. y otro s/ reintegro de hijo, de fecha 25 de octubre de 2016, cons. 17.

<sup>40</sup> CSJN, Fallos 344:2901.



estos últimos, omitiendo toda consideración acerca del interés superior del niño y su preferente tutela constitucional.<sup>41</sup>

Refiriéndose al interés superior del niño como principio fundamental para la resolución del caso, la Corte dijo:

12) Que, a su vez, el principio del interés superior del niño encuentra consagración constitucional en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño e infraconstitucional en el artículo 3° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y en el artículo 706, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación. Su consideración debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que involucran a los niños y niñas en todas las instancias, incluida la Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar —en la medida de su jurisdicción— los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional les otorga (Fallos: 344:2669).<sup>42</sup>

## **II. Derecho a ser oído y tomado en cuenta**

En lo que refiere al derecho a ser oído y tomado en cuenta, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados partes tienen la obligación de garantizar al menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y a que sea tenida debidamente en cuenta en función de su edad y madurez de acuerdo al artículo 12 de la Convención

---

<sup>41</sup> CSJN, Recurso de hecho deducido por la actora en la causa C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM, del 6 de septiembre de 2022, consideración 4.

<sup>42</sup> CSJN, Recurso de hecho deducido por la actora en la causa C. G., A. c/ EN–DNM s/ recurso directo DNM, del 6 de septiembre de 2022, consideración 12.

aprobada por ley 23.849, y arts. 20, 30, aps. b y d, 24, 27, 29 y ccds., de la Ley 26.061.<sup>43</sup> En este sentido, en relación con el derecho a ser oído y tomado en cuenta, en un caso vinculado con el derecho al nombre señaló la "decisión judicial relativa a la modificación del apellido del niño debió adoptarse previa evaluación exhaustiva de las derivaciones que esa medida podía producir en su desarrollo integral, asegurando su participación y tomando debidamente en cuenta su opinión".<sup>44</sup>

La Corte Suprema se remitió al dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte, que allí agregó con cierto detalle lo siguiente con relación a las decisiones de instancias judiciales anteriores:

Si bien la sentencia de la Suprema Corte local convalida una inteligencia de ciertas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño —vinculadas con el interés superior del niño y su derecho a la identidad y al nombre—, omite valorar otras que resultaban de crucial relevancia para dirimir el supuesto. En efecto, el tribunal debió considerar que, de acuerdo con esa Convención, F. L. tenía derecho a ser oído y a opinar sobre el apellido que desea portar, pues se trata de un aspecto central de su vida y de su desarrollo. En tal sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados partes tienen la obligación de garantizar al menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y a que sea tenida debidamente en cuenta en función de su edad y madurez y cfr. art. 12 de la Convención aprobada por ley 23.849, y arts. 20, 30, aps. "b" y "d", 24, 27, 29 y ccds., de la ley 26.06.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> CSJN, "Recursos de hecho deducidos por la curadora de F. L., en la causa 'C., H. D. cl P., M. C. si impugnación de paternidad y filiación' y por la demandada en la causa C.509.XLVII. 'C., H. D. cl P., M. Y otro si impugnación de paternidad y filiación'", para decidir sobre su procedencia, 2 de septiembre de 2014.

<sup>44</sup> CSJN, "Recursos de hecho deducidos por la curadora de F. L., en la causa 'C., H. D. cl P., M. C. si impugnación de paternidad y filiación' y por la demandada en la causa C.509.XLVII. 'C., H. D. cl P., M. Y otro si impugnación de paternidad y filiación'", para decidir sobre su procedencia, 2 de septiembre de 2014.

<sup>45</sup> CSJN, "Recursos de hecho deducidos por la curadora de F. L., en la causa 'C., H. D. cl P., M. C. si impugnación de paternidad y filiación' y por la demandada en la causa C.509.XLVII. 'C., H. D. cl

En otro caso vinculado con la falta de consideración de la opinión de niños y niñas en un proceso de separación vincular si la tenencia tenía que estar a cargo de la madre o el padre, la Corte Suprema decidió revocar una decisión judicial que había ordenado la tenencia de los niños y niñas a cargo de la madre porque la opinión de ellos no fue considerada al momento de decidir. Dijo en particular que

La decisión cuestionada hizo particular mérito de la existencia de un acuerdo de cuidado personal y régimen de comunicación homologado e incumplido por el progenitor, de la falta de acreditación suficiente de los hechos de violencia alegados, así como de la intervención del discurso paterno, pero no ponderó adecuadamente, a la luz del desarrollo de los hechos la incidencia que en la solución que proponía evidenciaba, la concordante y férrea opinión expresada por los niños y la niña que se oponían y se oponen a volver a residir y a estar al cuidado de su progenitora, así como a vincularse con ella (...) Esta expresión de voluntad que ha sido reiterada en la audiencia celebrada ante este Tribunal, en la que ratificaron la postura que vienen manteniendo a lo largo del proceso, resulta relevante a los efectos de determinar el interés superior del niño al que debe atenderse de manera primordial, según se ha manifestado.<sup>46</sup>

En este caso, la Corte desarrolló con cierta precisión el derecho a ser oído y su relación con el principio del interés superior del niño, con referencias explícitas a las Observaciones del Comité de Derechos del Niño:

12) Que en ese marco, este Tribunal ha señalado que dicho principio (el del interés superior del niño) no debe ser considerado en forma puramente abstracta, sino que su contenido debe determinarse en función de los elementos objetivos y subjetivos

---

P, M. Y otro si impugnación de paternidad y filiación”, para decidir sobre su procedencia, 2 de septiembre de 2014.

<sup>46</sup> CSJN, Fallos 344:2669, consideración 16.

propios de cada caso en concreto. Se trata de un concepto dinámico y flexible que deberá precisarse de forma individual, con arreglo a la situación particular y a las necesidades personales de los sujetos involucrados, tarea en la que la opinión del infante, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, así como su cuidado, protección y seguridad, se presentan como elementos a tener en cuenta para evaluar y conformar el citado interés superior (confr. Comité de los Derechos del Niño, Observación n° 14, puntos 4; 10/11; 32/34; 36/37; 52/54 y 58/74).<sup>47</sup>

También en el marco de este precedente envió un mensaje a los jueces sobre la importancia del derecho a ser oído:

18) Que la exigencia legal que impone a los jueces escuchar la opinión de los niños no implica el cumplimiento de una mera formalidad ni impide que aquellos puedan desatender sus preferencias si de los elementos obrantes en la causa surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés (...) "Empero, cuando las circunstancias del caso advierten sobre la necesidad de atender sus expresiones, es responsabilidad de los magistrados adoptar una decisión que, al contemplarlas, conjugue de la mejor forma posible todos los intereses en juego sobre la base de parámetros sustentados en una razonable prudencia judicial y teniendo en miras que es la conveniencia de la persona en formación lo que debe guiar la labor decisoria. Máxime cuando dichas expresiones se han mantenido inalteradas en el tiempo pese a los intentos orientados a lograr una morigeración de su contenido y no se avizora la posibilidad cierta de modificación en las condiciones actuales."<sup>48</sup>

### III. Derecho a la vida

Sobre el derecho a la vida la Corte ha desarrollado jurisprudencia a partir de su relación con derechos sociales, en particular con el derecho a la

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, consideración 12.

<sup>48</sup> *Ibidem*, consideración 18.

salud y a la seguridad social. Más allá de los desarrollos que abordemos en ocasión de tratar los referidos derechos, tan sólo destacamos en esta oportunidad los siguientes dos casos que inauguraron de alguna manera el tema. En el caso de Fallos 323:3239, sobre las obligaciones del gobierno federal para asegurar el acceso a un medicamento a un niño y su relación con el derecho a la vida dijo sin vinculación específica a la Convención de Derechos del Niño:

15) Que el Tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).<sup>49</sup>

En otro caso, relacionado con el acceso a una pensión por discapacidad a una niña extranjera, como parte del derecho a la seguridad social que le era negado por el Estado federal porque no tenía los veinte años de residencia definidos en la reglamentación de la pensión dijo:

7°) Que, en este orden de ideas, por mayor que fuese el margen de apreciación que corresponda dispensar al legislador o reglamentador en la presente materia, no cabe duda alguna que sumar a dichos críticos requerimientos un lapso de residencia, en el caso, de 20 años aun cuando también rigiera en igual medida para los argentinos, incluso nativos, implica, puesto que la subsistencia no puede esperar, un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social, en los términos de los citados textos internacionales de jerarquía constitucional, en grado tal que compromete el derecho a la vida, primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución

<sup>49</sup> CSJN, Fallos 323:3239, consideración 15.

Nacional (Campodónico de Beviacqua c. Ministerio de Salud, Fallos: 323:3229, considerando 15, sus citas y otros), y cuya garantía, mediante acciones positivas resulta una obligación impostergable" de las autoridades públicas (ídem, p. 3239, considerando 16).<sup>50</sup>

Y agregó, con cita de la Corte IDH, lo siguiente:

8º) ...según lo tiene juzgado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico (Caso de los Niños de la Calle [Villagrán Morales y otros], sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C Nº 63, párr. 144). Las necesidades de protección de los más débiles Acotaron los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli en su voto concurrente conjunto C requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna (párr. 7).<sup>51</sup>

Por último, consideró en este caso que

9º) Que, de consiguiente, se torna inoficioso el estudio del eventual menoscabo que la norma cuestionada podría producir a otros derechos humanos argüidos por la apelante ya que, tal como también lo advierte el recordado precedente internacional, el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido (cit., párr. 144).<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> CSJN, Fallos 330:3853, consideración 7.

<sup>51</sup> *Ibidem*, consideración 8.

<sup>52</sup> *Ibidem*, consideración 9.

#### IV. Derecho a la vida familiar y derechos/responsabilidades parentales

Con relación a las responsabilidades parentales, la Corte Suprema se pronunció en un caso ya citado, a los fines de establecer el tipo de comportamientos que deben seguir los progenitores para asegurar el interés superior del niño. En efecto, en el caso Q., A. e/ C., M. V. y otro s/ reintegro de hijo, de 2016, relacionado con la restitución internacional de niños y niñas, la Corte se refirió sobre las obligaciones parentales de ambos padres, y delineó ciertos criterios concretos que deberían seguir:

21) Que sin perjuicio de las medidas señaladas dirigidas a los órganos judiciales y administrativos con intervención en el caso, no debe perderse de vista que la concreción de un retorno seguro no depende única y exclusivamente de las gestiones que, dentro del ámbito de su actuación y de las posibilidades que ofrece el asunto, puedan desplegar las autoridades competentes. En efecto, no puede prescindirse, ni ser desconocido por las partes involucradas, que la colaboración de los progenitores resulta de suma importancia para alcanzar el objetivo final, el que no cabe admitir que pueda verse frustrado o demorado por la conducta adoptada por aquellos en desmedro del interés en cuya defensa, en definitiva, procuran la intervención de los órganos pertinentes" (...) "22) Que en ese lineamiento, corresponde instar al progenitor requirente a que, por escrito y ante los tribunales de ambos países, adquiera el compromiso irrevocable de que colaborará con todas las diligencias que sean necesarias para permitir un retorno seguro de sus hijas junto con la madre y se hará cargo del costo del traslado de las niñas y de su progenitora y de la manutención y asistencia profesional de las infantes y, en su caso, de corresponder y de manera provisoria, de la madre.<sup>53</sup>

Además del mandato de colaboración entre la madre y el padre a los fines de asegurar la efectividad de las medidas dispuestas por las autoridades

---

<sup>53</sup> CSJN, CIV 113978/2010/2/RH1 CIV 113978/2010/3/RH2 Q., A. e/ C., M. V. y otro s/ reintegro de hijo, de fecha 25 de octubre de 2016, consideración 22.

judiciales, también estableció un mandato de cooperación mutua para la búsqueda de una solución amistosa, que satisfaga el interés superior del niño

23) Que también corresponde exhortar a ambos progenitores y a sus letrados, a fin de que obren con mesura en el ejercicio de sus derechos y, en particular, a que cooperen estrechamente en la búsqueda de una solución amistosa que no se oriente en la satisfacción del interés subjetivo de cada uno sino en el respeto del bienestar y la integridad de sus hijas menores, así como también de la relación parental —permanente y continua— con ambos padres que no puede verse lesionada por decisión unilateral de uno de ellos.<sup>54</sup>

## V. Derecho a la salud

En lo que respecta a la salud de niños y niñas, la Corte desarrolló jurisprudencia destacada sobre la responsabilidad del gobierno federal en materia de atención de salud subsidiaria o complementaria a las obligaciones de los distintos actores que intervienen en el sistema de salud, como las provincias, las obras sociales o las empresas de medicinas prepagas. También desarrolló estándares en materia del reconocimiento y alcance del derecho a la salud de niños y niñas con discapacidad, y en función de ello, consideró que los derechos crediticios a favor de un niño o niña se encuentran privilegiados frente a otros acreedores de una obra social en quiebra.

En el citado caso de 323:3239, la Corte Suprema dijo:

17) Que los aludidos pactos internacionales (refiere a los previstos en el art. 75 inc 22 de la CN) contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, consideración 23.



Hombre, del art. 25, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4º, inc. 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, del art.24, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 10, inc. 3º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar. (...) 18) Que ese último tratado reconoce, asimismo, el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción. Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y niñas y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).<sup>55</sup>

Y agregó sobre la base de los compromisos asumidos por Argentina, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre Derechos del Niño, lo siguiente

20) Que, asimismo, la "cláusula federal" prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar "de inmediato" las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado (art. 28, incs. 1º y 2º). La Convención sobre los Derechos del Niño incluye, además, la obligación de los estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse

---

<sup>55</sup> CSJN, Fallos 323:3239, consideración 17.

de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento (arts. 23, 24 y 26). (...) 21) Que el Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño, ya citada).<sup>56</sup>

En otro caso, la CSJN le otorgó privilegio al crédito que recibió un niño como consecuencia del pago de una sentencia por mala praxis médica. Al momento de verificar el crédito como consecuencia de la quiebra de la obra social condenada, la justicia en la instancia de Cámara había considerado que no le correspondía privilegio alguno, por aplicación de la ley vigente de concursos y quiebras.<sup>57</sup> La Corte Suprema revisó esa decisión y le otorgó privilegio sobre la base de las obligaciones asumidas en el marco de la Convención de Derechos del Niño y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>56</sup> *Ibidem*, consideraciones 21 y 22.

<sup>57</sup> CSJN, Fallos 342:459, consideración 5, puede leerse allí los antecedentes del caso. "5º) Que a los fines de una mayor comprensión de las cuestiones que se plantean en la presente causa, resulta pertinente destacar que el crédito de B.M.F. deriva de una indemnización concedida por la mala praxis médica ocurrida durante su nacimiento (25 de mayo de 1990), que le provocó una parálisis cerebral con 100% de incapacidad irreversible, que condujo al sufrimiento fetal agudo con afección de todos los órganos y especialmente el cerebro. Como consecuencia de ello, presenta desde su alumbramiento lesiones cerebrales gravísimas con una incapacidad total e irreversible, una parálisis en los cuatro miembros que le impide movilizarse y un retraso en el crecimiento. Incoada por sus padres la acción civil por daños y perjuicios contra el médico Dr. López Mautino, el sanatorio Institutos Médicos Antártida y la Obra Social del Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte (OSMATA), el 20 de agosto de 1998 obtuvo sentencia de primera instancia que condenó solidariamente a los codemandados a pagar \$ 380.000 a favor de B.M.F. y \$ 20.000 a favor de sus padres, más intereses, decisión que fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 30 de mayo de 2003. La quiebra de Institutos Médicos Antártida, decretada el 10 de febrero de 2003, motivó a los beneficiarios de aquella indemnización a solicitar la verificación de su crédito".

La Corte dijo en particular que

En la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados Partes asumen el compromiso de que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen 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" (art. 3.1). Además, se reconoce "que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad..." (art. 23.1). Asimismo, se hace expreso reconocimiento del derecho del niño "al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y a la rehabilitación de la salud" (art. 24) y "a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social" (art. 27.1). En este sentido, los Estados Partes se comprometen a adoptar las "medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho..." (art. 27.3). (...) "Finalmente, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad los Estados Partes se obligan a "[tomar] todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos...", debiendo tenerse especial consideración por la protección del interés superior del niño; reafirman el derecho inherente a la vida y reconocen los derechos de las personas con discapacidad a gozar del más alto nivel posible de salud; a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. Asimismo, se comprometen a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (arts. 7º, aps. 1 y 2; 10; 12; 25 y art. 28.1)." (...) "En resumen, de los mencionados tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional se desprende la existencia tanto de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados Partes de

adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos." (...) "Si bien es cierto que el privilegio contemplado en la Ley de Concursos y Quiebras es una excepción al principio de paridad que rige entre los acreedores de un mismo deudor, que solo puede resultar de una disposición legal, en el caso se presenta una situación excepcional de absoluta vulnerabilidad que este Tribunal no puede desatender en orden a las exigencias de los tratados internacionales citados."<sup>58</sup>

## **VI. Derecho a la educación y el derecho a la igualdad y no discriminación**

La Corte Suprema tuvo oportunidad de desarrollar el derecho a la educación en los Fallos 340:1795, a partir del cuestionamiento de la legislación de la Provincia de Salta y la práctica educativa de esa provincia, en la que se dictaban en horario escolar clases de religión, en particular, la católica, porque de acuerdo a las autoridades provinciales, la mayoría de los alumnos habían informado que esa era la religión que profesaban. La Corte dijo

14) Que este principio de neutralidad también comprende la posibilidad de profesar o no libremente su culto en el ámbito escolar (art. 14 de la Constitución Nacional). La reforma constitucional incorporó al bloque de constitucionalidad diversos tratados que contemplan el derecho de los padres a que sus hijos reciban enseñanza religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones o creencias. Así, el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, [...] de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"); el art. 12.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Los padres,

---

<sup>58</sup> CSJN, Fallos 342:459, consideraciones 10 y 11, el destacado nos pertenece.

y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"); y el art. 18.4. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"). En relación al alcance de este derecho, el Comité de Derechos Humanos, mediante la Observación General 22, señaló que "la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores". En conclusión, la noción de neutralidad comprende no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular—incluso la de los no creyentes—, sino también una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar.<sup>59</sup>

Y agregé luego de relevar la jurisprudencia del sistema interamericano en materia de igualdad y no discriminación,<sup>60</sup> lo siguiente:

26) Que de lo expuesto surge claramente que, dentro del sistema educativo público de la Provincia de Salta, existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes. La forma como se ha venido implementando la "enseñanza religiosa" —durante el horario escolar, como parte del plan de estudios y con aval de las autoridades religiosas— ha generado un tratamiento preferencial hacia las personas que profesan el culto mayoritario, sin que la Provincia de Salta haya justificado de manera alguna la necesidad de la política de educación religiosa que implementa.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> CSJN, Fallos 340:1975, consideración 14.

<sup>60</sup> *Ibidem*, consideraciones 19 y 20.

<sup>61</sup> *Ibidem*, consideración 26.

## **E. Conclusiones**

En Argentina, la incorporación de la CDN resultó la llave para la ampliación de los derechos de niños, niñas y adolescentes. El cambio de paradigma del modelo tutelar al modelo de protección integral definió prácticas y conocimiento, e implicó el abandono del sistema de la incapacidad absoluta y relativa por el de la capacidad jurídica de las personas menores de edad, de acuerdo con el principio de autonomía progresiva.

El reconocimiento de la CDN en las leyes y la jurisprudencia se presentó como un marco de reconocimiento mínimo para las prácticas y políticas de estos actores, en los que se configuraron los organismos y entidades que deberían supervisar las políticas públicas y la gestión estatal que resguarden y garanticen los derechos de niñas, niños y adolescentes. En este sentido, la creación de la figura del defensor de los derechos de niñas, niños y adolescentes fue un hecho necesario y fundamental para ello. Es preciso señalar que tanto este papel como el de los asesores de menores o el abogado o abogada del niño deben ser aún defendidos frente a las irregularidades del funcionamiento de la justicia, cuando se vulnera su participación. La tardanza de 15 años en designar un defensor puso este hecho en evidencia.

La jurisprudencia que hemos revisado en este documento da cuenta de avances relevantes para desarmar prácticas y organizar procedimientos adecuados bajo el principio del interés superior del niño. Pone en evidencia la ampliación del principio de la autonomía progresiva del niño con relación al derecho a ser oído, el derecho a la vivienda y a la familia, entre otros. Sin embargo, aún quedan espacios para conquistar. Queda mucho por construir porque la jurisprudencia, si bien marca límites al Estado y a las personas adultas, no tiene desarrollos desde la "agencia individual y/o colectiva" de niños, niñas y adolescentes. Resulta entonces necesario definir y ampliar nuevos derechos y garantías para niños, niñas y adolescentes, por ejemplo, los que tienen en materia de participación política en asuntos a ellos referidos.

## Fallos revisados

1. Fallos 324:122 (2001), Interés Superior del niño, alimentos (derecho del 27 de la convención) y operatividad de la intervención judicial.
2. Fallos 328:2870 (2005), Discusión a partir del interés superior del niño que supera el dato biológico. Adopción, trámites. Confirmó la separación de la madre biológica en función de las particulares características del caso.
3. Fallos 334:913 (2011), Definición de un remedio para asegurar la intimidad de los niños, y prestar colaboración entre ellos, en el marco del caso. Derecho a la intimidad: Cita Corte IDH y la OC sobre niñez 17.
4. CIV 113978/2010/2/RH1 CIV 113978/2010/3/RH2 Q., A. e/ C., M. V. y otro s/ reintegro de hijo, 25 de octubre de 2016, sobre restitución de niños al extranjero. Una mirada sobre el recurso judicial efectivo. Y el punto de la colaboración entre los progenitores, tan necesaria.
5. Fallos 343:15, año 2020: Derecho a la seguridad social, observaciones del Comité DESC y Convención sobre los Derechos del Niño.
6. Fallos 336:916, agosto de 2013, voto particular del Maqueda. Niño no es parte de los desalojos, pero si tienen que darse medidas para su protección.
7. Fallos 335:1838, 26 de septiembre de 2012, Sobre el valor del interés superior del niño en un trámite sucesorio.
8. Fallos 339:381, año 2016, Sobre la importancia del rol de la Procuración Penitenciaria de la Nación en el control y super-

visión de los lugares de encierros de niñas, niños y adolescentes

9. Fallos 343:848, 27 de agosto de 2020. Disidencia de Rosati: Alcance amplio del acceso a la salud y a la educación de niños con discapacidad. Obligaciones de las empresas vinculadas al sistema de salud y discapacidad.
10. Fallos 342: 459, 2019 "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F." El niño con discapacidad está por encima de los acreedores quirografarios, es un sujeto preferente.
11. Fallos 344:2669, Agregó al Interés Superior del niño, las cuestiones vinculadas a las observaciones del comité de derechos del niño. Valor de la palabra de los niños, derecho a ser oído. También diseña un remedio para implementar.
12. Fallos 330:1671, 2007, disidencia del Dr. Fayt. Madre biológica, entrega por temas económicos.
13. RECURSO DE HECHO H., G. S. y otro s/ apelación de medidas probatorias -causa N° 197/90-. Buenos Aires, 4 de diciembre de 1995, S/D sobre colección de fallos. Sobre la verdad biológica como regla que asegura el derecho a identidad. De los fallos que más temprano aplica el valor de la CdN y del art. 75 inc. 23, para el reconocimiento del derecho a la identidad.
14. "Recursos de hecho deducidos por la curadora de F. L. , en la causa 'C., H. D. cl P. , M. C. si impugnación de paternidad y filiación' y por la demandada en la causa C.509.XLVII. 'C., H. D. cl P. , M. Y otro si impugnación de paternidad y filiación'", para decidir sobre su procedencia, 2 de septiembre de 2014, sobre Derecho al nombre. Derecho a ser oído: valor de las opiniones del comité de derechos del niño.



15. Fallos 342:1227, 11 de Julio de 2019, derecho a la nacionalidad Favorecer la doble nacionalidad del niño, lo único que aparece en el expediente es una negativa de la madre, en la mala relación que tiene con el padre.
16. Fallos 343:1362, Buenos Aires, 22 de octubre de 2020, sobre la compatibilidad entre la Convención sobre Derechos del Niño y la Convención de la Haya sobre restitución de menores. Sobre el comportamiento de las partes en el proceso judicial.
17. Fallos 324:975, Vistos los autos: "S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias", 3 de abril de 2001, sobre la tensión entre la libertad de expresión y la intimidad de los niños.
18. Fallos 343:1805 (Disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti), Buenos Aires, 26 de Noviembre de 2020, sobre Derecho a la igualdad - no discriminación. El derecho a la igualdad de los niños y personas discapacitadas, así como la veda de su discriminación, recibe expreso reconocimiento en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2º) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 3 inc. b).
19. Fallos 343:1017, 24 de septiembre de 2020, sobre el concepto de familia, voto de Rosatti.
20. Fallos 344:2901, Buenos Aires, 21 de octubre de 2021, valor del interés superior del niño en un proceso de adopción.
21. "S. A. G. s/ restitución internacional solicita restitución de la menor, 20 de diciembre de 2005.
22. Fallos 327:2413, 2004, niños con discapacidad y cobertura de salud y educación, carga de la prueba.

23. Fallos 323:3229, 2001, derecho a la salud de niños con discapacidad.
24. Fallos 332:1394, 2009, sobre la procedencia del amparo en temas de salud mental y niñez.
25. Fallos 335:452, del 24 de abril de 2012, vivienda y mujer discapacidad 2012.
26. Fallo 339:1423, sobre recurso judicial efectivo y temas de ambiente, año 2021.
27. Fallos 331:2691, García Mendez, sobre recurso judicial efectivo negativo e interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño.
28. Fallos 340:1795, sobre educación religiosa en Salta.

Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales. (2021). *Informe índice de pobreza multidimensional. Desde un enfoque de derechos*. Presidencia de la Nación Argentina, disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/indice\\_de\\_pobreza\\_multidimensional\\_1.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/indice_de_pobreza_multidimensional_1.pdf)

Unicef, "La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina", p. 55, disponible en <https://www.unicef.org/lac/media/9646/file/PDF%20La%20adecuacion%20normativa%20a%20la%20Convencion%20sobre%20los%20Derechos%20del%20Nino%20en%20America%20Latina.pdf>

## **Brasil\***

---

Karyna Batista Sposato\*\*

\* Agradezco la ayuda de Vanessa Nascimento Viana.

\*\* Doctora en Derecho. Profesora del Curso de Derecho y Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Sergipe (UFS), Brasil.

SUMARIO: A. Contexto nacional; B. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno; C. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes; D. Jurisprudencia relevante; I. Derecho a ser oído y tomado en cuenta y derecho a la vida familiar; II. Derecho a la salud; III. Derecho a la vida; IV. Derechos sexuales y reproductivos de adolescentes; E. Conclusiones.

## **A. Contexto nacional**

Brasil posee, aproximadamente, 211 millones de habitantes, siendo el quinto país más poblado del mundo, tras China, India, Estados Unidos e Indonesia. La distribución de la población brasileña sobre las regiones del país es heterogénea, con áreas densamente pobladas y otras con baja densidad demográfica. Del universo total de habitantes del país, aproximadamente 69 millones son niños, niñas y adolescentes de hasta 19 años de edad. Las regiones norte y nordeste (noreste) del país concentran la mayoría de las personas de dicha franja de edad.

Los datos de 2021 demuestran 44.7% de niños y niñas de 0 a 6 años que viven en situación de pobreza, y 12.7% en situación de extrema pobreza.

Tomando en cuenta el coeficiente de GINI, uno de los indicadores de la desigualdad de un país, Brasil ocupa la octava posición en el *ranking* de inequidad para un conjunto de 143 países. De acuerdo con estudios realizados por el Fondo de las Naciones Unidas (UNICEF), 74.2% de

los niños de las zonas rurales viven con privaciones de uno o más derechos garantizados por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y demás instrumentos normativos de protección.<sup>1</sup>

Dicho contexto refuerza la importancia de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el orden constitucional de Brasil y sus efectos para el conjunto de políticas públicas de protección para niños, niñas y adolescentes.

La Constitución brasileña de 1988 establece el principio republicano y la forma federativa de Estado con la innovación de haber incorporado el concepto de Estado democrático de derecho en Brasil. Así, la estructura de la Federación brasileña puede ser comprendida mediante aspectos unitarios y societarios típicos de este modelo de Estado. Los primeros resultan del hecho de que el Estado es uno, tanto en el ámbito internacional como en el interno. Lo que significa que solamente el Estado federal tiene personalidad jurídica de derecho internacional público, y existe unidad de nacionalidad y territorio. Cabe subrayar que los aspectos unitarios se manifiestan por la existencia del ordenamiento jurídico federal válido y aplicable a todo el territorio nacional, así como por la existencia de un Tribunal Federal habilitado para solucionar conflictos de orden nacional, la Corte Suprema, llamada Supremo Tribunal Federal (STF).

Los aspectos societarios derivan de la organización en estados federados subordinados a la autoridad central. La distribución de competencias está concentrada especialmente en los artículos 21, 22, 23, 24, 25, § 1, 30 y 32 § 1 de la Constitución Federal.

Sobre la estructura del Poder Judicial brasileño, el artículo 92 de la Constitución Federal dispone:

---

<sup>1</sup> UNICEF, 2016.

Art. 92. Son órganos del Poder Judicial:

I – el Supremo Tribunal Federal;

I-A el Consejo Nacional de Justicia;

II – el Superior Tribunal de Justicia;

II-A – el Tribunal Superior del Trabajo;

III – los Tribunales Regionales Federales y Jueces Federales;

IV – los Tribunales y Jueces del Trabajo;

V – los Tribunales y Jueces Electorales;

VI – los Tribunales y Jueces Militares;

VII – los Tribunales y Jueces de los Estados Federados y del Distrito Federal y Territorios.

§ 1º El Supremo Tribunal Federal, el Consejo Nacional de Justicia y los Tribunales Superiores tienen sede en la Capital Federal.

§ 2º El Supremo Tribunal Federal y los Tribunales Superiores tienen jurisdicción en todo el territorio nacional.

El Poder Judicial en Brasil está dividido en dos categorías: justicia especial y justicia común. La justicia especializada se encarga de demandas electorales, militares y en materia de derecho del trabajo. Por otro lado, la justicia común se organiza en dos ámbitos: federal y en los estados federados. La primera es responsable por juzgar casos cuando la unión federal figura como parte del proceso. Así, la justicia común de los estados federados tiene un carácter residual, para las demandas relacionadas al derecho penal, derecho de familia, entre otros.

Además, existen tres instancias distintas: la primera está formada por jueces de las distintas ramas del derecho. La segunda está formada por los tribunales de justicia que reciben los recursos, y la llamada tercera instancia está compuesta por los tribunales superiores. El Superior Tribunal de Justicia y el Supremo Tribunal Federal (la Corte Suprema) no son considerados parte de una instancia, pues se constituyen en cuanto altas cortes del Poder Judicial.

El Supremo Tribunal Federal tiene la competencia exclusiva de examinar la constitucionalidad, como guardián de la Constitución Federal (art. 102, CFB). Los tribunales estatales también actúan en el control represivo, sin embargo, sólo sobre normas que violen las constituciones estatales o en casos de control difuso, en los que la inconstitucionalidad de una norma no sea el objeto principal de la acción.

En las acciones de competencia exclusiva del Supremo Tribunal Federal, la inconstitucionalidad de una acción puede ser cuestionada por los siguientes instrumentos: a) acción directa de inconstitucionalidad, que declara inconstitucional una ley federal o estatal o un acto normativo por violación de preceptos constitucionales; b) acción directa de constitucionalidad, que declara una ley o acto federal compatible con los preceptos constitucionales; c) acción directa de inconstitucionalidad por omisión, que declara la demora del poder competente en adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas las normas previstas en la constitución; d) alegación de incumplimiento de un precepto fundamental: tiene por objeto prevenir o reparar el daño ocasionado a un precepto fundamental por razón de un acto del poder público. Los efectos de estas decisiones son vinculantes para todos los tribunales y la Administración Pública.

Es importante remarcar que el derecho brasileño adopta un modelo de control de constitucionalidad híbrido (control concreto y abstracto), originarios, respectivamente, de Estados Unidos y Austria. El primero posee como características tener efectos *inter partes* y *ex tunc*, mientras



que el segundo configura un proceso objetivo (sin partes), con efectos *erga omnes* y *ex tunc*, a través del análisis de la constitucionalidad de una ley. Este diálogo e intercambio entre los modelos de control de constitucionalidad positivados en el derecho brasileño, es decir, en la convivencia del modelo incidental difuso tradicional en conjunto con un sistema de múltiples acciones directas (ADI, ADC, ADO, ADPF) ha operado cambios significativos sobre el modelo brasileño de control de constitucionalidad.

Se observa una tendencia de desobjetivización de las formas procesales, sobre todo aquellas que son aplicables al modelo de control incidental que antes eran dotadas de carácter subjetivo, es decir, con restricta eficacia *inter partes*. En cambio, hoy es evidente la adopción de una estructura procedimental abierta para el proceso de control difuso (participación de *amicus curiae* y otros interesados), la concepción del recurso extraordinario de carácter especial para las instancias especiales, el reconocimiento de efectos trascendentes para la declaración de inconstitucionalidad incidental, la incorporación del instituto de la repercusión general en el ámbito del recurso extraordinario y la desformalización del recurso extraordinario mediante el reconocimiento de una posible *causa petendi* abierta.

Luego, las decisiones de inconstitucionalidad proferidas por el Supremo Tribunal Federal, aunque derivadas del control incidental de constitucionalidad, expanden sus efectos más allá del proceso subjetivo sobre la materia examinada. La expansión de los efectos resulta de diversos factores relacionados a la práctica judicial, por ejemplo, la reproducción de la decisión para otros casos análogos a través de decisiones monocráticas de relatores; la edición de súmulas vinculantes; o también la adopción del sistema de repercusión general.

El sistema de repercusión general fue introducido por la Enmienda Constitucional N. 45, que possibilitó al Supremo Tribunal Federal seleccionar los recursos extraordinarios (RE) según los criterios de relevancia jurídica, política, social o económica. Una vez reconocida la

repercusión general, el STF analiza el mérito de la cuestión y la decisión que posteriormente será aplicable por las instancias inferiores en los casos idénticos.

La Constitución brasileña de 1988 es considerada una de las expresiones de lo que se conoce como constitucionalismo intervencionista o de carácter social, iniciado por la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919, con fuerte influencia del modelo alemán de la segunda posguerra, así como de la Constitución portuguesa, adoptada luego de la caída del régimen salazarista en 1970.<sup>2</sup> Como toda Constitución social, ella establece obligaciones positivas para el Estado en el área social, en búsqueda de la reglamentación de las actividades económicas, así como de la configuración de los órganos para la implementación de sus políticas públicas, que incluso pueden constituir agentes económicos directos.<sup>3</sup> Se puede definir este modelo como una Constitución *policy-oriented*, a la vez que el texto constitucional alcanza el ámbito gubernamental y constitucionaliza las políticas públicas.<sup>4</sup>

La Constitución brasileña de 1988, aunque haya sido elaborada en un contexto de franco reduccionismo de los derechos de carácter social, adoptó un ropaje de estado de bienestar social, lo que se puede comprender por la propia historia brasileña marcada por profundos patrones de desigualdad y represión de sus demandas básicas durante un largo periodo de régimen dictatorial (1964-1985).

---

<sup>2</sup> Sposato, Karyna Batista, "El reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo en Brasil, como reflejo de las mutaciones en Derecho de familia", en Espejo Yaksic, Nicolás y Ibarra Olgún, Ana María (eds.), *La constitucionalización del Derecho de Familia*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019, p. 171.

<sup>3</sup> Conforme la definición de la mayoría de los autores, la génesis del constitucionalismo social puede verificarse en los movimientos sociales de las revoluciones mexicana de 1910 y rusa de 1917, y se constituyó paulatinamente en cuanto postura diferenciada del Estado en función de los individuos, por el principio de no neutralidad y de la intervención en el dominio económico en relación con la consecución de una sociedad menos desigual, Silva Neto, Manoel Jorge, *Curso de direito constitucional*, 2a ed, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

<sup>4</sup> Souza, André Portela y Filho, Naercio Menezes, *A Carta-para entender a Constituição brasileira*, São Paulo, Todavia, 2019.

Con intensa participación de la sociedad civil jamás antes vista en la historia del país, la Constitución de 1988 se configuró como un compromiso entre los diversos sectores articulados que ostentaban, en aquel momento, posiciones de poder. Como advierte Oscar Vilhena Vieira, se puede observar un compromiso maximizador, a través del cual distintos sectores lograron alcanzar la constitucionalización de sus intereses sustantivos. Sin embargo, algunos efectos colaterales pueden ser productos de esa misma e intensa constitucionalización. Entre ellos se encuentra, justamente, el envejecimiento precoz del texto constitucional.<sup>5</sup> Ahora bien, si por un lado está garantizada la rigidez y, por lo tanto, también la perennidad de una infinidad de asuntos y temas, del otro, cuando las circunstancias se modifican es inevitable pensar en un cambio en la Constitución.

En cambio, Luís Roberto Barroso piensa que, a pesar de la compulsión reformadora, la Constitución brasileña viene consolidando un verdadero sentimiento constitucional, al mismo tiempo en que ha absorbido graves crisis políticas dentro del marco de la legalidad constitucional,<sup>6</sup> quizás en el campo de los derechos de la infancia y juventud esta visión sea la que más se aproxima al escenario actual.

Es un hecho que la Constitución Federal de 1988 ha inaugurado un nuevo paradigma de doble dimensión: el compromiso con la efectividad de sus normas y el desarrollo de una dogmática de interpretación constitucional.<sup>7</sup> En otras palabras, dicho paradigma permite reconocer su fuerza normativa, el carácter vinculante y obligatorio de sus disposiciones, superando la concepción anterior de que la Constitución era apenas

---

<sup>5</sup> Vieira, Oscar Vilhena, *A globalização e o direito-realinhamento constitucional*, 2006. Disponible en: [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena\\_unidir.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_unidir.htm). [Consultado el 10 de julio de 2022].

<sup>6</sup> Barroso, Luís Roberto, "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro", *Jus Navigandi*, año 7, núm. 59, 2002. Disponible en: <http://jus.com.br/revista/texto/3208>. [Consultado el 11 de mayo de 2022].

<sup>7</sup> Sobre esos temas, véanse Barroso, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Río de Janeiro, Renovar, 2002; Barroso, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2001.

un conjunto de aspiraciones políticas y una convocatoria para la actuación de los poderes públicos.

Como enseña Barroso, esas transformaciones van a alterar significativamente la posición de la Constitución en el orden jurídico brasileño. Uno de los efectos más visibles fue la pérdida de preeminencia del Código Civil en el ámbito de las relaciones particulares ante la formación de diversos microsistemas de protección constitucional (niños y adolescentes, relaciones familiares, mujeres).

En el caso brasileño, el nuevo derecho constitucional coincide con la redemocratización y reconstitucionalización del país, revistiéndolo de características bastante particulares, con efectos en el modo de observar e interpretar todas las demás ramas del derecho.

Ese fenómeno de leer y aprender todo el orden jurídico a través del lente de la Constitución fue denominado por Gomes Canotilho, como filtración constitucional, en la medida que todos los institutos, incluso del derecho infraconstitucional, son reinterpretados por la óptica constitucional con el objetivo de consagrar los valores enunciados en la Constitución. Aunque el constitucionalismo, por sí sólo, no es capaz de sanar todos los problemas sociales, no se puede negar su importante contribución.

La Constitución Federal de 1988 traduce para la realidad brasileña la idea del neoconstitucionalismo y de la constitucionalización de las distintas ramas infraconstitucionales del derecho. De allí que se la considera en cuanto Constitución material, que funciona como límite o garantía y, al mismo tiempo, como norma directiva fundamental.

Evidentemente, la constitucionalización no es absoluta, pero conlleva diferentes grados o etapas de implementación, y se puede adoptar como clave de lectura la premisa del constitucionalismo de los derechos, a partir de la consideración de que los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y originan derechos y obligaciones que no se resumen a meros principios programáticos.

Siendo esto así, principios, directrices y valores, que están presentes en el texto constitucional de 1988, revelan esa perspectiva. En las palabras de Luis Prieto Sanchís, no existe problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado, y eso significa que debemos descartar la existencia de un mundo político apartado de, o inmune a la influencia constitucional.

## **B. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno**

La experiencia brasileña de incorporación de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno guarda una profunda conexión con el proceso de democratización del país y la promulgación de la Constitución Federal de 1988. Las innovaciones introducidas por el texto constitucional de 1988 acerca de la prevalencia de los derechos humanos como principio rector de las relaciones internacionales impulsaron la ratificación de importantes instrumentos de protección de los derechos humanos.

El periodo siguiente a la aprobación de la Constitución de 1988 está marcado por una amplia normativa de protección a los derechos humanos, una vez que corresponde a la adhesión de los principales tratados internacionales de derechos humanos por parte del Estado brasileño.

El artículo 5, § 2, de la Constitución establece la relación entre el derecho interno y los tratados internacionales de derechos humanos: "los derechos y garantías expresadas en el texto de la Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados o de los tratados internacionales de que la República Federativa de Brasil sea parte". Dicho dispositivo constitucional permite organizar los derechos fundamentales en tres categorías: a) los derechos expresamente recogidos en la Constitución; b) los derechos implícitos, resultantes del régimen y de los principios adoptados por la Carta constitucional, y c) los derechos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por Brasil.

En 8 diciembre de 2004, la Enmienda Constitucional N.º 45 ha incluido el párrafo 3 al artículo 5: "§ 3º Los Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos aprobados en cada una de las casas del Congreso Nacional en dos turnos, por tres quintos de los votos, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales".

Tras un tortuoso debate<sup>8</sup> en el ámbito del Supremo Tribunal Federal, se impuso el entendimiento de que los tratados internacionales de derechos humanos aprobados por el procedimiento especial del §3 del artículo 5, de la Constitución Federal, poseen jerarquía constitucional. Sin embargo, aquellos aprobados sin observar dicho proceso legislativo poseen sólo jerarquía supralegal.

Luego, se ha podido concluir que 1) tendrán estatus constitucional aquellos tratados de derechos humanos que hayan sido objeto de procedimiento idéntico de aprobación de aquellos atribuidos a las enmiendas constitucionales, y con ello hayan formado un bloque de constitucionalidad; 2) tendrán estatus supralegal aquellos tratados que versen sobre derechos humanos, sin embargo, sin la aprobación calificada no integran el bloque de constitucionalidad; y 3) tendrán estatus de ley ordinaria los tratados internacionales que no versen sobre derechos humanos.

Así, la Constitución de 1988 ha innovado al incluir de forma conjunta los derechos constitucionalmente protegidos y los derechos enunciados en los tratados internacionales de que Brasil sea parte signataria y que hayan sido aprobados por medio de un procedimiento de aprobación idéntico al de las enmiendas constitucionales, es decir, aprobados en cada una de las cámaras del Congreso Nacional en dos turnos por tres

---

<sup>8</sup> Recurso em Habeas Corpus n° 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002. Disponible en: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79785-rj-stf>. Recurso Extraordinário no 80.004, Rel. Cunha Peixoto, DJe 1.06.1977. Disponible en: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=>

Recurso em Habeas Corpus no 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 30.08.2000. Disponible en: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79785-rj-stf>.

quintos de los votos. Se debe añadir a ese planteamiento el principio de la máxima efectividad de las normas constitucionales referentes a derechos y garantías fundamentales y la naturaleza materialmente constitucional de los derechos fundamentales. Eso justifica extender a los derechos enunciados en dichos tratados el régimen constitucional conferido a los demás derechos y garantías fundamentales.

### **C. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes**

La Carta Constitucional de 1988 reconoce los derechos de las niñas, niños y adolescentes y adopta de forma clara y taxativa un sistema especial de protección a los derechos fundamentales para ellos y ellas. Dicho sistema tiene su raíz en la conformación de los derechos enumerados en los artículos 227 y 228 de la CF/1988 como derechos humanos y, por consecuencia, como manifestaciones de la propia dignidad humana, que es el fundamento del Estado constitucional democrático de derecho brasileño.

Por lo tanto, se habla de una innegable constitucionalización del derecho del niño y del adolescente fundada en dos aspectos principales: el cuantitativo, relacionado a la positivización de los derechos fundamentales exclusivos de niños y adolescentes, que se suman a los demás derechos fundamentales de los adultos; y el cualitativo, relacionado a la estructuración peculiar del derecho material de niños, niñas y adolescentes. Ambos aspectos aparecen de forma evidente en las reglas enumeradas por el artículo 227 de la CF/1988.

Dicho artículo determina que los derechos de niños y adolescentes deberán ser asegurados con absoluta prioridad, y obliga no sólo al Estado, sino también a la familia y a la sociedad en la misma garantía:

Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al ocio, a la profesionali-

zación, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de colocarlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión.

El § 3 del mismo artículo define la protección especial, y detalla cada uno de sus aspectos:

El derecho a la protección especial abarca los siguientes aspectos:

I. edad mínima de catorce años para la admisión al trabajo, observando lo dispuesto en el artículo 7, XXXIII;

II. garantía de derechos previsionales y laborales;

III. garantía del acceso del adolescente trabajador a la escuela;

IV. garantía del pleno y formal conocimiento de la atribución de un acto infraccional, igualdad en la relación procesal y defensa técnica por un profesional habilitado, según disponga la legislación tutelar específica;

V. obediencia a los principios de brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición particular de persona en desarrollo, en cuanto a la aplicación de cualquier medida de privación de libertad;

VI. estímulo del Poder Público, a través de la asistencia jurídica, incentivos fiscales y subsidios, en los términos de la ley, al acogimiento, sobre la forma de guardia del niño y el adolescente huérfano o abandonado;

VII. programas de prevención y atención especializada al niño y al adolescente drogodependiente de estupefacientes y drogas afines.



Conforme se puede observar, al constitucionalizar el derecho de la infancia y adolescencia y reconocer la fuerza vinculante de los derechos humanos derivados de los tratados internacionales, se hizo necesaria la reformulación de la legislación especial infraconstitucional para niños, niñas y adolescentes. Anteriormente, como una condición para el lineamiento entre los avances de la normativa internacional, de la propia construcción normativa constitucional y de la legislación ordinaria. No por casualidad, tras la entrada en vigor de la Constitución se ha ratificado la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, y luego dos años después entró en vigor la Ley Federal N° 8.069, del 13 de julio de 1990, conocida como el Estatuto del Niño y Adolescente (ECA). La Ley Federal ha instrumentalizado los mandamientos internacionales y constitucionales de la prioridad absoluta a través de lo que se convino en llamar como "doctrina jurídica de la protección integral", que corresponde, a su vez, a una síntesis del pensamiento de la comunidad internacional y del legislador constituyente a partir de las garantías sustanciales y procesales destinadas a asegurar los derechos consagrados a la infancia y juventud.

Es innegable, de este modo, la intrincada relación entre la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, la Constitución Federal de 1988 y la Ley Federal. Contemporáneos del consenso en la comunidad de naciones acerca de la necesaria protección especial a niños, niñas y adolescentes se caracterizan por el fuerte tenor programático de sus disposiciones.<sup>9</sup> En efecto, las disposiciones de la Ley Federal núm. 8.069/90 demuestran con claridad la influencia de los principios fijados por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que al unísono traducen la afirmación histórica de los derechos humanos. En el caso de niños, niñas y adolescentes, el reconocimiento de la condición peculiar de persona en desarrollo es una consecuencia lógica del principio de dignidad de la persona humana.

---

<sup>9</sup> Sposato, Karyna Batista, *O direito penal juvenil*, São Paulo, RT, 2006, p. 58.

Concerniente a los principios constitucionales del derecho de la infancia, el punto de partida es la protección integral como paradigma que reúne y armoniza a todos los demás principios en un conjunto sistémico. Sin embargo, la protección integral se debe materializar por medio de políticas universales, políticas de protección o políticas socioeducativas, conforme las necesidades. Se trata de un principio orientador que debe ser implementado de forma concreta en la vida de los niños, niñas y de los adolescentes sin cualquier distinción.

En el ámbito legislativo federal, la Ley núm. 8.069/90, conocida como el Estatuto del Niño y del Adolescente opera el lineamiento necesario entre los compromisos asumidos por Brasil en la esfera internacional de protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, sobre todo por la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas y el nuevo modelo constitucional adoptado en 1988.

Posteriormente, y ante las exigencias de aplicabilidad de los principios de protección de niños, niñas y adolescentes y a lo largo de la vigencia del Estatuto del Niño y del Adolescente, otras legislaciones y leyes fueron aprobadas para complementar y calificar mecanismos de protección y garantía de derechos. Así, la Ley 13.257 de 2016 dispone sobre las políticas destinadas a la primera infancia. De acuerdo con el artículo 2 se considera por primera infancia el periodo de los primeros seis años de vida completos, es decir, los primeros 72 meses de vida del niño o niña. Corresponde a una importante innovación legislativa, pues permite que sean establecidos derechos específicos para esta franja de edad, que se configura como la más sensible del desarrollo físico, psíquico y moral de niños y niñas. Otro ejemplo importante se refiere al Estatuto de la Juventud, Ley 12.852 de 2013, concerniente a la adopción de políticas direccionadas a este público con necesidades específicas e incluso vulnerabilidades particulares derivadas el momento de desarrollo personal. Es sabido que los jóvenes son más susceptibles a sufrir violencias y que también encuentran mayores dificultades de ingresar en el mundo del

trabajo en los días actuales. Considerando jóvenes a las personas entre 15 y 29 años, la legislación le suma al ECA al conceder dupla protección a las personas entre 15 a 17 años, que pasan a ser titulares de derechos reconocidos por ambos cuerpos legales. Además, la legislación es responsable por disciplinar el llamado Sistema Nacional de Juventud (Sinajuve).

Como se puede observar, el ECA en conjunto con la Ley de la Primera Infancia y el Estatuto de la Juventud conforman un sistema de protección y garantía de derechos de niños, niñas y adolescentes que considera las especificidades para cada momento o ciclo de vida.

También han venido incorporando otras leyes que apuntan a las distintas formas de violencia ejercidas contra niños, niñas y adolescentes, es decir, la violencia doméstica e intrafamiliar, violencia comunitaria y violencia institucional. La Ley 13.013 de 2014, conocida popularmente como Ley del Niño Bernardo, ha introducido algunos dispositivos al ECA y conceptualizado el castigo físico como toda acción de naturaleza disciplinaria o punitiva que utilice fuerza física contra niños, niñas o adolescentes, que resultan en sufrimiento físico o lesión. La ley prohíbe dos conductas: castigos físicos y corporales y trato cruel, inhumano o degradante. Este último, está definido como cualquier forma de conducta que humille, amenace gravemente o ridiculice a un niño, niña o adolescente.

En el campo familiar merece mención la Ley 12.318 de 2010, que dispone sobre alienación parental, equivalente a acciones de implantación de falsas memorias por parte de uno de los progenitores o ascendentes, o responsables por el niño que busquen repudiar al otro progenitor o perjudicar el establecimiento de vínculos. Se trata de una interferencia en la formación psicológica del niño, niña o adolescente.

Otra ley relacionada directamente con el derecho de familia es la Ley 12.010 de 2009, popularmente conocida como Ley Nacional de Adopción, y que ha traído varios cambios al ECA, especialmente en lo que

concierna a la búsqueda preferencial de manutención de los niños, niñas y adolescentes en sus familias de origen, y cuando sea necesario recurrir a la familia extensa, como forma de evitar institucionalizaciones innecesarias. Además, la ley también ha tenido un importante papel en la prohibición de que situaciones de pobreza y carencia material sean utilizadas como el único motivo para la pérdida o suspensión del poder familiar; con esto inducen que programas de auxilio y asistencia sean priorizados para las familias en situación de vulnerabilidad.

Con relación al sistema de responsabilidad penal juvenil de adolescentes, cabe referir la Ley 12.594 de 2012 que ha instituido el Sistema Nacional Socioeducativo (Sinase) y ha reglamentado la ejecución de las penas juveniles, llamadas en Brasil como medidas socioeducativas. Una de las innovaciones más importantes de dicha legislación está en la prohibición de que un adolescente sufra consecuencias más gravosas que un adulto sufriría en las mismas circunstancias delictivas, está prevista en el artículo 35, I de la Ley 12.594/12.

Por último, cabe tratar de una normativa que no se ubica específicamente como de protección de niños, niñas y adolescentes, pero que abarca situaciones relativas a este grupo. Se trata de la Ley 11.340 de 2006, popularmente conocida como Ley Maria da Penha, que surgió como resultado de una lucha política en varios ámbitos, en particular, el ámbito internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo que atañe a la violencia doméstica y familiar contra la mujer.

Precisamente, en 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (CIDH/OEA) condenó a Brasil por omisión, negligencia y tolerancia de crímenes contra los derechos humanos de las mujeres por ocasión del caso Maria da Penha, mujer que denunció varios episodios de violencia cometidos en su contra por su esposo, que intentó matarla dos veces, una a tiros y otra electrocutándola. Debido a reiteradas violencias, Maria da Penha quedó parapléjica. Pese a la gravedad de la situación, la justicia tardó demasiado en

juzgar el caso, motivo por el cual el Estado brasileño fue condenado por la CIDH de la OEA.

Uno de los resultados más simbólicos de esta condena fue la promulgación de la Ley Federal 11.340 de 2006, conocida como Ley Maria da Penha, que ha creado los mecanismos para frenar la violencia doméstica y familiar contra las mujeres con base en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Entre estos mecanismos se enumeran varias medidas de protección, como la exclusión del hogar con el fin de excluir al agresor de la vivienda donde habita el grupo familiar, la prohibición de contacto con la víctima, la derivación de la víctima y sus dependientes a un programa comunitario oficial de protección o atención.

Tales mecanismos, en la calidad de medidas de protección visan el objetivo de garantizar oportunidades y facilidades para que las mujeres vivan sin violencia, conserven su salud física y mental y su perfeccionamiento moral e intelectual y social (art. 2, Ley 11.340/2006). Para los efectos de esta ley, se entiende por violencia doméstica y familiar contra la mujer toda acción u omisión basada en el género que le cause muerte, lesión, sufrimiento físico, sexual o psíquico y daño moral o patrimonial en el ámbito de la unidad doméstica, familiar o en cualquier relación íntima de afecto, en la que el agresor viva o haya convivido con la víctima. Esta ley es relevante en la medida que muchas situaciones de violencia que afectan a niñas y adolescentes del sexo femenino tienen su raíz en la violencia de género de una manera interseccional a las cuestiones etarias.

#### **D. Jurisprudencia relevante**

El derecho del niño y del adolescente constitucionalizado está presente en innumerables decisiones de las cortes brasileñas. Para efectos didácticos algunos temas serán tratados para demostrar este proceso de constitucionalización e interpretación sistemática de los principios y reglas de

protección que derivan del texto constitucional, de los tratados internacionales y de las leyes federales.

Como es sabido, el interés superior de la niña, el niño o el adolescente está presente en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, al considerar en su principio 8 que el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad por su educación y orientación. Igualmente, la Convención Internacional sobre los derechos del niño de Naciones Unidas reconoce en su artículo 3 el interés superior del niño como la consideración primordial que los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tomar en cuenta en todas las medidas concernientes a los niños.

Considerando que las decisiones tomadas por la Corte Suprema acarrearán efectos sobre los tribunales inferiores, como ya se ha mencionado, la decisión<sup>10</sup> del Tribunal de Justicia de Bahía de 2018 sirve como ejemplo de la consideración del interés superior del niño sobre las exigencias de formalidades en los procedimientos de adopción.

El caso involucraba la destitución del poder familiar de la familia adoptante, puesto que no han sido observados los procedimientos legales del proceso de adopción. Como resultado, el Ministerio Público afirmó que para atender al interés superior del niño éste debería ser llevado a un órgano de abrigo institucional para someterse a un proceso regular de custodia y adopción. El fallo entendió que la sentencia no había observado integralmente el interés superior del niño, ya que tampoco observó las disposiciones del artículo 3.1. de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Se destacan los siguientes argumentos de la decisión:

Históricamente, en el plan constitucional, la consagración del principio de la dignidad humana como cláusula general de protección,

---

<sup>10</sup> Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ba/643302234>. Ementa Ítems 1, 2 y 3. Fecha de sentencia: 22 de mayo de 2018.

así como la afirmación de la dignidad del niño, niña y adolescente y la positivación de la doctrina de la protección integral resultan en un conjunto de principios que privilegian el mejor interés del niño como regla de interpretación (...)

En el caso concreto sub examine, pese a todas las consideraciones formuladas por el MM. juez a quo para determinar la retirada del niño de la de protección de los Agravantes, con atención a los intereses del niño, se comprende que permanezca bajo la guardia de los Recurrentes, dado el estrecho lazo familiar ya está establecido entre ellos, sopesándose las pruebas presentadas (...)

La concesión de la guardia provisoria al recurrente es la medida que más se armoniza con el principio del Interés Superior del niño, aunque el agravante no haya sido debidamente inscripto en el registro de adoptantes.

La consagración del principio de dignidad humana se enfatiza como una cláusula de protección general, así como la afirmación de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes y la positivación de la doctrina de la protección integral en el ámbito constitucional que debe guiar todas las decisiones jurisdiccionales. Por lo tanto, al considerar el marco legal protector de la infancia y de la adolescencia se ha demostrado que el niño ya había establecido lazos familiares con quienes ejercían su custodia, siendo mejor que se quedara en la casa donde había estado durante más de un año y medio, en vez de ser llevado a una institución de acogida.

La consideración primordial del interés superior del niño posibilitó la flexibilización de reglas y procedimientos relacionados a la adopción para garantizar que el niño no sufriera una ruptura de los lazos familiares de afectividad que ya había establecido, para en conjunto evitar una institucionalización innecesaria.

La decisión ha mencionado expresamente el principio del Interés Superior del niño, que se encuentra positivado en el artículo 3.1 de la

Convención Internacional de los Derechos del Niño, así como el artículo 100, párrafo único, incisos I e IV, del Estatuto del Niño y del Adolescente.

## **I. Derecho a ser oído y tomado en cuenta y derecho a la vida familiar**

Al igual que en el sistema internacional de derechos humanos, en Brasil, todas las decisiones que involucran a niños, niñas y adolescentes deben basarse en el principio del interés superior. La Constitución brasileña prevé una serie de principios rectores que se derivan del principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, como los principios de la protección integral y de la prioridad absoluta (art. 227, CF/88). En las relaciones de crianza y de filiación, estos principios fundamentan la importancia de la convivencia familiar y comunitaria y el deber de proteger a los niños, niñas y adolescentes contra todas las formas de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión. Además, el derecho a la vida familiar pasó a ocupar un lugar destacado en los debates sobre la crianza de los hijos, luego de varios estudios interdisciplinarios que señalaron la importancia del involucramiento de los responsables, hombres y mujeres en el desarrollo de niños, niñas y adolescentes. Esta temática se refiere tanto a los derechos de quienes ejercen la paternidad, es decir, de participar en la vida de los hijos como los derechos de niños, niñas y adolescentes a vivir con sus tutores, asimismo como el derecho de las mujeres a no ser las únicas responsables por la crianza de los hijos. Con la aprobación de la Ley 13.058 de 2014, que trata de la custodia compartida, el debate se cristalizó en el ordenamiento jurídico brasileño, convirtiéndola en una norma que tiene como objetivo ampliar la convivencia familiar entre niños, niñas y adolescentes y sus tutores.

Una decisión<sup>11</sup> de la Corte Suprema brasileña, de 2021, sirve para identificar dos aspectos importantes: el derecho a la vida familiar de la niña,

---

<sup>11</sup> ARE 1321513 / RJ - RIO DE JANEIRO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. PRESIDENTE; Decisión proferida pelo(a): Ministro LUIZ FUX. Fecha de sentencia: 13/05/2021;



conjuntamente con el derecho a ser oída y tener en consideración su opinión, todo esto como resultado de un recurso ante la Corte para cambiar la orden de custodia de la niña tras noticias sobre agresión física y conducta negligente en el periodo de convivencia familiar por parte del padre en contra de su hija.

Pese a la importancia de la convivencia y el protagonismo que tiene en la legislación familiar, en dicha sentencia fueron aplicados los principios del interés superior del niño y de la protección integral con el objetivo de mantener el padre alejado de la vida familiar de su hija:

Si bien se había ordenado la regulación judicial de las visitas con el propósito de asegurar la convivencia entre padre e hija, a lo largo del proceso se comprobó, a través del testimonio especial de la niña que la convivencia no había sido beneficiosa, ya que estuvo sometida a castigos físicos y psicológicos.

Los ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil aplicaron la Convención sobre los Derechos del Niño ante la posibilidad de escuchar a la niña, teniendo debidamente en cuenta sus manifestaciones y voluntad. Sin embargo, aunque se haya relativizado el derecho a la vida familiar en nombre de la integridad física y psíquica, fue preponderante el derecho de la niña a desarrollarse libre de violencia. La Corte Suprema concedió una solicitud alternativa para que las visitas se realicen de manera asistida, es decir, en presencia de una tercera persona, cuyo fin es "Garantizar que no se produzca ninguna vulneración de los derechos de la niña durante el período de convivencia, y, de ese modo, evitar 'una ruptura prematura e indeseada del vínculo familiar'".

La decisión es importante en la medida en que prioriza el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser educados sin el uso de castigos físicos y otras formas de tratos crueles, inhumanos y degradantes, aunque para

ello es necesario relativizar el derecho a la vida familiar de los responsables. Y de forma combinada respeta el derecho de la niña a ser oída con base en los preceptos de la Convención Internacional, cuando menciona expresamente: "La incidencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, asegurándose a niños, niñas y adolescentes la oportunidad de ser oídos en los procesos judiciales, siendo tomada en consideración su manifestación de voluntad".

## II. Derecho a la salud

Con respecto al derecho a la salud y al desarrollo en condiciones de dignidad, destacamos el precedente de la Suprema Corte brasileña relativo a un recurso ordinario de *habeas corpus*<sup>12</sup> de 2018, en el que rechaza la acción de ésta a un hombre condenado a 8 años de prisión por la violación de una persona vulnerable.

La detención se produjo por el incumplimiento reiterado de la medida de protección prevista en la Ley 11.340 de 2006 a favor de una niña de 11 años con discapacidad intelectual. Como ya he mencionado, la Ley Federal 11.340 de 2006, popularmente conocida como Ley Maria da Penha, configura la violencia doméstica y familiar contra las mujeres y crea medidas de protección, aplicables a distintas situaciones de violencia.

El incumplimiento de la decisión judicial que otorga las medidas de protección conlleva una sanción de privación de libertad, como ocurrió en este caso. Sin embargo, lo que llama la atención en la sentencia es la consolidación del entendimiento de que la Ley Federal Maria da Penha es aplicable en los casos de violencia doméstica y familiar contra las niñas. En el ordenamiento jurídico brasileño, niños, niñas y adolescentes son sujetos en condición peculiar de desarrollo y están protegidos por legislación especial, el Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley

---

<sup>12</sup> RHC12.8174, <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=747860375>.

Federal 8.069 de 1990). Sin embargo, según Maria Berenice Dias, cuando la víctima es una niña y la conducta no está prevista en el artículo 148 del Estatuto del Niño y del Adolescente, es posible enmarcar el caso en la Ley Maria da Penha.<sup>13</sup> En este caso específico, la aplicación de dicha normativa estuvo motivada por un informe llevado a cabo por una trabajadora social en el que ha señalado que el imputado "seguía teniendo relaciones sexuales con la adolescente con discapacidad, además de suministrarle alcohol con frecuencia, agravando aún más sus problemas psiquiátricos y psicológicos". El contexto se calificó como violencia de género contra la niña, en el cual fueron otorgadas medidas de protección incumplidas en reiteradas ocasiones, razón por la cual el Supremo Tribunal Federal decidió denegar el pedido de *habeas corpus*.

La observancia del derecho a la salud está presente especialmente por tratarse de persona en desarrollo y además con discapacidad intelectual, pues la violencia afecta la salud de niños, niñas y adolescentes de manera general, y en el caso concreto los daños son todavía más graves en consecuencia de la vulnerabilidad agravada de la niña.

Otro ámbito de vulneración al derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes corresponde a la explotación del trabajo infantil. La Constitución Federal, en su artículo 7, inciso XXXIII, prohíbe el trabajo de niños, niñas y adolescentes con menos de 16 años, excepto bajo la condición de aprendices a partir de los 14 años. Sin embargo, el trabajo infantil doméstico es una realidad cruel en Brasil y en diferentes partes del mundo. En 2008, el Decreto 6.481 reglamentó algunos puntos del Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. Dentro de la lista de las peores formas de trabajo infantil está incluido el trabajo infantil doméstico, por ser una actividad extenuante con largas jornadas, maltratos físicos y psicológicos. Pese a las nuevas reglamentaciones del decreto, en 2011 el Instituto Brasileño de Geografía

---

<sup>13</sup> Dias, Maria Berenice, *A Lei Maria da Penha na Justiça*, 6.a ed, Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 69.

y Estadística (IBGE) señaló que cerca de 258 mil niños y adolescentes seguían ejerciendo trabajo infantil doméstico. Además, la Federación Nacional de Trabajadoras Domésticas (Fenatrad) trazó un perfil de los niños y adolescentes trabajadores domésticos en Brasil: 93% son niñas y más de 60% son negras.

La evidente problemática de género es percibida en el trabajo infantil doméstico, ya que involucra mayoritariamente a niñas y adolescentes.

El precedente<sup>14</sup> del Tribunal Superior del Trabajo (TST) de 2014 reconoció la relación laboral involucrando niñas en situación degradante y peligrosa. Aunque prohibido, una vez identificado el trabajo infantil doméstico, ha exigido la incidencia de normas constitucionales de protección. Según los ministros del Tribunal Superior del Trabajo (TST) las normas contenidas en el texto constitucional fueron editadas para proteger a niños, niñas y adolescentes: "Si no se respetan las reglas de protección, los niños, niñas y adolescentes no deben sufrir más daños".

El caso seleccionado expone una realidad cruel de explotación del trabajo doméstico sobre niñas y adolescentes, en la cual se reconoce una situación análoga a la condición de esclavitud. En la investigación policial, dos niñas denunciaron que se encargaban de cocinar, lavar y planchar y cuando su desempeño no era satisfactorio, las agredían físicamente. Afirman que los imputados utilizaron cuchillos, cable de cargador de celular, cinturón, perchas, entre otros objetos para golpearlas, además de hacerlas dormir en el piso y dejarlas sin comer durante días. Una de las niñas manifestó que otra niña vivía en las mismas condiciones, momento en el cual el organismo especializado en infancia (en portugués, Conselho Tutelar, que ejerce la función administrativa de promoción, protección y seguimiento del sistema de protección integral para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes en Brasil),

---

<sup>14</sup> AIRR 891-35.2010.5.22.0001, <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/27144ff058b7171ed169e3b7be7eb701>. Fecha de sentencia: 28 de mayo de 2014.

acompañado de policías, acudió a la casa del imputado y encontró a otra niña en condiciones similares, además de graves quemaduras en sus pies. Una vez rescatada, la niña quedó bajo la responsabilidad tutelar del organismo. En respuesta, los acusados afirmaron que las niñas fueron acogidas en su casa y que las trataron como si fueran familia para que tuviesen oportunidades de estudiar. Sin embargo, se comprobó que las niñas no asistían a la escuela y en una declaración personal de la propia acusada había confesado que las niñas acudieron a ella porque buscaba una empleada doméstica.

La decisión sostuvo que

Es incompatible con el ordenamiento jurídico constitucional vigente, el trabajo doméstico infantil, en actividades domésticas, con imposibilidad de estudiar, destituido, además, de cualquier protección laboral, lo que imposibilita el ejercicio del derecho a la educación, a la recreación, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respecto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria.

En conclusión, el recurso no fue concedido ya que no se reconoció de ninguna manera la intención de acoger a las niñas con fines de protección. Por otro lado, se verificó la explotación del trabajo infantil doméstico en situación análoga a la condición de esclavitud, razón por la cual se les reconocieron a las niñas los derechos laborales y se les otorgó indemnización por daño moral.

Otro caso de trabajo infantil doméstico tratado en la jurisprudencia<sup>15</sup> del Superior Tribunal de Justicia (STJ) de 2017 se refirió al rechazo de la aplicación de la Ley Maria da Penha en un caso específico de trabajo infantil doméstico, en el que se afirmaba que los supuestos malos tratos no tenían motivación de género, pero que han sido derivados de la relación de subordinación.

---

<sup>15</sup> REsp1549398/TO [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201502009385&dt\\_publicacao=14/03/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502009385&dt_publicacao=14/03/2017)> Fecha de sentencia : 07/03/2017.

La Ley Maria da Penha establece que toda mujer, independientemente de su clase, raza, etnia, orientación sexual, ingresos, cultura, nivel educativo, edad y religión, goza de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, teniendo aseguradas oportunidades y facilidades para vivir sin violencia, preservar su salud física y mental y su perfeccionamiento moral, intelectual y social (art. 2 de la Ley 11.340/2006). En 2014, ese mismo tribunal dictaminó que la Ley Maria da Penha se aplicaba a las niñas y adolescentes, con independencia de la edad de la mujer. También consideró que la mujer puede ser sujeto activo de las conductas previstas en la Ley. En los tribunales locales/provinciales, la aplicación de la Ley Maria da Penha fue reconocida en varios momentos relativos a los casos de violencia contra las trabajadoras domésticas por parte de sus empleadores.<sup>16</sup>

No obstante, dicha aplicación no parte del reconocimiento de la violencia dentro de la relación familiar, sino del reconocimiento de la violencia contra la mujer dentro del ámbito doméstico, entendido como el espacio de convivencia permanente de las personas, con o sin lazos familiares, incluidos los agregados esporádicamente.

En el caso en cuestión, una mujer fue denunciada por someter a una adolescente de 13 años, que estaba bajo su autoridad y vigilancia, al bochorno de traerla de la ciudad de Itacajá para realizar trabajo doméstico en su domicilio, pagándole una irrisoria remuneración mensual. Con exceso de trabajo, la víctima terminó internada en un hospital público debido al cansancio que presentaba. En su razonamiento los ministros entendieron que "si bien el trabajo infantil doméstico es realizado por niñas, en su mayoría, no está motivado por la opresión de la mujer en condición de hipo suficiencia o inferioridad en la relación familiar, pero si directamente relacionado con la situación de pobreza". De esta manera, el caso fue mantenido en la justicia común y no en la justicia de violencia doméstica y familiar contra la mujer.

---

<sup>16</sup> Dias, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 70.

El caso expone contextos de pobreza que generan situaciones como a de las "criaditas", "ahijadas", "hijas de crianza", niñas que desde muy temprano son llevadas a familias que se encargan de su cuidado, habitación y educación, en cambio de la prestación de servicios y trabajos domésticos. Las niñas no reciben tratamiento como parte de la familia y en verdad se transforman en pequeñas trabajadoras domésticas, sin oportunidades de estudiar o de vivir la infancia y la adolescencia de manera saludable. Son también víctimas frecuentes de asedio moral y sexual y de malos tratos.

Pese al no reconocimiento del enfoque de género en la violencia sufrida por la decisión, se destaca la conexión de la afectación del derecho a la salud y al desarrollo de la víctima en condiciones de dignidad ante la situación de pobreza, en particular para niños, niñas y adolescentes.

### **III. Derecho a la vida**

Sin lugar a dudas y lamentablemente, hay un sinnúmero de casos de violación al derecho a la vida de niños, niñas y adolescentes. La sentencia del Superior Tribunal de Justicia (STJ) de 2013<sup>17</sup> sobre tortura, evidencia que los casos de tortura son reconocidos para este grupo y que, además, es posible considerar dimensiones de género de manera interseccional, es decir, los elementos etarios y de género pueden ser considerados para configurar un tipo de violencia específica, y luego la caracterización de una vulnerabilidad por edad y género que exige la búsqueda de una adecuada protección jurídica.

El caso corresponde al juzgamiento del delito de tortura calificada agravada por muerte de una niña, cometido por la tía y la prima de la víctima en ambiente doméstico. Para los efectos de la Ley Maria da Penha, se entiende

---

<sup>17</sup> (HC 250.435/RJ, REL. MINISTRA LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, JULGADO EM 19/09/2013, DJE 27/09/2013) (HC 250.435/RJ, REL. MINISTRA LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, JULGADO EM 19/09/2013, DJE 27/09/2013) Fecha de sentencia: 27 de septiembre de 2013.

por violencia doméstica y familiar contra la mujer toda acción u omisión basada en el género que le cause muerte, lesión, sufrimiento físico, sexual o psíquico y daño moral o patrimonial en el ámbito de la unidad doméstica, familiar o en cualquier relación íntima de afecto, en la que el agresor viva o haya convivido con la víctima. A lo largo del proceso penal se cuestionó la aplicación de la Ley Maria da Penha y la competencia del Tribunal de Violencia Doméstica y Familiar, ya que se trataba de una niña y las agresoras también eran mujeres. Frente a eso, el tribunal ofreció dos argumentos que merecen ser subrayados: que la protección de las niñas puede ser amparada por la Ley Maria da Penha cuando estas son víctimas de violencia familiar, no obstante, las agresoras eran mujeres. Los tribunales superiores reforzaron que toda mujer, independientemente de su edad, goza de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana.

La decisión ha considerado que "El delito fue cometido en contra la niña con abuso de su condición de debilidad, inferioridad física y económica, pues la violencia ocurrió en el ámbito doméstico y familiar. Las agentes de la violencia fueron acusadas de torturar la víctima de la cual detenían la guardia por decisión judicial".

Así, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) entendió que las imputadas se aprovecharon de su condición de tía y de prima de la víctima, quienes tenían la custodia y el deber legal de cuidado, y que cometieron la conducta delictiva que resultó en la muerte de la niña. De esta forma, se mantuvo la competencia del Juzgado de Violencia Doméstica y Familiar contra la mujer y se denegó el pedido de *habeas Corpus*. En dicho precedente se verifica la protección al derecho a la vida, y a crecer sin violencia de niños, niñas y adolescentes asociados a la dimensión de género considerando que el escenario de prácticas de violencias era el ámbito doméstico.

#### **IV. Derechos sexuales y reproductivos de adolescentes**

Los derechos sexuales y reproductivos de niños, niñas y adolescentes con frecuencia son violados por prácticas de violencia sexual y abusos.



Con la constitucionalización del derecho de la infancia y adolescencia, la adopción de tratados internacionales y de la legislación infra constitucional, el tratamiento de los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes ha cambiado por medio de reformas legislativas en la normativa penal que resultaron en nuevos tipos penales en el Código Penal brasileño.

El principal cambio fue introducido por la Ley federal 12.015/09 que concedió nueva redacción al artículo 217-A del Código Penal brasileño: "Tener conjunción carnal o practicar acto libidinoso con menor de 14 (catorce) años".

Con la adopción de la Ley Federal 12.015/09, el criterio para caracterización de la violación sexual es objetivo, fundado en la edad. Cuando la víctima es menor de 14 años, existe una presunción absoluta de violencia. Distintos precedentes<sup>18</sup> del Supremo Tribunal Federal condensan el entendimiento de que para la configuración del delito de violación sexual de vulnerable son irrelevantes la previa experiencia sexual de la víctima o su consentimiento cuando es menor de 14 años.

La definición del tipo penal que configura la violación de persona vulnerable fue introducida al Código Penal brasileño por la Ley Federal 12.015/2009, en su artículo 217-A, como la acción de tener conjunción carnal o practicar otro acto libidinoso con una persona menor de 14 años, con imposición de pena de reclusión de 8 a 15 años.

Con el advenimiento de la Ley 12.015/09, el criterio adoptado es objetivo (edad), es decir, el criterio etario y no más la presunción subjetiva de la violencia sufrida.

---

<sup>18</sup> RHC19.2485 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755801001>; HC 130297 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748466721>; ARE 940701 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10696351>; HC 122666 <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=97052&classe=HC>; HC 97052 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627298>; HC 94818 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7645106>; RE 418376 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>; RE 108267 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=199618>.

El Superior Tribunal de Justicia<sup>19</sup> ha decidido que "Para la configuración del delito de violación de vulnerable, son irrelevantes la previa experiencia sexual de la víctima o su consentimiento".

De otra parte, el tema de la presunción absoluta de la violencia también fue reconocida por el Superior Tribunal de Justicia en otras decisiones<sup>20</sup> del mismo año, que han desconsiderado la indagación sobre la preexistente experiencia de la víctima respecto al sexo. En resumen, la mayoría de las decisiones ratifica que "El consentimiento y la existencia de relación amorosa entre víctima y agresor son irrelevantes y no excluyen la presunción absoluta de violencia cuando la víctima es menor de 14 años".

Otro aspecto relevante se refiere a la unificación de las conductas de violación y atentado violento al pudor a partir de la Ley N.º 12.015/2009, considerándolas como delito único o delito continuado<sup>21</sup>, a depender de las circunstancias concretas de los hechos, y teniendo en cuenta la edad de la víctima.

De manera general, las decisiones, por ejemplo del precedente del STJ de 2016<sup>22</sup> aseveran que:

El consentimiento de la víctima no aleja la incidencia del tipo penal de violación de persona vulnerable, conforme define el artículo 217-A del Código Penal, en concordancia al precedente del Recurso Especial Representativo de la Controversia n.1.480.881/PI, de 26/8/2015, que reconoció la interrupción de la gestación con arreglo al artículo 128, II, del mismo Código.

Además, la decisión del STJ de 2016 resalta que Brasil es parte signataria del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Poblaciones

<sup>19</sup> (STJ, REsp 1371163 / DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 25/06/2013).

<sup>20</sup> (STJ, AgRg no REsp 1382136 / TO, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, j. 03/09/2013).

<sup>21</sup> (STJ, HC 210346 / SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, j. 04/06/2013).

<sup>22</sup> <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/387736237/inteiro-teor-387736243>.

y Desarrollo-Plataforma del Cairo, que en 1994 ha asumido el compromiso de asegurar derechos de salud a las mujeres, y tratar el tema del aborto como cuestión de política pública, no como materia criminal.

Como se puede observar, la violación de niñas y adolescentes es un tema frecuente en Brasil, y además viene ocupando la centralidad de los debates acerca del aborto y su autorización cuando la niña violada resulta embarazada. Dos casos recientes son parte de este debate.<sup>23</sup> El primero, en la capital Florianópolis del estado de Santa Catarina, al sur del país, ganó enorme repercusión después que una grabación de la audiencia realizada por la magistrada quedó conocida en las redes sociales. El video revela que la magistrada intenta coercer la niña y su responsable a no insistir en la solicitud de autorización del aborto. La niña de 11 años ya había sido retirada del hogar con alegación del necesario distanciamiento del agresor, pero también para evitar que su madre autorizara el aborto. Ya el segundo ocurrió en la ciudad de Teresina del estado de Piauí, en la región nordeste del país, sobre una niña de 11 años de edad, víctima de violencia sexual, con diagnóstico de un embarazo de 10 semanas y un día, embarazada por segunda vez. Como se tratan de casos con secreto de sumario, todavía no se ha dado a conocer las decisiones de los procesos en curso, pero, de todas maneras, parece importante llamar atención para la problemática del aborto cuando el embarazo resulta de la violación de una persona vulnerable.

## **E. Conclusiones**

La Constitución Federal brasileña de 1988 ha promovido un intenso proceso de constitucionalización de las distintas ramas infra constitucionales del derecho, y de igual modo del derecho de la infancia y adolescencia. Como norma directiva fundamental, adopta de forma clara y

---

<sup>23</sup> <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2022/09/11/crianca-de-11-anos-vitima-de-estupro-esta-gravida-pela-segunda-vez-em-teresina.ghtml>; <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2022/09/12/o-que-se-sabe-e-o-que-falta-saber-sobre-o-caso-da-menina-de-11-anos-vitima-de-estupro-e-gravida-pela-segunda-vez.ghtml>.

taxativa un sistema especial de protección a los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. Ese sistema tiene su raíz en la conformación de los derechos enumerados en los artículos 227 y 228 de la CF/1988 como derechos humanos y, por consecuencia, manifestaciones de la propia dignidad humana, que es el fundamento del Estado constitucional democrático de derecho brasileño.

La innegable constitucionalización del derecho del niño y del adolescente se funda en dos aspectos principales: el cuantitativo, relacionado a la positivización de los derechos fundamentales exclusivos de niños y adolescentes, que se suman a los demás derechos fundamentales de los adultos, y el cualitativo, relacionado con la estructuración peculiar del derecho material de niños, niñas y adolescentes. Ambos aspectos aparecen de forma evidente en las reglas enumeradas por el artículo 227 de la CF/1988.

De otra parte, la experiencia brasileña en la incorporación de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno guarda profunda conexión con el proceso de democratización del país, y la promulgación de la Constitución Federal de 1988, cuya innovación ha incluido de forma conjunta los derechos constitucionalmente protegidos y los derechos enunciados en los tratados internacionales de los que Brasil sea parte signataria. Como consecuencia, atribuye a los derechos internacionales jerarquía constitucional, es decir, nivel jerárquico de norma constitucional.

Dicha conclusión resulta de la interpretación sistemática y teleológica del texto, sobre todo ante la fuerza expansiva de los valores de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, como parámetros axiológicos de orientación para la comprensión del fenómeno constitucional. Se debe añadir a ese planteamiento el principio de la máxima efectividad de las normas constitucionales referentes a derechos y garantías fundamentales y la naturaleza materialmente constitucional de los derechos fundamentales. Eso justifica extender los derechos enunciados en los tratados al

régimen constitucional conferido a los demás derechos y garantías fundamentales. Luego, dichos derechos presentan aplicabilidad inmediata.

Tomando el interés superior de la niña, niño o el adolescente como principio rector a ser considerado primordialmente en todas las medidas concernientes a los niños, distintos precedentes judiciales, en especial de la Corte Suprema, el Supremo Tribunal Federal consolidan derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes en cuestiones relacionadas con el derecho a ser oído, al derecho a la vida familiar, al derecho a la salud, al derecho a la vida, y derechos sexuales y reproductivos. Son manifestaciones del derecho de la infancia y adolescencia constitucionalizado en Brasil.

## **Bibliografía**

Barroso, Luís Roberto, "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro", *Jus Navigandi*, año 7, núm. 59, 2002. Disponible en: <http://jus.com.br/revista/texto/3208>. [Consultado el 11 de mayo de 2011].

Barroso, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2001.

Barroso, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Río de Janeiro, Renovar, 2002.

Brancher, Leoberto Narciso, *Visão sistêmica da implementação e da gestão da rede de atendimento. O direito é aprender*, Fundescola/Projeto Nordeste/MEC, 1999.

Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1991.

Dias, Maria Berenice, *A Lei Maria da Penha na Justiça*, 6 ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2019.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 2. ed. Madrid, Trotta, 2001.

Ferrajoli, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales", en Carbonell, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

Garrido de Paula, Paulo Afonso, *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*, São Paulo, RT, 2002.

Machado, Martha de Toledo, *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*, Barueri, Manole, 2003.

Machado, Martha de Toledo, "Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente", en ILANUD/ABMP/SEDH/UNFPA, *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*, São Paulo, ILANUD, 2006.

Prieto Sanchís, Luis, "El constitucionalismo de los derechos", en Carbonell, Miguel (org.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

Rizzini, Irene, *O século perdido-raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*, Río de Janeiro, Editora Universitária Santa Úrsula/Amais, 1997.

Souza, André Portela y Filho, Naercio Menezes, *A Carta-para entender a Constituição brasileira*, São Paulo, Todavia, 2019.

Sposato, Karyna Batista, "El reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo en Brasil, como reflejo de las mutaciones en Derecho de familia", en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (eds.) *La constitucionalización del Derecho de Familia*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

- Sposato, Karyna Batista, "A criança no neoconstitucionalismo brasileiro", en Bertoldi, Márcia Rodrigues; Oliveira, Kátia Cristine Santos de, *Direitos fundamentais em construção: um estudo em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto*, Belo Horizonte, Fórum, 2010.
- Sposato, Karyna Batista, *O direito penal juvenil*, São Paulo, RT, 2006.
- Sposato, Karyna Batista, *Passo a passo da municipalização-guia de orientações para a municipalização das medidas socioeducativas em meio aberto*, Documento Técnico, Brasília, UNICEF, 2007.
- Travieso, Juan Antonio, *Derechos humanos y derecho internacional*, Buenos Aires, Heliasta, 1990.
- Vieira, Oscar Vilhena, *A globalização e o direito-realinamento constitucional*, 2006. Disponible en: [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena\\_unidir.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_unidir.htm). [Consultado el 10 de febrero de 2022].





## **Chile**

---

Ximena Gauché Marchetti\*

Domingo Lovera Parmo\*\*

\* Abogada y doctora en Derecho, profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Concepción, Chile.

\*\* Abogado y doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

SUMARIO: A. Introducción; B. Contexto institucional chileno e infancia y adolescencia; C. Recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno chileno; D. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes; E. Jurisprudencia chilena: una constitucionalización incipiente; I. Tribunal constitucional; II. Jurisdicción de aplicación de derechos fundamentales; 1. Interés superior de la niña, niño o el adolescente; 2. Derecho a la identidad; 3. Derecho a ser oído y tomado en cuenta; 4. Derecho a la participación y derechos políticos; 5. Derecho a la vida; 6. Derecho a la vida familiar y derechos/responsabilidades parentales; 7. Derecho a la salud; F. Conclusiones.

## **A. Introducción**

Al iniciar el segundo semestre de 2022, Chile es uno de los dos países de Sudamérica que no tiene mención alguna a los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNA) en su texto constitucional. Además, y a diferencia del otro caso —el uruguayo, que tampoco dispone en su Constitución alguna referencia a la infancia—, Chile no contaba hasta hace poco tiempo con una legislación integral de protección de la infancia, del tipo de legislaciones que comenzaron a aprobarse a partir de la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Esto cambió a comienzos de 2022 con la aprobación de la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, cuya tramitación se había iniciado en 2015.<sup>1</sup> En el ámbito constitucional, en tanto, el último intento por reconocer los derechos de niños, niñas y adolescentes se había visto frustrado en 2019, cuando el Poder Legislativo rechazó el

---

<sup>1</sup> Boletín N° 10.315-18.

proyecto de reforma constitucional que apuntaba a reconocer garantías y derechos de NNA.<sup>2</sup>

En tiempos recientes, el proceso constituyente que derivó a partir del denominado "estallido social", una serie de protestas masivas realizadas a lo largo de todo Chile, tampoco ha significado un cambio normativo constitucional. En efecto, la propuesta de texto elaborada por la Convención Constitucional, órgano paritario y con escaños reservados para pueblos indígenas compuesto por 154 integrantes, fue plebiscitada el 4 de septiembre de 2022, siendo rechazada por la mayoría de votantes.<sup>3</sup> De acuerdo con las declaraciones de diversos personeros políticos y el compromiso asumido por el gobierno que lidera Gabriel Boric, deberá continuar el proceso constituyente, teniendo como base el amplio resultado a favor de un cambio constitucional logrado en el llamado "plebiscito de entrada" de octubre de 2020.

Para efectos de este capítulo es importante advertir esto, porque el trabajo que acá presentamos ofrece una fotografía de un objeto en movimiento y, aunque daremos breve cuenta de algunas de las innovaciones que contenía la propuesta de nueva Constitución para Chile, este capítulo termina de escribirse sin cambios constitucionales concretos.

Sí haremos referencias a lo que ha acontecido en el ámbito jurisprudencial. Allí, como sostendremos, debemos distinguir entre la denominada jurisdicción constitucional y la jurisdicción de aplicación y protección de derechos fundamentales. Mientras la primera, radicada en el Tribunal Constitucional (TC), ofrece una desinformada doctrina respecto de los derechos de NNA, no obstante, da cuenta de una incipiente constitucionalización. La segunda, en cambio, lidiando con problemas y afectaciones

---

<sup>2</sup> Boletines N° 11.700-07 y 8167-07.

<sup>3</sup> Con 99.99% de las mesas escrutadas, los resultados son entregados por el Servicio Electoral son los siguientes. Para la opción "Apruebo": 4,860,093 votos, correspondiente a 38.14%. Para "Rechazo": 7,882,958 votos, correspondiente a 61.86% Fuente: <https://plebiscitoconstitucional.servel.cl/servel-realiza-balance-del-plebiscito-constitucional/> [Consultado el 13 de septiembre de 2022].

del día a día ha sabido abrirse un camino mucho más consistente con la CDN. Ese camino, finalmente, y contra el fetiche de la justicia constitucional, parece ser todavía más sólido cuando prestamos atención a la jurisprudencia de tribunales ordinarios que, como los de familia (a propósito de disputas que involucran a NNA) o los civiles (como en materia de identidad de género), han sabido mirar con mayor rigor los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, pese a estar estos ausentes del texto constitucional.

Por supuesto que este derrotero jurisprudencial se verifica en un cierto entorno institucional. Por ello, la primera parte de este trabajo comienza ofreciendo un rápido recorrido institucional para presentar ciertos contornos del modelo chileno que deben tenerse a la vista. Enseguida, anotamos el modelo de recepción constitucional del derecho internacional de los derechos humanos que, como veremos, presenta algunas soluciones domésticas que pueden distar de la situación regional. Esto es relevante, además, para situar adecuadamente la fuerza normativa de la CDN. La siguiente parte de ofrece una mirada al contexto constitucional chileno, incorporando las diferentes apuestas de cambio que entregó la discusión constituyente chilena desarrollada entre julio de 2021 y julio de 2022 en el seno de la Convención Constitucional. Terminamos echando un vistazo a la jurisprudencia relevante sobre derechos constitucionales de NNA. Finaliza el trabajo con algunas conclusiones en las que defendemos la importancia del reconocimiento de los derechos de las niñeces y adolescencias.

## **B. Contexto institucional chileno e infancia y adolescencia**

De acuerdo con el último Censo nacional, realizado en 2017, Chile tiene una población cercana a los 18 millones de habitantes.<sup>4</sup> De esa población al año 2020, según la UNICEF, más de 4 millones de personas tienen

---

<sup>4</sup> Disponible en: <https://www.ine.cl/estadisticas/sociales/censos-de-poblacion-y-vivienda>.

entre 0 y 17 años, lo que equivale a 24.2% de la población que habita en Chile.<sup>5</sup> Con índices de pobreza que se ubican alrededor de 0.7% de su población y un índice de capital humano de 0.7, el país se ubica dentro de los países que el Banco Mundial califica como de altos ingresos.<sup>6</sup> Cuenta con un ingreso bruto anual aproximado de USD 253 billones y un ingreso per cápita de USD 13,231. Es, además, país miembro de la OECD desde 2010.<sup>7</sup>

Específicamente en relación con la población menor de 18 años, el Informe 2021 de la Defensoría Nacional de la Niñez confirma la cifra que entregó en 2022 la UNICEF, y aporta datos que muestran realidades frente a las cuales una situación de desprotección en áreas claves para el desarrollo integral de la infancia y la adolescencia es evidente; 16% vive en situación de pobreza por ingresos, casi 17% de las niñas y los niños de entre 0 y 9 años de edad tiene sobrepeso u obesidad; 13% de los niños, niñas y adolescentes viven situación de hacinamiento medio, alto o crítico.<sup>8</sup>

Esta realidad se despliega en Chile a partir de una organización política estructurada por la Constitución vigente.<sup>9</sup> De acuerdo con ese texto,<sup>10</sup> Chile es un Estado unitario cuya administración "será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso" (artículo 3). El país se encuentra dividido en regiones y, pese a las declaraciones del mismo inciso final del artículo 3, la transferencia de poder político desde el Estado central a las regiones ha sido escasa, cuando no inexistente.

<sup>5</sup> UNICEF CHILE. Niños, niñas y adolescentes en Chile 2020. Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/media/3636/file/Cifras%20de%20infancia.pdf>.

<sup>6</sup> Disponible en: <https://data.worldbank.org/country/chile>.

<sup>7</sup> Disponible en: <https://data.oecd.org/chile.htm>.

<sup>8</sup> Informe Anual 2021: derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Defensoría Nacional de la Niñez. Disponible en: [https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2021/wp-content/uploads/2021/12/ia2021\\_terceraparte\\_ddhh.pdf](https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2021/wp-content/uploads/2021/12/ia2021_terceraparte_ddhh.pdf).

<sup>9</sup> Véase, en general, Lovera, Domingo, "Chile", en Hübner Mendes, Conrado, Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America Oxford*, Oxford University Press, 2022, pp. 79 y ss.

<sup>10</sup> Decreto supremo N° 100, de 17 de septiembre de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República. Disponible en: <https://www.bcn.cl/ley-chile/navegar?idNorma=242302>.

Esto quiere decir que, no obstante la presencia de otros factores que desde luego están presentes y que explican la concentración que evidencia Chile,<sup>11</sup> desde el punto de vista de su articulación constitucional se ha hecho bastante poco por desconcentrar el poder. Tampoco por reconocer las diferencias culturales y territoriales lo que también impacta en las condiciones de la niñez y la adolescencia. Del total de la población de menos de 18 años, 596,582 niños, niñas y adolescentes pertenecen a pueblos originarios, por citar un dato relevante a esta afirmación.

Desde el punto de vista de ordenación orgánica, ahora, el Estado de Chile es uno de carácter presidencial. En efecto, "[e]l gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado" (artículo 24) y es elegido por medio de sufragio directo, universal y mayoritario. Como suele ser la tendencia en la región, Chile se enmarca en esa tradición que confiere amplias atribuciones al presidente de la república. El Poder Legislativo, por su parte, se encuentra alojado en dos cabezas: la del presidente de la república y el Congreso Nacional. Este es uno de los ámbitos en que con mayor fuerza se evidencia el papel revitalizado que se confiere al presidente de la república. El Congreso Nacional es bicameral: se compone de una Cámara de Diputados y Diputadas, integrada por 155 personas, y el Senado, compuesto de 50 integrantes. Los y las congresales se eligen a través de un sistema electoral proporcional y representativo que sigue la fórmula D'Hondt. El Poder Judicial, por su parte —el único que recibe esa denominación en el texto constitucional, la de poder—, está constituido principalmente por tribunales de justicia independientes, cuya función principal es ejercer la jurisdicción. Esta función se encuentra definida en el artículo 76 del texto constitucional, como "[l]a facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado".

---

<sup>11</sup> Atienza, M., y Aroca, P., "Concentración y crecimiento en Chile: una relación negativa ignorada", *Revista EURE-Revista de Estudios Urbano Regionales*, 38(114), 2012. Disponible en: <https://www.eure.cl/index.php/eure/article/view/113/571>.

Desde el punto de vista del involucramiento de los tribunales con la Constitución, su defensa y aplicación, Chile exhibe un modelo dual que amerita una breve explicación. Por una parte, el texto constitucional vigente establece un Tribunal Constitucional compuesto por 10 integrantes que son denominados ministros y ministras (artículo 92). Sus atribuciones se encuentran establecidas en el artículo 93 del texto constitucional y, en lo medular, importan el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Así, estas atribuciones incluyen el control de constitucionalidad de las leyes, de otras normas y la resolución de otros conflictos constitucionales.<sup>12</sup> Sin embargo, no es el único órgano que ejerce funciones en materia de control de constitucionalidad. La Contraloría General de la República, por ejemplo, hace lo propio respecto de los actos de la Administración (artículo 98).

De otra parte, el modelo constitucional chileno dispone de una serie de acciones constitucionales de emergencia cuyo conocimiento está radicado en los denominados tribunales superiores de justicia y no en el Tribunal Constitucional. Se trata de las denominadas acción de protección y el recurso de amparo (o *habeas corpus*). En el caso de la acción de protección, que es la que nos interesa destacar ahora, se encuentra regulada en el artículo 20 del texto constitucional y permite que cualquier persona que a causa de actos u omisiones ilegales o arbitrarias se vea amenazada, perturbada o privada en el ejercicio legítimo de ciertos derechos taxativamente establecidos en la Constitución, pueda echar mano a esta acción cautelar, rápida y eficaz, que tiene por objeto restablecer el imperio del derecho y garantizar la debida protección del afectado. La acción se presenta directamente ante la Corte de Apelaciones respectiva y su decisión puede ser apelada ante la Corte Suprema.<sup>13</sup> Si bien no se trata de una forma de jurisdicción constitucional es una que hace aplicación directa de la Constitución, en especial, de algunos derechos fundamentales.

---

<sup>12</sup> El detalle de estas atribuciones se encuentra en Contreras, Pablo y Lovera, Domingo, *La Constitución de Chile*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 213-235.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 91 y ss.



### **C. Recepción e incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho chileno**

Desde 1989 se estableció en la Constitución de 1980 una norma que establece como límite al ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo un deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales derechos, sean los que consagra la propia Constitución, como los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Un ejemplo de tales tratados es la CDN, en vigor internacional el 2 de septiembre de 1990 y que Chile firmó ese mismo año, promulgándola por Decreto núm. 830, de 14 agosto de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicándose como ley de la república en el Diario Oficial del 27 de septiembre de 1990.

A partir de este cambio una de las permanentes discusiones en el constitucionalismo chileno ha sido el real alcance de la normativa constitucional en relación con los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados y vigentes por Chile. Dentro de los asuntos cuya discusión ha gatillado esta disposición, se encuentran el debate sobre la incorporación del derecho internacional, el relativo a la jerarquía de los tratados internacionales (Chile carece de una regla expresa a este respecto), la contribución (o no) de los tratados internacionales en la identificación de los derechos fundamentales aplicables en el ordenamiento constitucional nacional y la forma en que los tratados integran (o no) el bloque conforme al que se escrutará la constitucionalidad de las leyes. Las respuestas a cada uno de estos asuntos distan de ser absolutamente claras y se siguen desarrollando, fundamentalmente a partir de la jurisprudencia que ha recogido enfoques doctrinales y que, en general, ha abonado a un ejercicio integrador del derecho internacional de los derechos humanos.

En primer lugar, la Constitución de 1980 no regula ni sienta las bases, siquiera, de la incorporación del derecho internacional.<sup>14</sup> Tampoco regula, de hecho ni menciona, la incorporación del derecho internacional consuetudinario o común.<sup>15</sup> Ambos aspectos del problema tampoco parecen estar resueltos con la reforma al artículo 54 núm. 1 de la Constitución (que introdujo importantes modificaciones a la forma de aprobación de los tratados internacionales), pese al entusiasmo de algunos.<sup>16</sup>

En segundo lugar, en materia de jerarquía, de todas las tesis que han competido por desentrañar cuál es el escalón del ordenamiento jurídico en el que se ubica a los tratados internacionales sobre derechos humanos, parece haberse impuesto —no sin matices— aquella conforme a la que los tratados poseen una categoría intermedia. Esta categoría supone sostener, a un tiempo, que desde el punto de vista formal los tratados internacionales poseen jerarquía simplemente legal, mientras que, desde el punto de vista sustantivo o material, sus derechos se ubican sobre la ley y, en ocasiones —como veremos enseguida—, pero no siempre se suman a la comprensión constitucional.<sup>17</sup>

Quizá la forma más clara en que esta tesis se ha enunciado, dentro de la discusión que la misma ha suscitado, se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Allí, para descartar la jerarquía constitucional, el Tribunal ha señalado que, si es el caso que un tratado colisiona con la Constitución, entonces ésta debe ser reformada para que pueda

<sup>14</sup> Fuentes, Ximena, "Una Nueva Constitución para Chile y el diseño de un esquema de incorporación del derecho internacional al sistema jurídico chileno", Chia, Eduardo y Quezada, Flavio (eds.), *Propuestas para una Nueva Constitución (originada en democracia)*, Santiago, FES/Instituto Igualdad/Universidad de Chile, 2015, p. 171.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>16</sup> Ese entusiasmo se matiza en Contreras, Pablo y Lovera, Domingo, "Nueva Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: problemas y desafíos", en *Una Nueva Constitución para Chile. Libro homenaje al profesor Lautaro Ríos Álvarez*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2018.

<sup>17</sup> Al punto que es común encontrarse con tratados internacionales sobre derechos humanos invocados para efectos de interpretar derechos reconocidos por la constitución, de una parte, o bien para identificar derechos implícitos que, precisamente, por vía del artículo 5, inciso 2, ingresarían al ordenamiento nacional. Gauché, Ximena y Lovera, Domingo, "Derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes más allá de la Ley 21.120: expansiones desde un enfoque de derechos", *Ius et Praxis*, vol. 28, núm. 1, 2022, pp. 133-135.

ser "válidamente, incorpora[do] al ordenamiento jurídico interno".<sup>18</sup> Posteriormente, y justamente aludiendo a esta sentencia, sostuvo que "si se requirió reformar la Constitución para poder suscribir un tratado que podía pugnar con ella, es evidente que un tratado internacional tiene rango inferior a ella, rango de ley (...)".<sup>19</sup>

Sobre el punto, el Tribunal señaló —en esa misma sentencia— que, "respecto a la jerarquía de los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional de 2005 a que ya se ha hecho referencia (...) aquéllos no son propiamente una ley, como ya lo había por cierto entendido esta Magistratura".<sup>20</sup> ¿Si no son propiamente una ley, entonces, qué jerarquía poseen?

Que en dicho fallo se cita la doctrina del profesor Alejandro Silva Bascuñán, para quien los tratados revisten "una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa".<sup>21</sup>

¿Cómo explicar que, pese a que la jerarquía del tratado es la de ley, los derechos esenciales contenidos en ellos poseen una "fuerza jurídica superior"? En virtud de una particular lectura de las obligaciones contenidas en el artículo 5, inciso 2. El mismo Tribunal ha dicho que lo que ese precepto hace es "es reforzar, mediante un enunciado específico, esa obligación en materia de derechos humanos", sin elevarlos a rango constitucional.<sup>22</sup>

Si los tratados internacionales sobre derechos humanos poseen jerarquía legal, entonces lo obvio sería que nunca pudieran integrar el bloque de

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 346, 8 de abril de 2002, considerando 74.

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1288, 25 de agosto de 2009, considerando 49.

<sup>20</sup> *Ibidem*, considerando 43.

<sup>21</sup> *Ibidem*, considerando 45.

<sup>22</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 2387, 23 de enero de 2013, considerando 12.

constitucionalidad conforme al que se escruta la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, la jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional dista de ser del todo clara al respecto. En efecto, el Tribunal ha reconocido derechos fundamentales implícitos a partir de la integración de las normas de la Constitución con las de tratados internacionales de derechos humanos. El caso más obvio es el del derecho a la identidad, en el que el Tribunal Constitucional sostuvo que,

aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país.<sup>23</sup>

Incluso más. En alguna otra ocasión ha integrado el bloque de constitucionalidad ya no sólo con normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que con sentencias dictadas por tribunales internacionales. Invocando una sentencia de la Corte IDH dictada en contra del Estado de Chile —el caso *Palamara Iribarne*—<sup>24</sup> afirmó que "los estándares que se derivan del caso Palamara (...) son aplicables a esta causa".<sup>25</sup>

Este contexto constitucional normativo es entonces bajo el que vamos a analizar la situación de reconocimiento de derechos de la infancia y la adolescencia en el caso chileno.

#### **D. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes**

Como se afirmó al inicio, al comenzar el segundo semestre de 2022 en Chile no hay ninguna mención expresa a niños, niñas y adolescentes

<sup>23</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1340, 17 de junio de 2014, considerandos 19 y 20.

<sup>24</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*, Serie C No. 135, sentencia de 22 de septiembre de 2005.

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 2492, 29 de septiembre de 2009, considerando 9

en el texto constitucional de 1980. El intento más reciente por reconocer expresa y constitucionalmente los derechos de niños, niñas y adolescentes, lo representan un conjunto de proyectos cuya discusión terminó en octubre 2019, apenas un par de semanas antes de que comenzaran las protestas que desencadenaron el proceso constituyente que concluyó una etapa con el plebiscito del 4 de septiembre de 2022 y el rechazo a la propuesta de nueva Constitución. El proyecto<sup>26</sup> iba bien encaminado, en nuestra opinión. Incluía un deber general de protección de niños, niñas y adolescentes, así como un reconocimiento específico de derechos en el actual capítulo III (artículo 19, "De los derechos y deberes constitucionales"). Así, en general, el proyecto proponía incluir un inciso final al artículo 1 del actual texto constitucional, en el que se definen los deberes generales del Estado de Chile, el deber estatal de "velar especialmente por la protección de niños, niñas y adolescentes, reconociéndolos como sujetos de derecho, resguardando su interés superior y autonomía progresiva". De manera singular, el proyecto proponía el reconocimiento de derechos con un artículo 19 bis que señalaba que

La Constitución asegura a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y goce de sus derechos, particularmente los reconocidos por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. El Estado fomentará la concurrencia de las familias y la sociedad en la promoción, respeto y protección de los derechos de la infancia y la adolescencia. La Ley establecerá un sistema de protección integral de los derechos de la niñez.

Como se señaló más arriba, este proyecto de reforma constitucional fue rechazado.

Con ese marco, la pregunta por el reconocimiento constitucional de derechos puede ser respondida desde varios puntos de vista.

Uno, desde luego nada de irrelevante en tradiciones legales como la chilena, es el que atiende al texto de las constituciones. Otro, y sobre lo

---

<sup>26</sup> Boletines N° 8167 y 11700.

que en parte hemos dicho ya algo, es la incorporación o reconocimiento constitucional implícito. En este caso, el reconocimiento de derechos no se encuentra expresamente establecido,<sup>27</sup> sino que, luego de un proceso de interpretación o integración que puede dialogar más o menos con el texto explícito de una constitución,<sup>28</sup> se incorpora al estatuto constitucional. En tercer lugar, es posible que se produzca una suerte de constitucionalización por medio del reconocimiento de garantías primarias en las leyes, esto es, aun cuando las disposiciones constitucionales no contengan —como ocurre ahora con la chilena—referencia alguna.

En esta sección respondemos la pregunta por el reconocimiento constitucional de los derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile atendiendo al primer criterio, y reservamos la lectura del segundo y tercero para la sección siguiente, cuando abordemos la jurisprudencia constitucional.

En el texto constitucional actualmente vigente no hay mención alguna a niños, niñas y adolescentes, como ya hemos señalado. Sí se contempla, en cambio, el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos (artículo 19, núm. 11. inc. 4), el que suele leerse con especial amplitud frente a cualquier iniciativa que pretenda mejorar el estatus legal de la infancia (esto quedará patente en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia). Un esquema tal, que mezcla ausencia de reconocimiento de los derechos de la infancia con el reconocimiento constitucional de derechos parentales, bien podría explicar tanto la subordinación de los intereses de niños, niñas y adolescentes, como constituirse en una barrera para la protección independiente de sus derechos.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Este es, como se ha dicho, el trono común de los diferentes acercamientos a la teoría de los derechos implícitos. Contreras, Pablo, "¿Derechos implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental", en Núñez, José (coord.), *Nuevas perspectivas del derecho público*, Santiago, Librotecnia, 2011, pp. 149-185.

<sup>28</sup> Los diferentes acercamientos, en la medida que dialogan más o menos con el texto, se encuentran en *Ibidem*, pp. 154-159.

<sup>29</sup> Sloth-Nielsen, Julia y Oliel, Michelle, "Constitutionalising children's rights and domestic courts of member states of the Council of Europe", *Publication series of Deutsches Kinderhilfswerk*, vol. 7, 2019, pp. 6-9.

Advertimos que, como dijimos al comienzo, respecto del caso chileno, la foto que muestra este trabajo es una que refleja un objeto en movimiento dado el proceso constituyente que seguiría su curso luego del plebiscito de septiembre de 2022. La propuesta rechazada<sup>30</sup> proponía un cambio fundamental en el panorama. Un breve repaso de las normas contenidas en el borrador rechazado así lo evidencia. Por ejemplo, en materia de ciudadanía se señalaba que el Estado promoverá el ejercicio de los derechos derivados de la ciudadanía, "en especial en favor de niños, niñas, adolescentes (...)" (artículo 117.3). También se reconocía el deber estatal de "otorgar asistencia jurídica especializada para la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, especialmente cuando estos han sido sujetos de medidas de protección" (artículo 108.5), se elevaba a rango constitucional a la Defensoría de la Niñez (artículo 126) y se reconocían sus derechos en una cláusula que reconocía titularidad de derechos, deberes prioritarios para el Estado de resguardo del interés superior del niño, su desarrollo integral y derecho a ser escuchados. Por último, se reconocía su derecho a vivir en condiciones familiares, a no ser separados de sus familias salvo como medida temporal y de último recurso, y a ser protegidos contra toda forma de violencia, maltrato, abuso, explotación, acoso y negligencia (artículo 26).

Con todo, y como en otros países, se promulgó recientemente la Ley N° 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia, que sin duda llega tardíamente si se compara la experiencia chilena con la de los demás países que se analizan en este trabajo, incorpora los principios y derechos de la CDN. Así, reconoce a NNA como sujetos titulares de derechos (artículo 6), su interés superior (artículo 7) y el principio de igualdad y no discriminación —que incluye deberes positivos— (artículo 8), autonomía progresiva (artículo 11) y perspectiva de género (artículo 13), entre otros. Junto con incluir deberes

---

<sup>30</sup> Todas las referencias normativas se hacen sobre la base del documento disponible en: [https://s3.amazonaws.com/gobcl-prod/public\\_files/Campañas/Chile-Vota-Informado/Propuesta\\_de\\_la\\_Nueva\\_Constitución.pdf](https://s3.amazonaws.com/gobcl-prod/public_files/Campañas/Chile-Vota-Informado/Propuesta_de_la_Nueva_Constitución.pdf).

específicos para la Administración del Estado, articula (en la medida que no crea, mas reordena las existentes) la institucionalidad denominada del Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. También dispone el deber de elaborar una Política Nacional de la Niñez y Adolescencia, la que, de acuerdo a la ley, "establecerá los objetivos generales, fines, directrices y lineamientos en materia de protección, garantía y promoción integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales" (artículo 79).

Del mismo modo, se puede mencionar la Ley 19.968 que crea los tribunales de familia de 2004, la primera ley, podría decirse, que articuló de forma adecuada los derechos de niños, niñas y adolescentes —aunque en el contexto, como su nombre lo indica, de las causas que se sustancian ante los tribunales de asuntos de familia—. Allí, por ejemplo, se dispone la ley busca "garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías", en lo que identifica como el principio del interés superior del niño (artículo 16). Asimismo, se dispone de un procedimiento especial de aplicación de medidas de protección para NNA, cuando se encuentren en riesgo "la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes" (artículo 68). En ese contexto, el artículo 69 añade que "Comparecencia del niño, niña o adolescente. En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez".

Más recientemente, todavía antes de la entrada en vigencia de la ley de protección integral, puede mencionarse la Ley 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Esa ley, que regula en dos regímenes diferenciados la situaciones de niños y niñas menores de 14 años y de los y las mayores de 14 pero menores de 18 años, se encuentran el principio del interés superior del niño (artículo 5 letra e) y el de autonomía progresiva (letra f).



En el ámbito penal también merecen mención la Ley 21.160, que declaró imprescriptibles los delitos sexuales cometidos en contra menores de edad y la Ley 21.182, que dispone la obligación de realizar entrevistas videograbadas tratándose de niños, niñas y adolescentes víctimas de ciertos delitos.

### **E. Jurisprudencia chilena: una constitucionalización incipiente**

Si el reconocimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes es inexistente desde el punto de vista expreso del texto constitucional, la jurisprudencia ofrece una mirada diferente. Tanto en la jurisdicción constitucional como la jurisdicción de aplicación de derechos fundamentales se han venido incorporando crecientemente los estándares propios de la CDN, sin perjuicio de que en algunos casos, especialmente en el TC, se hace de forma desprolija, en nuestra opinión. Esto es lo que nos permite hablar de una constitucionalización incipiente. En el caso del TC revisamos *grosso modo* la forma en que éste ha venido reconociendo los estándares de la CDN, en general, mientras que la mayor pluralidad de decisiones que pueden identificarse en materia de derechos de NNA será abordada a propósito de las decisiones de los tribunales superiores de justicia resolviendo acciones de protección y las de la justicia ordinaria, aplicando derechos fundamentales.

### **I. Tribunal Constitucional**

Como hemos dicho, en esta sección sólo examinamos la inclusión de los derechos de NNA y los estándares de la CDN en la jurisprudencia relevante del TC. En algunas de las sentencias tales derechos aparecen reconocidos de forma implícita a partir de los límites del derecho preferente de padres y madres a educar a sus hijos. En las demás los derechos de NNA aparecen a propósito de la invocación de la CDN. Lamentablemente son pocas las referencias a la CDN que encuentran sustento en una comprensión adecuada de la misma. En la mayoría, el acercamiento

del TC a la CDN, aunque presente formalmente, es incorrecto desde el punto de vista de la propia comprensión de la Convención.

En materia de titularidad de derechos, resulta relevante mirar al caso *Píldora del día después*.<sup>31</sup> Allí un grupo de parlamentarios reclamó, entre otras cosas, la constitucionalidad de las normas de consejería para adolescentes en materia de anticoncepción que tenían derecho a recibir sin conocimiento ni consentimiento de sus padres y madres.<sup>32</sup> Los requerientes reclamaron que "la acción de la Administración de otorgar consejería a menores adolescentes sin el consentimiento ni conocimiento de sus padres, como lo disponen las normas del decreto supremo que se impugnan, sería ilegítima",<sup>33</sup> al omitir el conocimiento y consentimiento de padres y madres.<sup>34</sup> El TC rechazó este aspecto del requerimiento. Para ello reconoció que NNA son también titulares de derechos constitucionales:

[l]as normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad no impiden (...) a los padres de las adolescentes escoger el establecimiento educativo de sus hijas ni transmitir a éstas conocimientos y valores sobre la vida sexual, lo que es suficiente para rechazar el requerimiento en esta parte, sin que dichas normas vulneren el ejercicio legítimo de los derechos de las adolescentes, que también debe ser respetado.<sup>35</sup>

En *Reclamación de paternidad*<sup>36</sup> se encuentra la que es, quizá, la mejor elaboración del TC respecto al reconocimiento constitucional de los derechos de NNA, a propósito del derecho a la identidad. Un juez de familia presentó un requerimiento en el que preguntaba si acaso los plazos y procedimientos para la reclamación de paternidad no atentaban contra el derecho a la identidad de quien terminaba viéndose impedido de conocer (en este caso) a su verdadero padre.

<sup>31</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 740, 18 de abril de 2008.

<sup>32</sup> Decreto Supremo N° 48, Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, 3 de enero de 2007.

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 740, 18 de abril de 2008, p. 14.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*, considerando 16.

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1340, 29 de septiembre de 2009.

¿El problema? El derecho a la identidad no se encuentra expresamente listado en el texto constitucional. El juez que requería, sin embargo, acertadamente identificó algunas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que sí lo hacían.<sup>37</sup> Esas normas, pese a su jerarquía legal, se incorporarían materialmente a la comprensión constitucional o, en cualquier caso, se ubicarían sobre la ley —hemos explicado más arriba—. El TC reconoció el carácter implícito del derecho a la identidad a partir de un cúmulo de tratados dentro de los que se encuentra la CDN.<sup>38</sup>

Aunque puede afirmarse con meridiana certeza que el caso es uno de reconocimiento de derechos poco polémico —a fin de cuentas, no se trata del reconocimiento de derechos de autonomía,<sup>39</sup> sino de alterar plazos y procedimientos para la aclaración de las relaciones filiativas—, hay que anotar que la sentencia ha tenido algunas otras ramificaciones de relevancia<sup>40</sup> para el reconocimiento de derechos fundamentales, como ocurre con el reconocimiento al derecho a la identidad de género.<sup>41</sup>

La sentencia en *Ley de responsabilidad penal adolescente*,<sup>42</sup> resolvió un requerimiento de un grupo de congresales en que se cuestionaba la constitucionalidad de una de las reformas al régimen penal para personas mayores de 14 y menores de 18 años. El grupo cuestionó una norma conforme a la que si se imponía una pena privativa de libertad superior a los 5 años a quien la ley denomina joven infractor, la única sanción

<sup>37</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1340, *op.cit.*, pp. 1-2.

<sup>38</sup> *Ibidem*, considerandos 8-9.

<sup>39</sup> Esto es diferente cuando el derecho a la identidad ofrece márgenes para la autodeterminación y que, por ende, va más allá de la "verdad biológica" que se reivindica con la sentencia en comento. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la identidad de género. Gauché, Ximena y Lovera, Domingo, "Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos", *Ius et Praxis*, vol. 25, núm. 2, 2019, pp. 363-375.

<sup>40</sup> Incluido un eventual cambio de criterio, como anota Carolina Riveros, "Sentencias del Tribunal Constitucional relativas al artículo 206 del Código Civil: tensión entre el derecho a la identidad y la certeza jurídica", *Revista de Derecho Universidad Católica de Nortel*, año 20, núm. 1, 2013.

<sup>41</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 7670, 4 de junio de 2020.

<sup>42</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 786, 13 de junio de 2007.

posible era la internación en régimen cerrado. Los requirentes sostuvieron que dicho régimen de internación cerrada obligatoria, vulneraba la CDN al no buscar "la máxima integralidad y protección de los derechos humanos de la infancia y de la adolescencia".<sup>43</sup> La sentencia recoge el derecho internacional de los derechos humanos representado por la CDN, el que se integraría —como hemos dicho— por vía del artículo 5, inciso 2, al bloque de derechos conforme a los que el se puede escrutar la constitucionalidad de las leyes.<sup>44</sup>

El artículo 365 del Código Penal dispone que "[e]l que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio". En *Relaciones homosexuales*,<sup>45</sup> el TC resolvió una acción de inaplicabilidad en contra del precepto identificado. Según el requirente, la penalización de las relaciones sexuales consentidas entre varones menores adultos y varones adultos importaba una forma de discriminación arbitraria, una afectación de la libertad y una invasión en la privacidad de las personas.<sup>46</sup>

El TC realiza largas consideraciones para terminar afirmando que la norma apunta a cuidar el respeto a la indemnidad sexual del adolescente, invocando la CDN, pero sólo extrayendo de ella los fines protectores de NNA. Así, por ejemplo, se señala que "el interés superior del niño justifica la necesidad de que le sea dada una protección especial, en vista de su falta de madurez física y mental, debilidad o inexperiencia".<sup>47</sup>

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>44</sup> Para una parte de la doctrina internacionalista esta aceptación fue motivo suficiente de alegría, obviando, sin embargo, nos parece, la lectura sustantiva que se hizo del tratado. Aguilar, Gonzalo, "Hacia un sistema integral de derechos humanos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre la píldora del día después", *Revista Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 1, 2008, pp. 347-362. En efecto, aunque el TC recoge los estándares, cosa que acá mostramos, lo hace a la luz de una interpretación *sui generis* de la CDN —esto es, recogiendo los términos del tratado, pero interpretándolos a su antojo—.

<sup>45</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1683, 4 de enero de 2010.

<sup>46</sup> En *Ibidem*, pp. 2-7, pueden leerse los argumentos de la acción.

<sup>47</sup> *Ibidem*, considerando 27. Este acercamiento prescinde de una comprensión adecuada a la CDN que es mucho más complejo. Lovera, Domingo. "Ciudadanía constitucional de niños, niñas y adolescentes", en Quesille, Anuar (coord.), *Constitución Política e Infancia: Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Santiago, UNICEF, 2017, pp. 176-179.

En el caso *Guardas*,<sup>48</sup> el TC debía resolver una cuestión de constitucionalidad por medio de la que una jueza solicitaba revisar los eventuales efectos inconstitucionales de unas normas en materia de relaciones de cuidado. El problema de constitucionalidad se producía porque las normas obligaban el otorgamiento de la curaduría en favor del abuelo materno —que estaba vivo, pero sin contacto con las niñas respecto de las que se solicitaba la curaduría— prefiriendo al hermano con el que vivía. En la cuestión se objetaba que "la aplicación de las normas impugnadas configura una discriminación arbitraria en contra de las menores respecto de las cuales se pide la curaduría en autos, cuyos padres han muerto, en contraposición con los niños con padres vivos".<sup>49</sup> En efecto, en el caso de estos últimos, el cambio de régimen de cuidado requería la evaluación de la aptitud del solicitante (en vez de tener que conferirla, previo informe del defensor de menores, al abuelo materno).

El requerimiento —insistía acertadamente la jueza requirente— era además contraria a la CDN. De acuerdo con el tratado, el Estado de Chile debía,

adoptar las medidas legislativas para asegurar, sin distinción alguna, que toda medida concerniente a los menores, incluyendo su cuidado y protección por tutores designados por un tribunal, se adopte atendiendo como consideración primordial el interés superior del niño; interés que no es asegurado de aplicarse los preceptos impugnados, que ordenan taxativamente conferir la curaduría al abuelo.<sup>50</sup>

La atención a ese interés se hacía meridianamente imposible con un orden de prelación de guardas establecido de modo taxativo.

El TC acogió el requerimiento. Lo hizo anunciando, en primer lugar, que sus criterios interpretativos serían, entre otros, el respeto al interés superior del niño y a la familia. Con todo, y lo que es de especial relevancia

<sup>48</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 2867, 12 de abril de 2016.

<sup>49</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 2867, *op.cit.*, pp. 2-3.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 3.

para este estudio, el principio del interés superior del niño se construye "desde abajo", es decir, a partir de normas del ordenamiento legal.

## II. Jurisdicción de aplicación de derechos fundamentales

El modelo constitucional chileno ha permitido una profusa constitucionalización de estándares del derecho internacional de los derechos humanos, incluidos los derechos de NNA, sin necesidad que esos estándares o derechos estén explícitamente recogidos en el texto expreso de la Constitución. Ello ha sido posible, como vimos antes, por la forma en que ha operado el artículo 5, inciso 2, el que ha permitido el reconocimiento implícito de derechos. Pero también por la existencia de garantías secundarias o jurisdiccionales desformalizadas y amplias, como el denominado recurso de protección (el símil chileno del amparo o tutela de derechos).

De acuerdo con el actual artículo 20 del texto constitucional, cualquier persona que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos listados en ese mismo precepto —en general, derechos de corte civil y político—,

podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

La amplitud de la acción ha permitido, como dice Gómez, que a través de ella se hayan "lleva[do] toda clase de asuntos hasta las Cortes; pretextando, para ello, cualquier afectación como lesión a un derecho".<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Gómez, Gastón, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago, Ediciones UDP, 2005, p. 23.

Los derechos de NNA no han quedado al margen. Acá repasamos algunos casos que muestran la forma en que los estándares de la CDN han venido siendo incorporados. Esta sección no tiene un ánimo de exhaustividad, sí uno exploratorio que permite dar cuenta de lo que hemos denominado un proceso de constitucionalización incipiente.<sup>52</sup>

### 1. Interés superior de la niña, el niño o el adolescente

El interés superior ha recibido profusa atención por parte de la jurisdicción de aplicación de derechos fundamentales, encontrándose bastante asentado ya. Como se ha documentado, el principio ha sido utilizado por algunas salas de la Corte Suprema como un principio transversal, un derecho sustantivo, norma de procedimiento y como un criterio interpretativo,<sup>53</sup> siguiendo de esa manera el triple enfoque que sugiere el Comité de Derechos del Niño.<sup>54</sup>

En este último sentido, y recogiendo alguna formulación canónica del mismo, la Corte Suprema ha sostenido que,

cabe considerar como una regla de interpretación el interés superior del niño y aun cuando el concepto es jurídicamente indeterminado puede afirmarse que alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida orientados a asegurar el libre y sano desarrollo de su personalidad.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> No es el momento, por el tipo de trabajo, ni existe el espacio, por ahora, para abordar los problemas que una constitucionalización puramente judicial puede traer. En especial si anotamos que hablamos de derechos de grupos sociales históricamente excluidos por los procesos políticos, por una parte, y de prácticas legales que se construyen —lo propio de la tradición continental— desde los textos constitucionales, legales y otros.

<sup>53</sup> Carretta, Francesco y Barcia, Rodrigo, *Convención de derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto judicial*, Santiago, DER, 2021, pp. 53 y ss.

<sup>54</sup> Comité de 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 6.

<sup>55</sup> Corte Suprema, Rol N° 1.384-2008, 14 de abril de 2008, considerando 4.

Resolviendo un recurso de queja en el que se reclamaba que no se habían tomado en cuenta todas las variables, incluida la opinión del niño, al momento de decidir sobre una demanda de cuidado personal, la Corte Suprema señaló que,

las normas de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, especialmente artículos 3.1 y 12.1, como las que regulan la forma de prestar la tuición y cuidado personal de los menores, a saber artículos 225, 227, 242 inciso 2º del Código Civil, y artículo 42 de la Ley Nº 16.618, obligan a atender al interés superior del niño y respetar las opiniones de éste en función de su edad y madurez, como también —en la materia que nos ocupa— tales reglas imponen determinar el estado social y psicológico de quienes pretender ejercer exclusivamente el derecho de vivir con el menor, en aras a discernir —por una parte— sobre su aptitud para aquello, como —de otra— el mayor beneficio que se obtendría para el desarrollo integral del niño.<sup>56</sup>

La Corte, advirtiendo la omisión de algunos antecedentes, enfatiza, finalmente, que "esas mismas deficiencias no permiten restar mérito, como lo informan los magistrados recurridos, al parecer del menor, quién ha permanecido durante casi toda su vida al cuidado exclusivo de su padre P.C.R. y manifiesta su opción a los once años de edad, sin que se advierta la inconsistencia de tal opinión".<sup>57</sup>

Tratándose de materia penal, la Corte Suprema ha echado mano al interés superior del niño para ajustar la condena impuesta a una persona que, a la fecha de comisión del delito, era menor de edad. Así, ha entendido que el régimen de responsabilidad penal adolescente, regulado en Chile en la Ley 20.084,

---

<sup>56</sup> Corte Suprema, Rol Nº 1.620-2001, 22 de agosto de 2001, considerando 5º.

<sup>57</sup> *Ibidem*, considerando 8. El recurso de queja tiene por objeto, según se dispone en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, "corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional". Por eso se dirige contra los jueces de instancia, lo que explica que en este tipo de casos los descargos provengan de la judicatura.



fijó un régimen jurídico para el tratamiento de infracciones a la ley criminal cometidas por menores de dieciocho y mayores de catorce años de edad, superando los sistemas de inimputabilidad absoluta y relativa... fijando un régimen penal diferenciado en aspectos sustantivos y procesales, relativamente más benigno en relación al sistema penal de los adultos, para de esa forma dar cumplimiento a compromisos asumidos al celebrar tratados internacionales sobre la materia, y así asegurar un modelo garantista y moderado respecto de los adolescentes infractores, principalmente emanados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.<sup>58</sup>

En ese contexto, la negativa del tribunal *a quo* de ajustar la pena al régimen sancionatorio más benigno "ha vulnerado las normas invocadas por la defensa, dado que es efectivo que la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente establece un régimen de penalidad menos riguroso, ello en miras del interés superior del niño y de su plena integración social".<sup>59</sup>

En un caso más reciente, un tribunal de familia de la ciudad de Copiapó debía decidir sobre la adopción de un niño solicitada por dos mujeres. Ambas eran solteras y solicitaban la adopción conjunta del niño, para lo cual habían aprobado todas las certificaciones de idoneidad requeridas. A ambas se les había concedido, además, el cuidado personal del niño. Para acoger la decisión de adopción a ambas mujeres, el tribunal enfatizó que la medida brindaría al niño "el derecho a vivir en familia".<sup>60</sup> Este énfasis no es irrelevante si se considera que en la ley chilena de adopciones pueden concederse sólo a matrimonios o personas solteras. Para el tribunal,

de escoger a una de las mujeres solteras que postulan a la adopción de Luis, se atentaría gravemente contra el interés superior del mismo, que hoy no es otro que el poder crecer al amparo y

<sup>58</sup> Corte Suprema, Rol N° 1.630-2009, 2 de julio de 2009, considerando 3.

<sup>59</sup> *Ibidem*, considerando 11.

<sup>60</sup> Juzgado de Familia de Copiapó, RIT A-11-201, 2 de agosto de 2021, considerando 8.

resguardo de la familia que él pidió le ayudaran a buscar, capaz de brindarle el derecho a la resignificación y reparación del abandono, capaz de contenerlo en los momentos de crisis y angustia que Luis va a tener. Hoy, ese es el interés a que Luis aspira y la satisfacción de su interés es lo que debe guiar y orientar las decisiones judiciales, conforme lo establece el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.<sup>61</sup>

Finalmente, la Segunda Sala de la Corte Suprema, decidiendo un recurso de casación en una causa sobre autorización de salida del país para NNA, citó como primera fuente internacional la Declaración de derechos del niño de 1959, todo esto para referir la necesidad de conciliar la norma interna con el interés superior.

Luego, señalaría que la premisa principal para tomar una determinación respecto al caso concreto, como ya se ha señalado, es el interés superior del niño, citando para ello al Comité de Derechos del niño en su comentario general sobre la materia. Así, señaló que,

en este escenario las normas atinentes para decidir la suerte de la solicitud son el artículo 49 de Ley de Menores, además, de aquellas disposiciones que establecen que en la resolución de estas materias la premisa principal para tomar una determinación respecto al caso concreto, como ya se ha señalado, es el interés superior del niño.

Conforme a lo anterior, entonces, es necesario analizar el interés superior en concreto para XX y ZZ, para entender cuál es el beneficio que eventualmente podrán obtener al radicarse en los Estados Unidos de Norteamérica; para tal efecto, habrá de ser tenido en consideración el sexagésimo segundo período de sesiones, del Comité de los Derechos del Niño que aprobó la Observación General N°14, de Naciones Unidas (CGR/C/CG/14),

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, considerando 13.

observación que tuvo como finalidad interpretar el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, documento que enuncia los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño, al respecto señala que entre estos se encuentra "La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones. N°58. El Comité recuerda que es indispensable llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación del niño y sus padres (arts. 9, 18 y 20).<sup>62</sup>

## 2. Derecho a la identidad

Ya hemos dicho antes, al analizar la jurisprudencia del TC, que la CDN tuvo un papel clave en materia de identidad. Ella le permitió al TC cuestionar la constitucionalidad de las normas sobre reclamación de paternidad. En otra causa, que luego rechazaría por existir un procedimiento disponible al efecto, el TC volvió a echar mano a la CDN —entre otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos—, para reconocer un derecho fundamental implícito a la identidad, aunque en el contexto de un reclamo por el reconocimiento a la identidad de género. Para el TC, aunque el caso no involucraba a NNA,

la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU de 1989 establece que éste "será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos" (art. 7), expresando además que "cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad" (art. 8).<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Corte Suprema, Rol N° 35522-2015, 18 de mayo de 2016, considerando 4.

<sup>63</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 7.670, 4 de junio de 2020, considerando 6. Un análisis más detallado de este caso se encuentra en Gauché, Ximena y Lovera, Domingo, "Derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes más allá de la Ley 21.120...", *op. cit.*, pp. 122-140.

En el primer caso a raíz de la aplicación de los procedimientos previstos en la Ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, la jurisprudencia en sede de familia ha avanzado en la comprensión del contenido y alcances del derecho a la identidad de género, que acabamos de ver el TC ya ha recogido. A partir de un caso relacionado a la rectificación del apellido de la persona solicitante, un tribunal de familia sostuvo que no se debe entender que el derecho a la identidad de género incluye sólo el cambio de nombre de pila. Debía incluirse, además, el apellido. Entre otras razones, el tribunal argumentó que,

la Convención Sobre Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Chile el 14 de agosto de 1990, contempla como uno de sus principios básicos el Interés Superior del Niño, que, a partir del reconocimiento del niño como sujeto de derechos, pone el centro en el bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes (artículo 3), o lo que es lo mismo, su desarrollo "holístico", concepto dinámico, flexible y adaptable, en constante evolución que abarca su ámbito físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social (Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial). A partir del reconocimiento de la infancia y adolescencia como segmentos etarios con titularidad de derechos, se les reconoce, invariablemente, el derecho a ser oídos, otro de los pilares fundamentales de la Convención sobre Derechos del Niño, artículo 12, que supone el derecho de todo NNA de formarse un juicio propio, de expresarlo y ser tomado en cuenta, en todos los asuntos que le conciernen. Incluso se ha llegado a hablar de un derecho a la participación que, como tal ha sido expresamente referido en el párrafo 8 de las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, adoptada como Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Sentencia juzgado de familia, 12 de noviembre de 2020, considerandos 11.

En una suerte de corolario, tanto de esta como de la anterior sección, el tribunal concluyó señalando que,

considerando los hechos que se dan por establecidos y los principios mencionados, en especial, el interés superior del niño y autonomía progresiva conforme a la edad y grado de madurez que presenta la adolescente; su manifestación de voluntad, corroborado con los antecedentes probatorios referidos al ámbito educativo y de intervención terapéutica; considerando la audiencia reservada que se ha desarrollado en este proceso con la adolescente, permiten al tribunal llegar a la convicción de que se justifica la solicitud, en lo concerniente al cambio de nombres, incluido apellido paterno, y sexo registral, por cuanto se ha logrado conocer y contextualizar desde un punto de vista psicosocial y además establecer que no ha existido una influencia determinante de tercero sino que, realmente surge desde la convicción interna de la adolescente, este importante cambio que solicita regularizar a través de esta instancia judicial, lo que permitirá restablecer su derecho a la identidad de género, hoy vulnerado, en grado de privación.<sup>65</sup>

El interés superior del niño ha servido también a un tribunal de familia como criterio y derecho al resolver una petición, en el marco de la Ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, respecto de una persona adolescente que se autoidentifica como no binaria. En su sentencia, el tribunal dio a lugar a la solicitud de cambio de nombre y cambio de sexo registral. Sin perjuicio de la referencia expresa a los principios de interés superior y de autonomía progresiva, recogidos en la Ley citada y referidos de forma expresa por el juzgado, el mismo tiene presente de manera clara el mandato de aplicar el artículo 3 de la CDN, en armonía con los derechos convencionales a la identidad y a ser oído.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, considerando 14.

<sup>66</sup> Sentencia del Tercer Juzgado de Familia, 25 de abril de 2022, considerando 5°.

### 3. Derecho a ser oído y tomado en cuenta

El derecho a ser oído y tomado en cuenta ha tenido diversas manifestaciones en la jurisprudencia nacional. Como acertadamente se ha señalado, este derecho puede implicar la aparición de NNA, y el deber correlativo del tribunal a escucharlo tomando debidamente en cuenta sus opiniones, en distintas encarnaciones: como víctima, testigo o parte interesada.<sup>67</sup>

En términos estructurales, la Corte Suprema ha tenido ocasión de aclarar que el deber de oír al NNA constituye un trámite esencial cada vez que se decida una causa en que sus derechos pueden verse afectados, lo que en parte importante se ve favorecido por las disposiciones de la Ley que crea los tribunales de familia (19.968).<sup>68</sup> Acogiendo un recurso de casación en un juicio sobre reclamación de paternidad en la que nunca se escuchó al niño, sostuvo que,

como se aprecia, y se viene diciendo, la sentencia impugnada se dictó sin haberse oído al niño P.A.N.G.D. en una materia de vital importancia para sus intereses, en que está envuelto su derecho sustantivo a la identidad, además de hacer constar que el derecho a ser oído integra el derecho de toda persona a un debido proceso, en el que se comprende precisamente el de expresar su parecer. En lo particular, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12 contempla el derecho del niño que está en condiciones de formarse un juicio propio, a expresar su opinión libremente

<sup>67</sup> Etcheberry, Leonor y Fuentes, Claudio, "El derecho de los niños a ser oídos", en Quesille, Anuar (coord.), *Constitución Política e Infancia: Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Santiago, UNICEF, 2017, p. 114.

<sup>68</sup> Sólo por nombrar un ejemplo, el artículo 16, inciso 2 de esa ley dispone que "El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento". Esto, no obstante los desafíos que la práctica jurisdiccional de este derecho ha enfrentado. Al respecto pueden consultarse Vargas, Macarena y Correa, Paula, "La voz de los niños en la justicia de familia de Chile", *Revista Ius et Praxis*, año 17(1), 2011, pp. 177-204; Fuentes, Claudio, "Los dilemas del juez de familia", *Revista Chilena de Derecho*, 42(3), 2015, pp. 935-965.

en todos los problemas que lo afecten, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.<sup>69</sup>

#### 4. Derecho a la participación y derechos políticos

NNA han cumplido un relevante papel en las movilizaciones sociales que al menos desde 2006 se vienen verificando en Chile en materia educacional.<sup>70</sup> Los casos que revisamos acá se decidieron en esos contextos y se refieren, principalmente, a conatos entre estudiantes que participaron (o a los que se acusa de haber participado) en manifestaciones políticas y establecimientos educacionales que adoptaron medidas disciplinarias (incluso la expulsión) como consecuencia.

La Corte Suprema resolvió en 2009 sobre la expulsión de una estudiante que había colgado en su establecimiento educacional una serie de lienzos, éstos contenían consignas políticas —"Contra la educación de mercado"—, corrientes en el contexto de movilizaciones estudiantiles en Chile. Su establecimiento educacional decidió no renovarle la matrícula, esto es, le impidió seguir estudiando allí. El estudiante presentó una acción de protección que fue primero rechazada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta. La Corte Suprema, en cambio, revocó la sentencia y acogió la tutela de derechos en favor del estudiante, reivindicando el respeto a su libertad de expresión resguardada en el texto constitucional chileno. Además, sostuvo que la decisión del establecimiento,

transgred[ía] el ordenamiento jurídico internacional de carácter particular de los niños vigente en el país de conformidad con lo previsto en el artículo 5° del mismo texto en cuanto reconoce la existencia de los derechos humanos de los niños, y entre estos

<sup>69</sup> Corte Suprema Rol N° 124-2015, 18 de agosto de 2015, considerando 4. Un análisis detallado de este caso está disponible en Espada, Susana, "La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído. Corte Suprema, 18 de agosto de 2015, Rol 124-2015", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 25, 2015, pp. 257-268.

<sup>70</sup> Una detallada narración del papel de NNA puede encontrarse en Lovera, Domingo, *op. cit.*

los derechos de carácter político. La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño en sus artículos 12, 13, 14, 15 y 17 previene las libertades de opinión, expresión, asociación, conciencia y de religión; y es incuestionable que se trató de impedir que el estudiante manifestara sus convicciones.<sup>71</sup>

## 5. Derecho a la vida

De acuerdo con el artículo 19, núm. 1, la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a la vida. Los tribunales superiores de justicia han tenido la oportunidad de interpretar estas disposiciones a la luz de la CDN tratándose de casos en que los progenitores de NNA se han opuesto a ciertos tratamientos médicos, en especial transfusiones de sangre, por razones de conciencia. La Corte de apelaciones de Iquique por ejemplo, echó mano a la CDN para acoger la acción de protección y ordenar la procedencia de la transfusión. Para ello sostuvo que,

Conviene recordar que la Convención de Derechos del Niño, dispone en su artículo 3º, número 2, que "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."<sup>72</sup>

Como se ha documentado desde hace tiempo, parte importante de estas acciones se han acogido ordenando la procedencia de las transfusiones de sangre sólo sobre la base de una lectura especialmente estricta del derecho a la vida consagrado en el ámbito constitucional.<sup>73</sup> Con todo, en más de una ocasión las normas de la CDN han sido referidas a mayor abundamiento.

---

<sup>71</sup> Corte Suprema, Rol N° 1740-2009, 23 de abril de 2009, considerando 4º. La Corte Suprema repetiría estos mismos argumentos un par de años después, Rol N° 1.683-2011, 4 de enero de 2011.

<sup>72</sup> Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 6735-2015, 9 de octubre de 2015, considerando 12º.

<sup>73</sup> Gómez, Gastón, *op. cit.*, pp. 277-9.



Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló que,

a mayor abundamiento, la Convención de Derechos del Niño, dispone en su artículo 3º, número 2, que 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.<sup>74</sup>

En apoyo de esta interpretación también se ha invocado la protección del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud consagrado en el artículo 24.1 de la CDN, conforme al que, prosiguió el tribunal, "deviene que el deber de preservar la vida del lactante es, incluso, un deber del Estado, que lo obliga frente a las otras naciones debido a los tratados internacionales que se encuentran vigentes, según ordena el artículo 5º de la Carta Magna".<sup>75</sup>

## **6. Derecho a la vida familiar y derechos/responsabilidades parentales**

Un caso emblemático en Chile en temas de derechos de la infancia —y otros derechos sin reconocimiento constitucional explícito— ha sido el de doble maternidad resuelto por la justicia de familia en 2020. El 8 de junio de ese año, el Segundo Juzgado de Familia de Santiago acogió una acción de reclamación de filiación interpuesta por una madre, declarando así el reconocimiento también como madre a su pareja y conviviente civil, con quienes habían formado familia. La acción se fundó jurídicamente en el artículo 183 del Código Civil chileno, que establece las formas de reconocimiento de la maternidad, y en el derecho internacional de los derechos humanos vigente en Chile. Además, hicieron presente el

---

<sup>74</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 14.837-2019, 19 de marzo de 2019, considerando 10º.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

vacío legal existente en Chile sobre la regulación integral de las técnicas de reproducción asistida que les había permitido a ambas mujeres ser madres.

Junto con acoger la acción, en la sentencia el tribunal reconoce las diversas formas de familia, que todos los hijos e hijas son iguales y reafirma que es deber del estado proteger todas las formas de familia que existen. En concreto, el tribunal declaró que una familia compuesta por dos mujeres que participaron de un procedimiento de reproducción asistida detalla el deber de reconocimiento de ambas como madres de su hijo, logrando así que éste obtuviera el reconocimiento y protección de los mismos derechos que gozan los hijos e hijas nacidos en familias heterosexuales.

Además, la sentencia cumple efectivamente con las obligaciones y estándares internacionales respecto de la protección integral y universal, así como el resguardo del interés superior y los derechos a la identidad, no discriminación y vida familiar que se deben a cada NNA, como también con los estándares sobre la protección debida a todas las formas de familia.<sup>76</sup>

## **7. Derecho a la salud**

Los tribunales chilenos han invocado el derecho a la salud de la CDN en una serie de casos. Destacamos acá dos grupos de casos por su relevancia y reciente data.

En primer lugar, los tribunales han invocado las normas de la CDN para ordenar la vacunación de NNA en contra de la oposición infundada de padres y madres. Desde luego, parte de estos casos se han verificado en el contexto de la pandemia producto de la expansión de covid-19. Varias de estas acciones se han dirigido contra resoluciones estatales que ordenaron la vacunación obligatoria contra la influenza, justamente para

---

<sup>76</sup> Sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 8 de junio de 2020.

descongestionar el sistema de salud de modo que pudiera enfrentar de forma adecuada la crisis sanitaria que se atravesaba. La Corte de Apelaciones de Valparaíso, por ejemplo, rechazó un recurso que buscaba declarar que la medida afectaba derechos fundamentales de una niña. Entre otras razones, señaló que,

la Convención de Derechos del Niño, dispone en su artículo 3° N° 2 que "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". El artículo 24 N°1 de la misma Convención, expresa que "los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a los servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud", mientras que el N° 2 de este mismo artículo señala que se "adoptarán medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud".<sup>77</sup>

Las autoridades sanitarias, concluyó la Corte, actuaban en cumplimiento de sus deberes.

En un caso vinculado, un padre presentó una acción de protección en contra de la madre de su hija cuyo cuidado personal ella tenía. Reclamaba que la madre, al no vacunar a la hija de ambos, atentaba contra el derecho a la salud de la niña. La Corte de Apelaciones de Santiago le encontró razón al padre. Para ello, referenció largamente las normas del artículo 24.2 de la CDN sobre derecho a la salud y concluyó, lo que cabe destacar, que

---

<sup>77</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 10480-2021, 2 de julio de 2021, considerando 4. Hay que recordar que ya en 2012, en la sentencia *Atala Riffo y niñas contra Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había señalado que no existía un concepto cerrado de familia, ni mucho menos que la Convención Americana de Derechos Humanos protegía sólo un modelo tradicional de ella.

de lo dicho aparece que la menor tiene pleno derecho a que por medio de esta acción cautelar de garantías fundamentales de acuerdo a los Tratados Internacionales, los organismos del Estado velen por sus derecho a la salud y en especial acceso a la salud preventiva, que sus padres deben procurar, al conocer los principios básicos de salud.<sup>78</sup>

El segundo grupo de casos se refiere a una serie de recursos en materia de accesos a medicamentos especialmente costosos y sin cobertura en los sistemas públicos y privados.<sup>79</sup> La Corte Suprema ha sido consistente en invocar las normas sobre derecho a la salud de la CDN para acoger esos recursos, cuando la vida del NNA involucrado está en juego. Así, ha señalado

Que, en relación a lo establecido precedentemente, es necesario hacer presente que el numeral 1 del artículo 24 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, suscrita por Chile y promulgada por Decreto Supremo N° 830 de fecha 27 de septiembre de 1.990, dispone "Los estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios".

Que el instrumento antes referido, por aplicación del artículo 5° de la Constitución de la República, resulta obligatorio para el Estado de Chile, siendo compelido a dirigir sus acciones y decisiones para asegurar que ningún niño o niña sea privado del disfrute del más alto nivel respecto de prestaciones sanitarias, a fin de resguardar el derecho a la vida e integridad física y síquica

---

<sup>78</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 37079-2021, 8 de febrero de 2022, considerando 8.

<sup>79</sup> Un análisis detallado de este tipo de casos, así como de la jurisprudencia relevante, se encuentra en Vivanco, Ángela, "Jurisprudencia de la Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema en materia de cobertura de medicamentos de alto costo en sede de protección", en *Anuario de Derecho Público* 2021, Santiago, Ediciones UDP, 2022.

de los menores. En consecuencia, en las determinaciones de la administración de salud en Chile que involucren a menores, debe prevalecer el respeto irrestricto a los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de los tratados, tales como la convención antes referida, que los criterios de orden económico, resultan derrotados al ser contrapuestos al interés superior del niño.<sup>80</sup>

## F. Conclusiones

El reconocimiento constitucional de los derechos de niños, niñas y adolescentes no es un tema menor en un estado democrático. Es una primera forma con la que se puede comenzar a delinear la inclusión de la infancia como agentes políticos y constitucionales significativos. Se trata de su inclusión visible en esquema constitucional, del reconocimiento de una agencia adecuada y de la efectividad (judicial y de otro tipo) de los derechos que les sean reconocidos, todo ello en un marco de deberes estatales (y de otro tipo) correlativos que un reconocimiento implícito puede no estar en las mejores condiciones de provocar.<sup>81</sup>

Por otra parte, el reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes se hace necesario no sólo por los efectos simbólicos que ese reconocimiento acarrea al legitimar los discursos políticos en favor de sus derechos y agencia, sino que también para evitar la subordinación a la

<sup>80</sup> Corte Suprema, Rol N° 128.766-2020, 19 de febrero de 2021, considerandos 7 y 8. Estas referencias a las normas sobre protección del derecho a la salud en la CDN son especialmente interesantes porque permiten advertir que, por la vía del artículo 5, inciso 2, las cortes han encontrado una vía para circunvalar algunas limitantes que se advierten en las garantías secundarias como la acción de protección. En efecto, esta acción procede en favor de algunos derechos, dentro de los que no se encuentra la salud. Es cierto que, desde hace un tiempo —cosa que también enseña la experiencia comparada— los tribunales muchas veces logran contrabandear la protección de prestaciones sociales en derechos civiles, generalmente el derecho a la vida. Eso es lo que acontecía en Chile tratándose de casos sobre falta de financiación, donde las cortes corrientemente echaban mano al derecho a la vida (y sólo en menor medida al derecho a la salud). Figueroa, Rodolfo, "El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección", en Squella, Agustín y Arriagada, María Beatriz (eds.), *Sobre los derechos sociales*, Valparaíso, EDEVAL, 2015, pp. 657-693.

<sup>81</sup> O'Mahony, Conor, "The promise and pitfalls of constitutionalizing children's rights", en Dwyer, James G. (ed.), *The Oxford Handbook of Children and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 874.

que son empujados, ya sea en (dentro o bajo) los derechos de personas adultas en general o de sus padres y madres en particular.<sup>82</sup> Esta es una razón propiamente jurídica y una consecuencia del aspecto legal de las constituciones.

En este capítulo hemos mostrado que el modelo constitucional actualmente vigente no contiene mención alguna a los derechos de NNA, y que tampoco existe un contexto nacional que permita augurar que esto será revertido efectivamente mediante la adopción de cambios constitucionales. Todo esto coloca en serio riesgo la consecución de los objetivos arriba identificados que el reconocimiento expreso, si bien no satisface de forma inmediata, estimula. Sin embargo, hemos mostrado, también, que junto con esa falta de reconocimiento expreso convive un reconocimiento implícito de los derechos de NNA. Esto ha sido posible por dos razones. Primero, la proliferación, en especial en los últimos años, de legislación que incorpora los estándares de la CDN —aunque no consideramos en este análisis, por el escaso tiempo que lleva vigente, la ley de protección integral de la infancia que, llegando demasiado tarde desde la ratificación de la CDN, fue promulgada en Chile a inicios de 2022—. Segundo, por el reconocimiento jurisprudencial de los estándares de la CDN. Aunque con matices, en especial tratándose de la jurisprudencia del TC, hemos querido mostrar que la jurisdicción de aplicación de los derechos fundamentales ha abrazado los estándares de los derechos de NNA.

Como con todo reconocimiento implícito o jurisprudencial, sin embargo, estos estándares distan de estar consolidados. Tampoco resulta evidente —lo que por el objeto de este estudio dejamos para una oportunidad posterior— que los estándares se encuentren siempre en sintonía con el desarrollo de los éstos por parte del derecho internacional de los derechos humanos. Todo esto nos permite afirmar que en Chile la constitucionalización es aún incipiente y requiere de avances profundos. En especial tratándose de países que, como el nuestro, descansa fuertemente en las normas escritas.

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 872-873.

## Bibliografía

Aguilar, Gonzalo, "Hacia un sistema integral de derechos humanos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre la pildora del día después", *Revista Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 1, 2008, pp. 347-362.

Atienza, M., y Aroca, P., "Concentración y crecimiento en Chile: una relación negativa ignorada", *Revista EURE-Revista de Estudios Urbano Regionales*, 38(114), 2012. Disponible en: <https://www.eure.cl/index.php/eure/article/view/113/571>.

Carretta, Francesco y Barcia, Rodrigo, *Convención de derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto judicial*, Santiago, DER, 2021, pp. 53 y ss.

Comité de 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 6.

Contreras, Pablo, "¿Derechos implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental", en Núñez, José (coord.), *Nuevas perspectivas del derecho público*, Santiago, Librotecnia, 2011, pp. 149-185.

Contreras, Pablo y Lovera, Domingo, "Nueva Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: problemas y desafíos", en *Una Nueva Constitución para Chile. Libro homenaje al profesor Lautaro Ríos Álvarez*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2018.

Contreras, Pablo y Lovera, Domingo, *La Constitución de Chile*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 6735-2015, 9 de octubre de 2015.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 14.837-2019, 19 de marzo de 2019.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 37079-2021, 8 de febrero de 2022.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 10480-2021, 2 de julio de 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Serie C No. 135, sentencia de 22 de septiembre de 2005.

Corte Suprema, Rol N° 1.620-2001, 22 de agosto de 2001.

Corte Suprema, Rol N° 1.384-2008, 14 de abril de 2008.

Corte Suprema, Rol N° 1.630-2009, 2 de julio de 2009.

Corte Suprema, Rol N° 1740-2009, 23 de abril de 2009.

Corte Suprema Rol N° 124-2015, 18 de agosto de 2015.

Corte Suprema, Rol N° 35522-2015, 18 de mayo de 2016.

Corte Suprema, Rol N° 128.766-2020, 19 de febrero de 2021.

Decreto supremo N° 100, de 17 de septiembre de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>.

Decreto Supremo N° 48, Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, 3 de enero de 2007.



- Espada, Susana, "La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído. Corte Suprema, 18 de agosto de 2015, Rol 124-2015", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 25, 2015, pp. 257-268.
- Etcheberry, Leonor y Fuentes, Claudio, "El derecho de los niños a ser oídos", en Quesille, Anuar (coord.), *Constitución Política e Infancia: Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Santiago, UNICEF, 2017, p. 114.
- Figueroa, Rodolfo, "El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección", en Squella, Agustín y Arriagada, María Beatriz (eds.), *Sobre los derechos sociales*, Valparaíso, EDEVAL, 2015, pp. 657-693.
- Fuentes, Claudio, "Los dilemas del juez de familia", *Revista Chilena de Derecho*, 42(3), 2015, pp. 935-965.
- Fuentes, Ximena, "Una Nueva Constitución para Chile y el diseño de un esquema de incorporación del derecho internacional al sistema jurídico chileno", Chia, Eduardo y Quezada, Flavio (eds.), *Propuestas para una Nueva Constitución (originada en democracia)*, Santiago, FES/Instituto Igualdad/Universidad de Chile, 2015, p. 171.
- Gauché, Ximena y Lovera, Domingo, "Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos", *Ius et Praxis*, vol. 25, núm. 2, 2019, pp. 363-375.
- Gauché, Ximena y Lovera, Domingo, "Derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes más allá de la Ley 21.120: expansiones desde un enfoque de derechos", *Ius et Praxis*, vol. 28, núm. 1, 2022, pp. 133-135.
- Gómez, Gastón, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago, Ediciones UDP, 2005, p. 23.

Informe Anual 2021: derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.  
Defensoría Nacional de la Niñez [https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2021/wp-content/uploads/2021/12/ia2021\\_tercera\\_parte\\_ddhh.pdf](https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2021/wp-content/uploads/2021/12/ia2021_tercera_parte_ddhh.pdf)

Juzgado de Familia de Copiapó, RIT A-11-201, 2 de agosto de 2021, considerando 8.

Lovera, Domingo, "Ciudadanía constitucional de niños, niñas y adolescentes", en Quesille, Anuar (coord.), *Constitución Política e Infancia: Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Santiago, UNICEF, 2017, pp. 176-179.

Lovera, Domingo, "Chile", en Hübner Mendes, Conrado Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America Oxford*, Oxford University Press, 2022, pp. 79 y ss.

O'Mahony, Conor, "The promise and pitfalls of constitutionalizing children's rights", en Dwyer, James G. (ed.), *The Oxford Handbook of Children and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 874.

Riveros, Carolina, "Sentencias del Tribunal Constitucional relativas al artículo 206 del Código Civil: tensión entre el derecho a la identidad y la certeza jurídica", *Revista de Derecho Universidad Católica de Norte*, año 20, núm. 1, 2013.

Sloth-Nielsen, Julia y Oliel, Michelle, "Constitutionalising children's rights and domestic courts of member states of the Council of Europe", *Publication series of Deutsches Kinderhilfswerk*, vol. 7, 2019, pp. 6-9.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 346, 8 de abril de 2002.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 786, 13 de junio de 2007.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 740, 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1288, 25 de agosto de 2009.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1340, 29 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 2492, 29 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1683, 4 de enero de 2010.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 2387, 23 de enero de 2013.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1340, 17 de junio de 2014.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 2867, 12 de abril de 2016.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 7670, 4 de junio de 2020.

UNICEF CHILE. Niños, niñas y adolescentes en Chile 2020. Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/media/3636/file/Cifras%20de%20infancia.pdf>.

Vargas, Macarena y Correa, Paula, "La voz de los niños en la justicia de familia de Chile", *Revista Ius et Praxis*, año 17(1), 2011, pp. 177-204.

Vivanco, Ángela, "Jurisprudencia de la Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema en materia de cobertura de medicamentos de alto costo en sede de protección", en *Anuario de Derecho Público 2021*, Santiago, Ediciones UDP, 2022.



## **Colombia**

---

Karol Ximena Martínez Muñoz\*

Clara Carolina Cardozo Roa\*\*

\* Abogada, especialista en negociación, conciliación y arbitraje y en derecho procesal de la Universidad del Rosario. Magister en historia y comparación de las instituciones políticas y jurídicas de los países de la Europa Mediterránea de la Universidad de Messina (Italia) y en Derecho y Violencia de Género de la Universidad de Valencia (España). Estudiante del doctorado en Derecho Privado de la Universidad de Salamanca (España) y profesora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

\*\* Abogada, especialista en derecho administrativo y magister en derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario y especialista en derecho comercial de la Universidad Externado de Colombia. Candidata a doctora en Derecho de la Universidad del Rosario. Profesora temporal de la Universidad del Rosario.

SUMARIO: A. Contexto nacional; I. La situación de niñas, niños y adolescentes en Colombia; II: Estructura del Estado colombiano; B. Recepción/incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho colombiano; C Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes; D. Jurisprudencia relevante; I. Interés superior de la niña, niño o el adolescente; II. La autonomía progresiva; III. El derecho de NNA a ser escuchados y tenidos en cuenta; IV. El derecho a tener una familia y no ser separado de ella; V. Derechos de NNA indígenas; E. Conclusiones.

## **A. Contexto nacional**

### **I. La situación de niñas, niños y adolescentes en Colombia**

Según el último censo elaborado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE) para 2018, se estima que la población colombiana asciende a 48258,494 personas, de las cuales 51.2% son mujeres y 48.8% son hombres; 31.02% (15,454,633) corresponde a niños, niñas y adolescentes (NNA); 76.84% de la población vive en zona urbana y 23.15%, en zona rural.

En 2021, la pobreza multidimensional fue de 16.0%, mientras que la pobreza monetaria fue 39.3% y la pobreza monetaria extrema fue de 12.2%.<sup>1</sup> Para el mismo año, habitaban en Colombia 8.1 millones de NNA

---

<sup>1</sup> Colombia. Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Pobreza y Desigualdad. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/pobreza-monetaria>.

de entre 10 y 19 años. Por rango de edad y sexo, 72.4% de las niñas de entre 10 y 14 años vivían en las cabeceras municipales del país, porcentaje que ascendía a 74.4% en el rango de edad de entre 15 y 19 años. Estos valores eran superiores al de los hombres, los cuales correspondían a 71.5% y 73%, respectivamente.<sup>2</sup>

Por su parte, en 2020, 2.3 millones de niños y niñas de entre 10 y 14 años vivían en hogares que se encontraban en situación de pobreza monetaria. En el caso de la población ubicada entre 15 y 19 años, la cifra era de 2 millones.<sup>3</sup>

En lo que se refiere a la población escolarizada, la asistencia a los niveles de educación básica primaria (6 a 10 años) y básica secundaria (11 a 14 años) era superior a 94%. Sin embargo, esta cifra disminuye a 88% en el caso del nivel de educación media (15 a 16 años) y a 46% tratándose de la educación superior (17 a 21 años).<sup>4</sup>

## II. Estructura del Estado colombiano

De acuerdo con el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia,

Colombia es un Estado social de derecho,<sup>5</sup> organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

---

<sup>2</sup> Colombia. Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-. Nota estadística. Nacimientos en niñas y adolescentes en Colombia. 2022, p. 13. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/notas-estadisticas/ene-2022-nota-estadistica-embarazo.pdf>

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>4</sup> Colombia. Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-. Encuesta Nacional de Calidad de Vida (ECV). 2021. Boletín Técnico. Disponible en: [http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones\\_vida/calidad\\_vida/2021/Boletin\\_Tecnico\\_ECV\\_2021.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/calidad_vida/2021/Boletin_Tecnico_ECV_2021.pdf)

<sup>5</sup> Frente al concepto de "Estado social de derecho" véase Quinche Ramírez, Manuel F. Derecho Constitucional colombiano. 6ª. Edición. Editorial Temis S.A., 2015, p. 51.



Como puede observarse, Colombia no adoptó el modelo de Estado federal,<sup>6</sup> sino unitario, en virtud del cual las decisiones políticas y administrativas radican en cabeza de un poder central.<sup>7</sup> En desarrollo de lo anterior, hay unidad en la legislación y competencias centralizadas para la fijación de políticas de alcance en todo el territorio nacional.<sup>8</sup>

En lo que respecta al sistema de gobierno, Colombia sigue el esquema presidencial. Dentro de este marco, el presidente de la República, quien ostenta la calidad de jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, ocupa un papel preponderante en la dirección de la nación.<sup>9</sup>

A pesar de lo anterior, la Constitución de 1991, en el artículo 113, consagra el principio de separación de poderes entre las ramas legislativa, ejecutiva y judicial.

Es importante destacar que con ocasión del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, celebrado por el Estado colombiano con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Ejército del Pueblo [FARC-EP]) en 2016, la Constitución de 1991 fue modificada a través del Acto Legislativo 01 de 2017,<sup>10</sup> por medio del cual se creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

---

<sup>6</sup> Durán Smela, Diana y Malagón Pinzón, Miguel. La fuerza del Estado: funciones, estructura y elección de la Rama Ejecutiva, en Alviar García, Helena; Lemaitre Ripoll, Julieta y Perafán Liévano, Betsy (coords). *Constitución y democracia en movimiento*. Bogotá, Universidad de los Andes, 2016, p. 106.

<sup>7</sup> Younes Moreno, Diego. *Derecho Constitucional Colombiano*. 14 ed. Legis Editores S.A., 2016, p. 55.

<sup>8</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, Sentencia SU-095/2018, numeral 3, párrafo 2.

<sup>9</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia C-342/2006, sección 3, párrafo. 123.

<sup>10</sup> Colombia, Congreso de la República, Acto Legislativo 01 de 2017, "por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones". En: diario oficial. Año CLII, n. 50196, 4 abril, 2017. p. 1.

Este sistema modificó temporalmente la estructura del Estado,<sup>11</sup> a través de la creación de tres órganos autónomos y especializados que integran el referido sistema, esto es, la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Ahora bien, la rama judicial, en general, administra justicia a través de varias cortes, tribunales y jueces. De éstos, para los fines de este artículo, merece especial mención la Corte Constitucional Colombiana, que ejerce control abstracto sobre las leyes y normas con fuerza de ley a través de las sentencias C y concreto cuando decide acciones de tutela a través de sentencias T y SU.<sup>12</sup>

Es importante también destacar que el control de constitucionalidad de las normas no radica exclusivamente en la Corte, pues también puede ejercerse por todas las autoridades judiciales, bajo la figura de la excepción de inconstitucionalidad, luego puede afirmarse que la Corte realiza un control concentrado, mientras que los demás órganos judiciales hacen un control difuso<sup>13</sup>.

Además de las autoridades judiciales estatales, en Colombia se reconoce la jurisdicción especial indígena, que tiene como propósito permitir a las comunidades indígenas ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de acuerdo con sus propias normas y procedimientos. Lo anterior, siempre que no exista contradicción con la Constitución y las leyes del país (artículo 246 Constitución Política).

---

<sup>11</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Sentencia C-674/2017, numerales 5.4.1 y 5.4.2.

<sup>12</sup> La diferencia entre estas dos radica en que la SU constituye precedente vinculante, incluso para la Corte.

<sup>13</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, Sentencia C-122/2011, sección 2, párrafo. 36.

## **B. Recepción/incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho colombiano**

Sin tener en cuenta las normas de derecho internacional humanitario, desde que Colombia se hizo parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) surgieron obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Así, Colombia ha ratificado 61 Convenios de la OIT, de los que se destacan por el tema de este artículo: el Convenio 138 de 1973 sobre edad mínima, ratificado mediante la Ley 515 de 1999<sup>14</sup> y el Convenio 182 de 1999, sobre las peores formas de trabajo infantil, ratificado mediante la Ley 704 de 2001.<sup>15</sup>

Tras la Segunda Guerra Mundial, Colombia suscribió la Carta de las Naciones Unidas y, mediante la Ley 13 de 1945,<sup>16</sup> la aprobó. Dentro del sistema ONU, se resalta que es parte tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estos tres tratados internacionales fueron aprobados e incorporados en el ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 74 de 1968.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 515 de 1999 "por medio de la cual se aprueba el 'Convenio 138 sobre la Edad Mínima de Admisión de Empleo', adoptada por la 58 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, el veintiséis (26) de junio de mil novecientos setenta y tres (1973)". En: Diario Oficial. Año CXXXV. N. 43656. 5, agosto, 1999. p. 18.

<sup>15</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 704 de 2001 "por medio de la cual se aprueba el Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, adoptado por la Octogésima Séptima (87ª) Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, O.I.T., Ginebra, Suiza, el diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)", En: Diario Oficial, Año CXXXVII, N. 44628. 27, noviembre, 2001. p. 16.

<sup>16</sup> Colombia, Congreso de la República. Ley 13 de 1945 "Por la cual se aprueban unos instrumentos internacionales". En: Diario Oficial. Año LXXXI. N. 25971, 27, octubre, 1945. p. 1. A través de esta Ley, también se aprobó el Estatuto de la Corte Internacional Justicia.

<sup>17</sup> Colombia, Congreso de la República. Ley 74 de 1968 "por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966". En: Diario Oficial. Año CV. N. 32682. 31, diciembre, 1968. p. 3.

Ahora bien, Colombia no sólo es parte de tratados en el sistema universal de los derechos humanos, sino también en el sistema interamericano. De esta manera, desde los inicios de la Organización de los Estados Americanos, suscribió su Carta constitutiva, la cual fue aprobada mediante la Ley 1ª de 1951<sup>18</sup> y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, fue aprobada mediante la Ley 16 de 1972<sup>19</sup>.

No obstante, la larga tradición tanto de aprobación de tratados internacionales de derechos humanos, como de incorporación de derechos humanos en su normativa constitucional, su verdadera eficacia sólo comenzó a ser percibida a partir de la Constitución de 1991, a través de dos instituciones, a saber: la acción de tutela y el bloque de constitucionalidad.

La acción de tutela, contemplada en el artículo 86 de la Constitución, tiene la finalidad de obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. Es una acción preferente y subsidiaria que se tramita ante las autoridades judiciales, que puede ser impugnada y todas las sentencias que se profieren en el país son remitidas a la Corte para su eventual revisión.

En cuanto al bloque de constitucionalidad, el artículo 93 de la Constitución, estableció que los tratados internacionales que se refieran por derechos humanos, que hayan sido ratificados por Colombia, "prevalecen en el orden interno". En relación con esta prevalencia, la Corte ha indicado que hay tratados de derechos humanos que en sentido estricto forman parte de este bloque y, en consecuencia, están al nivel de la Constitución y, en sentido lato, hace referencia, tanto a las normas que son superiores a las leyes ordinarias, sin ser jerárquicamente equiparables

---

<sup>18</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 1ª de 1951, por la cual se aprueba la Carta de la Organización de los Estados Americanos, En: Diario Oficial. Año LXXXVIII. N. 27782. 19, diciembre, 1951. p. 1

<sup>19</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 16 de 1972, por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969". En: Diario Oficial. Año CIX. N. 33780. 5, febrero, 1973. p. 321.

a la Carta, como a los criterios que le sirven a la Corte para interpretar los tratados de derechos humanos. Los demás tratados internacionales, que no se refieren a derechos humanos, tienen la jerarquía de leyes ordinarias, aunque las autoridades judiciales deben tener en cuenta, para su interpretación, el principio *pacta sunt servanda*, propio del derecho internacional público.<sup>20</sup>

### **C. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes**

En la Constitución de 1991,<sup>21</sup> por primera vez en una norma de su jerarquía, se les reconocieron derechos humanos prevalentes a los NNA, particularmente en los artículos 44 y 45, que, a su tenor literal, preceptúan:

Artículo 44: Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral

<sup>20</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Sentencia C-582/1999, par. 50; Colombia, Corte Constitucional, Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia C-035/2016, par. 317. y Colombia, Corte Constitucional, M.P. Diana Fajardo Rivera, Sentencia SU-146/2020, sección 3.4.1., párrafos 142 a 145.

<sup>21</sup> La historia puede ser consultada en: Guío Camargo, Rosa Elizabeth. "La voz del niño en la familia: reflexiones sobre la in-fans y la titularidad activa de derechos" en Cardozo Roa, Clara Carolina; Martínez Muñoz, Karol Ximena y Ternera Barrios, Francisco, *Retos del derecho de familia contemporáneo*. Bogotá, Universidad del Rosario, 2022, p. 184.

y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Artículo 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

Como se evidencia, en las anteriores disposiciones se consagraron los derechos de los NNA, su prevalencia y su necesidad de protección, los cuales han sido reconocidos por la Corte Constitucional, en conjunto, como principios y valores dentro del ordenamiento colombiano, en los siguientes términos:

[...] [H]a sostenido esta Corporación que los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y la protección de su interés superior representan verdaderos valores y principios "que no solo están llamados a irradiar la expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores, sino también a orientar la promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro de su bienestar físico, moral, intelectual y espiritual; entendiendo dicho bienestar como una de las causas finales de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico.

De manera tal que vinculan al Legislador, no sólo de manera positiva pues "la regulación que se expida sobre los derechos de los menores deberá reflejar la dimensión normativa [del mismo] no

sólo desde el punto de vista sustancial sino también procedimental, con miras a la efectividad y garantía de sus derechos y su desarrollo integral y armónico como así lo quiso el Constituyente de 1991", sino también de manera negativa al convertirse en límite a su libertad de configuración normativa.<sup>22</sup>

Ahora bien, poco antes de la expedición de la Constitución de 1991, Colombia había aprobado la Ley 12 de 1991,<sup>23</sup> en virtud de la cual se adoptó la Convención de los Derechos del Niño, que ha sido reconocida por la Corte como parte del bloque de constitucionalidad estricto,<sup>24</sup> junto con otros instrumentos internacionales que protegen los derechos de los NNA, en los siguientes términos:

Como parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo previsto en el artículo 93 de la Constitución Política, además se cuenta con los siguientes instrumentos relevantes:

- El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 [...] que en su artículo 24 estableció que los niños gozarían de especial protección, a cargo de la familia, la sociedad y el Estado.
- El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966 [...] cuyo artículo 10 numeral 3 se refiere a la protección del menor contra la explotación social y económica.
- La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 [...] que dispuso en el artículo 19 el derecho del niño a que se tomen

<sup>22</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia C-684/2009, párrafos. 136-137.

<sup>23</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 12 de 1991, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. En: Diario Oficial. Año CXXVII. N. 39640. 22 de enero de 1991, p. 1.

<sup>24</sup> Colombia, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández Sentencia C-355/2006, párrafo 1505 y Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-149/2018, numeral 4.21.

todas las medidas para su protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

- La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 [...] que de manera expresa previó en el artículo 3º el interés superior del menor de 18 años como mandato exigible a autoridades públicas y particulares, administrativas, legislativas o judiciales, en la aplicación de todas las medidas que involucre a dicho grupo poblacional. En este instrumento, además, se recogió un catálogo de derechos fundamentales con diversidad de facetas (de abstención y positivas-prestacionales) necesarias para su protección integral, y se regularon de manera específica algunas situaciones especiales tales como la de los niños en contextos de conflicto armado.<sup>25</sup>

Adicionalmente, Colombia ha aprobado dos de los protocolos facultativos de la Convención. Así, mediante la Ley 765 de 2002 aprobó el protocolo "relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía"<sup>26</sup> y con la Ley 833 de 2003, el Congreso de la República aprobó el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados<sup>27</sup>. Estos dos protocolos fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, mediante sentencias C-318 de 2003<sup>28</sup> y C-172 de 2004,<sup>29</sup> sin pronunciarse acerca de si hacen o no parte del bloque de constitucionalidad. El otro protocolo, es decir, el referente a un procedimiento de comunicaciones no ha sido ratificado.

---

<sup>25</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. María Victoria Calle Correa, Sentencia C-113/2017, párrafo. 102.

<sup>26</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 765 de 2002, por medio de la cual se aprueba el "Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía", adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000). En: Diario Oficial, Año CXXXVIII, N. 44889. 5 de agosto de 2002, p. 14.

<sup>27</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 833 de 2003, por medio de la cual se aprueba el "Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados", adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000). En: Diario Oficial, Año CXXXIX, N. 45248, 14 de julio de 2003, p. 37.

<sup>28</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jaime Araujo Rentería, Sentencia C-318/2003, resuelve.

<sup>29</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Sentencia C-172/2004, resuelve.



Posteriormente, para ajustar las normas legales a las constitucionales, en el año 2006, se expidió la Ley 1098 o Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA).<sup>30</sup> Respecto a esta norma, la Corte ha dicho que:

[...], fue producto de un largo esfuerzo por parte de diferentes actores que concurrieron en el impulso de un cuerpo normativo imprescindible para un grupo poblacional que, desde el derecho internacional de los derechos humanos y el marco constitucional introducido por la Carta de 1991, exigía un tratamiento acorde con sus particularidades, en un escenario de protección integral. [...]

El enfoque actual de la normativa aplicable a los menores de edad, niños, niñas y adolescentes, parte de su consideración como sujetos de especial protección por parte de la familia, el Estado y la sociedad, dadas las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran, asociadas, entre otras razones, al proceso de maduración físico, intelectual y ético en el que se encuentran, aún no concluido. Por tal motivo, la finalidad que subyace a la normativa especial en su favor, [...], es garantizar su desarrollo armónico e integral, para contar con miembros libres, completamente autónomos y partícipes de la sociedad democrática en el futuro.<sup>31</sup>

Esta norma cuenta con 217 artículos, distribuidos en tres libros que se refieren: 1) a la protección integral, en este libro se consagran los principios del Código; los derechos y libertades reconocidos a NNA, las obligaciones de la familia, el Estado y la sociedad y las medidas de restablecimiento de derechos junto con las autoridades competentes y los procedimientos administrativos y judiciales para adoptarlas; b) el sistema de responsabilidad penal para adolescentes y los procedimientos especiales para cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de

<sup>30</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 1098 de 2006, Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. En: Diario Oficial. Año CXLII. N. 46446. 8 de noviembre de 2006. p. 1.

<sup>31</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. María Victoria Calle Correa, Sentencia C-113/2017, *op. cit.*, párrafos. 101-102.

delitos, y c) el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, políticas públicas e inspección, vigilancia y control. Es de aclarar que algunos aspectos procedimentales de las medidas de restablecimiento de derechos fueron modificados por la Ley 1878 de 2018.<sup>32</sup>

Además del Código, para garantizar los derechos fundamentales de los NNA se han expedido leyes especiales encaminadas a armonizar las normas preconstitucionales con la Constitución y, en general, proteger sus derechos fundamentales: como aquellas con las que se aumentó a 18 años la edad de prestación del servicio militar obligatorio para varones<sup>33</sup> y las encaminadas a proteger a la familia de toda forma de violencia, entre las que destaca la 2089 de 2021,<sup>34</sup> con la que se prohibió toda forma de maltrato encaminado a la corrección de los NNA.

#### **D. Jurisprudencia relevante**

A continuación, se presentan algunas de las sentencias a través de las cuales, la Corte se ha ocupado de los principios interés superior de NNA y autonomía progresiva y los derechos a ser escuchados y tenidos en cuenta, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella y los derechos de los NNA indígenas. Es de aclarar que se escogieron estos principios y derechos porque los principios son fundamentales para comprender cualquiera de los derechos consagrados en favor de los

---

<sup>32</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 1878 de 2018, "Por medio de la cual se modifican algunos artículos de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, y se dictan otras disposiciones". En: Diario Oficial, Año CLIII, n. 50471, 9 de enero de 2018. p. 2.

<sup>33</sup> La primera vez que se consagró fue en Ley 418 de 1997, que tenía una vigencia temporal. Esta fue prorrogada por normas posteriores, hasta adoptarse como legislación definitiva por la Ley 1861 de 2017. Colombia, Congreso de la República, Ley 1861 de 2017, "por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización", En: Diario Oficial, Año CLIII No. 50.315, 4 de agosto, 2017. p. 1.

<sup>34</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 2089 de 2021, " por medio de la cual se prohíbe el uso del castigo físico, los tratos crueles, humillantes o degradantes y cualquier tipo de violencia como método de corrección contra niñas, niños y adolescentes y se dictan otras disposiciones.", En: Diario Oficial, Año CLVII, No. 51.674, 14 de mayo de 2021, p. 1.

NNA y los derechos en especial por las tensiones que han generado con el ordenamiento jurídico interno.

Con esto no se quiere señalar que la Corte no haya desarrollado a profundidad otros principios y derechos, sino que, por la extensión del texto, fue necesario escoger algunos de los más relevantes.

## **I. Interés superior de la niña, el niño o el adolescente**

Como una clara manifestación de los derechos fundamentales de los NNA y del deber de protección del cual son objeto, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia colombiana reconocen el principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes (principio del ISNNA), consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959<sup>35</sup> y reafirmado en la Convención del 20 de noviembre de 1989.

Así, el principio del ISNNA cuenta con respaldo constitucional en el artículo 44 de la Carta Política. Por su parte, en el ámbito legal, el artículo 8 del CIA (Ley 1098 de 2006) lo define en los siguientes términos: "Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes".

Además de esta definición, el CIA se refiere al principio del ISNNA en varios de sus apartes. Así, entre otros, los artículos 6 y 9 establecen que siempre deberá aplicarse la norma más favorable al interés superior de los NNA. Por su parte, el artículo 7 vincula el principio a la protección integral de estos últimos como sujetos de derechos.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Principio 2. De la Declaración de los Derechos del Niño. Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959.

<sup>36</sup> Guío Camargo, Rosa Elizabeth. "La protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes", en Cardozo Roa, Clara Carolina y Daza Coronado, Sandra Milena (eds.), *Sujetos de protección en el derecho privado*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2020, p. 35 (33-62).

Como se mencionó, con anterioridad a la Ley 1098 de 2006, a través de la Ley 12 de 1991, se había incorporado al ordenamiento jurídico nacional la Convención del 20 de noviembre de 1989. Allí se establece que el principio del ISNNA deberá ser tenido en cuenta en: i) en las medidas adoptadas por las autoridades administrativas, legislativas y judiciales (artículo 3); ii) la convivencia del menor con sus padres (artículos 9 y 37); iii) las obligaciones de estos últimos (artículo 18); iv) la adopción de un menor, y v) la infracción de normas penales (artículo 40).

Con fundamento en el marco jurídico anterior, así como los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las recomendaciones del Comité de Derechos de la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, la jurisprudencia colombiana se ha referido y aplicado el principio del ISNNA, en la resolución de acciones de tutela y constitucionalidad.

Así, se ha determinado que el principio del ISNNA tiene la calidad de principio "rector constante y trasversal de la garantía efectiva de los derechos fundamentales de los niños".<sup>37</sup>

Igualmente, se ha considerado que el principio corresponde a una "*caracterización jurídica específica*" en favor de los NNA, en virtud de la cual sus derechos prevalecen y las autoridades tienen el deber de garantizar su desarrollo normal y sano en los ámbitos físico, psicológico, intelectual y moral, así como la correcta evolución de su personalidad.<sup>38</sup>

En virtud del principio del ISNNA, corresponde también a las autoridades garantizar a los NNA su desarrollo integral, un ambiente familiar apto y las condiciones necesarias para el ejercicio de sus derechos. Igualmente, el Estado colombiano debe proteger a los NNA de riesgos; adoptar las

---

<sup>37</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, Sentencia T-287/2018, numeral 3.2.4.

<sup>38</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, Sentencia C-055/2010, párrafo 37.

mejores decisiones para ellos; evitar cambios desfavorables en sus condiciones; equilibrar sus derechos con los de sus familiares y justificar adecuadamente la intervención estatal en las relaciones materno/paterno filiales.<sup>39</sup>

Asimismo, la Corte ha considerado que el principio del ISNNA es de naturaleza real y relacional, pues se establece atendiendo a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad.<sup>40</sup> En línea con lo anterior, para su realización resulta necesario revisar las condiciones jurídicas y fácticas, entendidas en los siguientes términos:

Las primeras constituyen unas pautas normativas dirigidas a materializar el principio pro *infans*: (i) garantía del desarrollo integral del menor, (ii) garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, (iii) protección ante los riesgos prohibidos, (iv) equilibrio con los derechos de los padres, (v) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, y (vi) la necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno materno filiales. || Las segundas constituyen aquellos elementos materiales de las relaciones de cada menor de 18 años con su entorno y que deben valorarse con el objeto de dar prevalencia a sus derechos.<sup>41</sup>

El principio del ISNNA ha sido aplicado en múltiples oportunidades por las altas cortes. Así, por ejemplo, con fundamento en dicho principio, la Corte ordenó en una oportunidad al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) adelantar todas las gestiones necesarias para promover los procesos de investigación de maternidad y paternidad de un menor de edad sobre el cual existían dudas de la paternidad de ambos padres.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia C-324/2021, párrafos 21,22, 23.

<sup>40</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, Sentencia C-683/2015, numeral 7.1 párrafo 12.

<sup>41</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, Sentencia T-287/2018, numeral 3.2.4.

<sup>42</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, Sentencia T-719/2017, numeral 3.3.

La Corte también ha resaltado que en los procesos de adopción debe buscarse el equilibrio entre los derechos de los niños y los padres, pero que, en caso de conflicto entre éstos, debe prevalecer el interés superior del niño. Igualmente, en virtud de este último, los NNA tienen el derecho a no ser separados de sus padres o madres como consecuencia de la discapacidad de éstos, con excepción de aquellos casos en que se evidencie la grave afectación de los derechos de los menores.<sup>43</sup>

En otra oportunidad, la Corte consideró que una compañía de seguros había violentado el principio del ISNNA al suspender el pago de una pensión de sobrevivientes de la cual era beneficiario un menor de edad. Lo anterior, con ocasión de una exigencia administrativa que la compañía de seguros hubiera podido superar por su cuenta<sup>44</sup>.

La jurisprudencia también ha reconocido la aplicación del principio en el caso de los NNA pertenecientes a comunidades indígenas. Así, ha indicado que

Con relación al interés superior del niño indígena, el principio *pro infans* se ha venido reconociendo y tutelando de manera que la prevalencia del interés superior del niño o niña se establezca teniendo en cuenta las especificidades y el enfoque diferencial de los menores de edad que pertenecen a una comunidad indígena. Esta prevalencia especial concilia los derechos de los niños y su interés superior con los principios de identidad étnica y cultural y la pertenencia a una comunidad determinada.<sup>45</sup>

Esta sentencia volverá a ser abordada en el último apartado de este capítulo cuando se traten los derechos del NNA indígena.

---

<sup>43</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Sentencia C-741/2015, numeral 5 párrafo 20.

<sup>44</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Linares Cantillo, Sentencia T-708/2017, numeral 28.

<sup>45</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, Sentencia T-001/2012, numeral 4.3.5.

Finalmente, la Corte ha señalado que, en el ámbito de la obligación alimentaria, el principio del ISNNA tiene como finalidad asegurar el equilibrio entre los derechos de los NNA y sus padres. Sin embargo, en caso de controversia debe prevalecer el interés de los primeros, de tal manera que las autoridades deben adoptar la interpretación más garantista para éstos.<sup>46</sup>

## II. La autonomía progresiva

El principio de la autonomía progresiva se encuentra consagrado en el artículo 5 de la Convención. Este principio implica reconocer que los NNA son sujetos de derechos con capacidad para ejercerlos. Sin embargo, lo anterior dependerá de la evolución de sus facultades, así como de la dirección y orientación de sus padres.<sup>47</sup> Por consiguiente, la autonomía de los NNA para ejercer sus derechos se va expandiendo a medida que crece su madurez mental<sup>48</sup>.

El principio de la autonomía progresiva, el cual se encuentra estrechamente vinculado con el del ISNNA, ha sido objeto de pronunciamientos por la jurisprudencia colombiana. Así, en la sentencia T-675/17, la Corte resaltó que los NNA son sujetos activos en el ejercicio de sus derechos que aunque son objeto de especial protección debido a su vulnerabilidad, tienen derecho a que se garantice su autonomía progresiva, lo que implica el abandono de concepciones basadas en relaciones verticales con los adultos y el Estado, que conllevaba su sometimiento a "un grado casi total de tutela".

De la mano de otros principios y derechos constitucionales como el del interés superior y el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía de

<sup>46</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, Sentencia C-017/2019, numeral 7, párrafo 19.

<sup>47</sup> Iniciativa Spotlight, UNFPA y CLADEM. (2021). Interés superior de la infancia y autonomía progresiva. Guía conceptual para personas que colaboran en la prevención y atención de la violencia sexual contra niñas y adolescentes en América Latina y el Caribe. 2021, pp. 12-13.

<sup>48</sup> Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos" Revista de Derecho (UCUDAL). 2da época. Año 14. N° 18 (dic. 2018). ISSN 1510-3714, p. 119.

los NNA ha sido objeto de protección, con el propósito de que puedan realizar sus proyectos de manera autónoma e independiente, atendiendo los parámetros de vida construidos por ellos.

Ahora bien, la Corte también ha reconocido que la autonomía de los NNA no es absoluta, pues pueden existir excepciones consagradas con una finalidad de protección. Así, la Corte ha indicado:

Se infiere de la misma definición del ‘consentimiento libre e informado’ que la autodeterminación de los niños y adolescentes no es, ni puede considerarse, plena ni absoluta. En efecto, para que el consentimiento de un menor de edad respecto de un asunto particular sea vinculante para la sociedad y el Estado, debe cumplir con ciertas condiciones como la evaluación de las capacidades evolutivas de éstos y el entendimiento pleno de los procedimientos o situaciones a que se enfrentan; es decir, tal figura es condicional, no absoluta ni plena.

En suma, como regla general la jurisprudencia de esta corporación ha reconocido que es constitucionalmente válido imponer ciertos límites a la auto determinación de niños y adolescentes, en razón justamente de su edad y de su proceso de formación.<sup>49</sup>

La Corte ha reconocido la autonomía de los menores de edad, entre otras, en las siguientes decisiones:

#### **a) Sentencia T-474/96**

En esta decisión, se autorizó la realización de una transfusión de sangre a un menor de edad testigo de Jehová que se oponía a dicho procedimiento, a pesar de que lo necesitaba para sobrevivir. Para sustentar esta conclusión, se tuvieron en cuenta las siguientes consideraciones:

---

<sup>49</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Linares Cantillo, Sentencia T-675/2017, numeral 14.2.



1) Un menor adulto tiene, en principio, el derecho a decidir por su propia voluntad la religión que desea profesar. Igualmente, puede exigir a los terceros que acaten y respeten su decisión.<sup>50</sup>

2) Sin embargo, si ésta atenta contra su vida, lo que tendría lugar, por ejemplo, cuando se opone a recibir un tratamiento médico que resulta esencial para su supervivencia, el Estado tiene la obligación de proteger su derecho fundamental a la vida.<sup>51</sup>

Lo anterior, a juicio de la Corte, no permite razonablemente concluir que el menor de edad está en condiciones de tomar decisiones libres y autónomas, fruto de un proceso de reflexión, de tal suerte que se trata de un sujeto vulnerable que requiere de la orientación y participación de sus padres en la toma de decisiones.

De esta suerte, no se busca desconocer la autonomía del menor de edad, sino evitar que, en condiciones extremas de vulnerabilidad, adopte decisiones que atenten contra él mismo. Además, se pretende reivindicar el "derecho-deber" de los padres de guiar y orientar a sus hijos menores, atendiendo "la evolución de sus facultades" y con el propósito de asegurar su bienestar y evitar que atenten contra su vida.

La prevalencia de la voluntad de los padres procede, en todo caso, únicamente en el caso de situaciones extremas, esto es, cuando está en peligro la vida del menor o la decisión interfiere o impide el ejercicio de derechos de terceros o de la colectividad.

### **b) Sentencia C-131/14<sup>52</sup>**

En esta oportunidad, la Corte declaró ajustado a la Constitución el artículo 7 de la Ley 1412 de 2010 que establece que "[e]n ningún caso

<sup>50</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Fabio Morón Díaz, Sentencia T- 474/1996, numeral 4.3, párrafo 2.

<sup>51</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Fabio Morón Díaz, Sentencia T- 474/96, numeral 4.3, párrafo 12.

<sup>52</sup> Colombia. Corte Constitucional. M.P. Mauricio González Cuervo, Sentencia C-131/2014, Numeral 7.2.

se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad".

Para la Corte, la prohibición consagrada en la norma está justificada, pues tiene como propósito permitir que el menor pueda en el futuro tomar esa decisión, una vez cuente con la madurez necesaria para asumir una decisión de tal importancia, al tratarse de un procedimiento irreversible y definitivo.

Ahora bien, como todo derecho, la prohibición establecida en el mencionado artículo 7 no es absoluta, pues en casos que exista un riesgo inminente para la vida del menor como consecuencia de un embarazo y la imposibilidad de evitarlo eficazmente a través de otros medios, será posible la anticoncepción quirúrgica.

Con todo, para que esta proceda, deberá contarse con una autorización judicial, el consentimiento del menor de edad, el cual no podrá ser impuesto por los padres o el representante legal, y el concepto de un grupo médico interdisciplinario que confirme el riesgo de muerte, la imposibilidad de acudir a otro mecanismo anticonceptivo y la comprensión y aceptación informada del menor de edad de someterse al procedimiento.

### **c) Sentencia T-675/17**

En esta decisión, una madre, actuando en nombre de su hija, interpuso una acción de tutela al considerar que la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro y el (ICBF) habían vulnerado, entre otros, sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad.

Lo anterior, debido a que las señaladas entidades emitieron conceptos en los que manifestaron al Notario 41 del Círculo de Bogotá que este último no podía modificar los componentes "sexo" ni "nombre" del registro civil de nacimiento de un menor de edad, pues dicho trámite requería

de la mayoría de edad del interesado. En consecuencia, el notario no realizó el cambio de sexo masculino a femenino que le había sido solicitado.

En el estudio del caso, la Corte encontró que era procedente la solicitud realizada por la tutelante, pues: i) existía la manifestación de voluntad de la menor de edad, la cual se había realizado de manera informada, clara y libre; ii) faltaba menos de un año para que esta última alcanzara la mayoría de edad, iii) existían conceptos médicos que certificaban que se estaba adelantando un proceso de transición de género, y iv) la modificación del registro civil no era definitiva, ya que podía ser revertida luego de 10 años.

La Corte ordenó la modificación del registro civil de la menor de edad. Para ello, hizo primar la autonomía de la voluntad de ésta, a pesar de su minoría de edad, sobre las consideraciones de protección que justificaban que el cambio del componente de "sexo" en los registros civiles requiriera de la mayoría de edad.

#### **d) Derecho a morir dignamente**

En desarrollo del principio ISNNA y de la autonomía progresiva se ha reconocido el derecho a morir dignamente y, en consecuencia, se ha permitido a los NNA solicitar la práctica de la eutanasia<sup>53</sup>. Así, ha señalado la Corte Constitucional:

[...], las etapas generales de un procedimiento para el ejercicio del derecho a la muerte digna son las siguientes:

(i) la manifestación libre del NNA, de sus padres, o de sus representantes legales, de que padece una enfermedad terminal y sufre dolores intensos que lo llevan a querer ejercer el derecho a la muerte digna;"

<sup>53</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia T-544/2017, numeral 56, par. 327 a 332.

(ii) tal manifestación deberá hacerse ante el médico tratante.

(iii) la convocatoria del comité científico interdisciplinario por parte del médico tratante;

(iv) la reiteración de la intención inequívoca de morir. Establecido el cumplimiento de los requisitos, en un plazo no superior a 10 días calendario se le preguntará al paciente si se mantiene en su decisión;

(v) en caso de que la respuesta sea afirmativa, el comité determinará el cumplimiento de los requisitos y programará el procedimiento para el momento que indique el paciente o máximo en el término de 15 días después de reiterada su decisión. En cualquier momento los NNA o sus representantes podrán desistir de su decisión.

(vi) El estudio de las solicitudes en cada etapa deberá considerar la madurez emocional de cada NNA y, cuando sea aplicable, diseñar mecanismos para la manifestación del consentimiento sustituto por los dos padres del menor de edad o quienes tengan su representación legal.

Con posterioridad a esta sentencia, el Ministerio de Salud profirió la Resolución 825 de 2018 con la que Regula el procedimiento eutanásico para niños, niñas y adolescentes. En ella atiende los parámetros fijados por la Corte y hace algunas precisiones operativas acerca del procedimiento.<sup>54</sup>

Ahora bien, es importante señalar que desde la sentencia C-233/2021<sup>55</sup> ya no se requiere que la enfermedad sea terminal, sólo que "el paciente

---

<sup>54</sup> Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 825 de 2018, Por medio de la cual se reglamenta el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad de los Niños, Niñas y Adolescentes. En: Diario Oficial No. 50.530, 9 de marzo de 2018, p. 79.

<sup>55</sup> "La Sala concluyó que, en efecto, la condición de enfermedad en fase terminal desconoce la autonomía del paciente que desea terminar su vida porque se encuentra en condiciones extremas, que le producen un sufrimiento intenso, y que se oponen a su concepto de vida digna. Además, esta

padezca un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de lesión corporal o enfermedad grave e incurable".<sup>56</sup>

### e) Otras manifestaciones de la autonomía progresiva

Otras manifestaciones del desarrollo de este principio se encuentran en:

a) La elección del sexo y la identidad de género de los NNA. La Corte Constitucional, desde 1995, ha proferido varias sentencias tutelando el derecho de los NNA a decidir sobre el sexo que adoptarían a través de procedimientos quirúrgicos y tratamientos hormonales, sin que estas decisiones puedan ser impuestas por los médicos o los padres. En la primera de ellas, puso de presente como los padres no pueden sustituir el consentimiento de su hijo en este tipo de intervenciones por cuanto está de por medio la identidad personal del hijo y fijó tres criterios para determinar el alcance de la voluntad de los padres: 1) La urgencia e importancia del tratamiento médico, 2) lo invasivo que sea el tratamiento y las repercusiones para la vida del NNA y 3) la edad del NNA.<sup>57</sup> Posteriormente, en la SU-337/1999, se protegieron los derechos a la identidad sexual y al libre desarrollo de la personalidad con fundamento en la autonomía que va adquiriendo el niño o la niña a partir no sólo de su desarrollo, sino del apoyo que recibe de su familia y un equipo interdisciplinario. Y es a este equipo al que le corresponde indicar cuando el menor de edad está preparado para tomar esta decisión. Según algunos estudios psicológicos en que se basa la Corte, esta decisión comienza a ser perceptible a partir de los cinco años.<sup>58</sup> Los criterios sentados por estas providencias han sido ratificados posteriormente, la sentencia más

---

condición puede llevar a la persona a padecer un trato inhumano, cruel y degradante porque la somete a soportar un sufrimiento intenso de manera indefinida". Colombia, Corte Constitucional, M.P Diana Fajardo Rivera, Sentencia C-233/2021, numeral 476.

<sup>56</sup> Op.Cit. numeral 481.

<sup>57</sup> "Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía". Colombia, Corte Constitucional, M.P Alejandro Martínez Caballero, Sentencia T-477/1995, numeral 13.

<sup>58</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P Alejandro Martínez Caballero, Sentencia SU-337/1999, numeral 87-90.

reciente es la T-218/2022.<sup>59</sup> Este último caso pone en evidencia que a pesar del reconocimiento constitucional de la autonomía en este contexto, aún hoy algunos profesionales de la salud limitan el ejercicio de este derecho basándose únicamente en la edad.

b) Interrupción voluntaria del embarazo (IVE): desde 2006, a través de la sentencia C-355/2006,<sup>60</sup> la Corte Constitucional ha amparado la autonomía reproductiva de las niñas, niños y adolescentes, al permitir la IVE en caso de ser víctima de un delito sexual, malformación del feto y afectación de la salud de la gestante. A partir de esta providencia, la Corte ha proferido más de 15 sentencias, reconociendo este derecho. La más reciente en sede de tutela es la T-697/2016<sup>61</sup> y en sede constitucional la C-055/2022.<sup>62</sup> En esta última se autorizó la IVE hasta la semana 24 sin necesidad de aducir ninguna causal para acceder al tratamiento.

c) Finalmente, en cuanto a los otros procedimientos médicos invasivos: 1) La Corte se ha pronunciado frente a las cirugías estéticas manteniendo la prohibición hasta los 14 años para desincentivarlas, porque ponen a los NNA en un riesgo de salud innecesario y para eliminar los estereotipos de género. Entre los 14 y los 18 años las permiten con el consentimiento conjunto de los padres y los adolescentes.<sup>63</sup> 2) En materia de transfusiones sanguíneas, la Corte indica que debe analizarse cada caso en particular, el tipo de intervención con "el objetivo de maximizar el ejercicio de su autonomía presente y futura. Por ende, en caso de que el menor de edad no tenga capacidad reflexiva para tomar una decisión

---

<sup>59</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia T-218/2022, numeral 44.

<sup>60</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, Sentencia C-355/2006, resuelve.

<sup>61</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia T-697/2016, numeral 14-16.

<sup>62</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos, Sentencia C-055/2022, Resuelve.

<sup>63</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia C-246/2017, numeral 107.

autónoma, ‘prima la decisión de los padres en ejercicio de su responsabilidad parental’<sup>64</sup>.

Es así como la Corte Constitucional ha profundizado en el reconocimiento de la autonomía de los NNA teniendo como norte que la autonomía no se vincula con la capacidad legal, sino con la comprensión del alcance de la decisión que el NNA va adquiriendo no sólo con el paso del tiempo, sino con la información que recibe de quienes lo rodean.

### **III. El derecho de NNA a ser escuchados y tenidos en cuenta**

La Convención reconoce expresamente en el artículo 12 el derecho de los NNA a ser escuchados y tenidos en cuenta. Este derecho es también considerado un principio general de la mencionada Convención, que permite la realización de otros principios y derechos, como los de interés superior, autonomía progresiva e igualdad y no discriminación, entre otros.

El derecho de los NNA a ser escuchados y tenidos en cuenta permite desarrollar su autonomía; adoptar decisiones más efectivas, relevantes y sostenibles y, por tanto, construir mejores políticas y servicios; fortalecer la rendición de cuentas<sup>65</sup> y mejorar la protección de los derechos al evitar el silencio.<sup>66</sup>

Desde el punto de vista legal, el mencionado derecho se encuentra expresamente reconocido en el artículo 26 de la Ley 1098 de 2006, disposición que establece el derecho de los NNA a ser escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en cualquier actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza.

---

<sup>64</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Cristina Pardo Schelsinger, Sentencia T-083/2021, numeral 127

<sup>65</sup> Al respecto: UNICEF. El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos. Documento de trabajo No. 2., p. 8.

<sup>66</sup> UNICEF. El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos. Documento de trabajo No. 2., pp. 7-8.

Asimismo, la jurisprudencia nacional ha destacado, con fundamento en instrumentos internacionales como la Observación General No. 12, que el mencionado derecho reconoce a los NNA como sujetos de derecho.<sup>67</sup>

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha destacado que el Comité de los Derechos del Niño, atendiendo la referida observación, concluyó que el derecho a ser escuchado impone al Estado la obligación de i) garantizar a los NNA el ejercicio libre del derecho; ii) brindar información y asesoría para que puedan tomar decisiones que favorezcan su ISNNA; iii) interpretar la Convención de los derechos de los niños de conformidad con el derecho, y iv) evaluar la capacidad de los NNA de formarse de manera autónoma su opinión, de tal suerte que no puede partirse de la idea de que el menor de edad es incapaz de expresar sus opiniones.<sup>68</sup>

El derecho de los NNA a ser escuchados y tenidos en cuenta ha sido aplicado en múltiples ocasiones por la jurisprudencia colombiana. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional dejó sin efectos una sentencia judicial sobre restitución internacional de una menor de siete años, pues se evidenció que la posición de esta fue desestimada de plano durante el trámite judicial.<sup>69</sup>

Por su parte, en la sentencia T-443/2018 la Corte advirtió a un cabildo indígena acerca de la importancia de escuchar y tomar en cuenta la opinión de NNA indígenas en asuntos relativos a la determinación de la custodia y cuidado, atendiendo sus costumbres y tradiciones étnicas.<sup>70</sup>

En la sentencia C-246/17, la Corte destacó que la opinión de los NNA debe ser considerada para la realización de intervenciones médicas,

---

<sup>67</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia T-844/2011, numeral 4.11.2.

<sup>68</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia T-276/2012, numeral 2.4.2.

<sup>69</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Carlos Bernal Pulido, Sentencia T-202/2018, numeral 190.

<sup>70</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia T-443/2018, numeral 39.



especialmente si estas impactan su cuerpo o aspectos esenciales de su identidad personal. En concreto,

[...] Así, para sopesar el valor de la opinión del niño y la niña acerca del tratamiento al que se le pretende someter se debe tener en cuenta: (i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para sus intereses; (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura; y (iii) su edad. Estos factores se relacionan entre sí, para determinar un grado mayor o menor de aplicabilidad del consentimiento sustituto.[...] No obstante, los niños, niñas y adolescentes siempre deben ser escuchados y deben poder participar en estas decisiones, [...], pero la decisión final sobre el acceso o no a la intervención sanitaria depende de si se demuestra la capacidad para tomar o participar de la decisión frente a lo cual, en caso de no ser así, prima la decisión de los padres en el ejercicio de su responsabilidad parental.<sup>71</sup>

En la sentencia C-452/2020, la Corte, en atención a lo dispuesto en la Observación General No. 12 del Comité de los Derechos del Niño, destacó que el derecho de los NNA a ser escuchados conlleva una valoración caso a caso. Asimismo, la consideración de sus opiniones debe realizarse "a partir de que puedan ser capaces de formarse un juicio propio".<sup>72</sup>

Igualmente, su testimonio no puede estar sujeto a sanciones por eventuales inconsistencias, o inexactitudes. De esta suerte, los NNA deben poder expresar sus opiniones sin presión y gozar de la facultad de escoger si quieren o no hacer ejercicio de su derecho a ser escuchados. En caso de que así lo deseen, deberán recibir la información y asesoría necesaria para que su decisión favorezca su interés superior. De manera adicional, no pueden estar sujetos a influencias o presiones indebidas, por lo que deben contar con un entorno en el que se sientan respetados y seguros cuando expresen sus opiniones.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia C-246/17, numeral 46.

<sup>72</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia C-452/2020, numeral 5.7.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

A partir de las consideraciones anteriores, la Corte concluyó que no permitir a los niñas y niños menores de siete años rendir testimonio en un proceso disciplinario, ya sea como testigos o víctimas, constituye una infracción a su derecho a ser escuchados en los procedimientos judiciales y administrativos que los afecten.<sup>74</sup>

#### **IV. El derecho a tener una familia y no ser separado de ella**

El artículo 44 de la Constitución y 18 de la Convención contemplan el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella.<sup>75</sup> La Corte ha determinado a través de su jurisprudencia el contenido y alcance de este derecho y en la más reciente sentencia sobre la materia, la T-437 de 2021, además de indicar que es un derecho fundamental, expresó que

[...] Esta garantía parte de un concepto flexible de familia y supone la integración efectiva del niño a un núcleo familiar, de manera que se le brinde amor, cuidado y las condiciones necesarias para que se desarrolle plenamente. De este modo, la regla general propende por la protección de la estabilidad familiar. Sin embargo, la existencia de riesgos ciertos para la vida, la integridad o la salud del menor de edad habilitan la separación del núcleo correspondiente, con el fin de proteger sus derechos prevalentes. [...].<sup>76</sup>

Es decir, que este derecho si bien es fundamental, ha sido consagrado principalmente en favor del NNA y no de los adultos con quienes conviven, por lo que este derecho debe proteger al NNA aun en aquellos casos en que los padres cesan su convivencia por cualquier motivo o causa.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Op.Cit. numeral 5.8.

<sup>75</sup> Es de aclarar que la primera vez que se consagró en un instrumento normativo, fue en el artículo 6 del Código del Menor y, posteriormente, fue reconocido en el artículo 22 del CIA.

<sup>76</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia T-437/2021, numeral 74.

<sup>77</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Mauricio González Cuervo. Sentencia C-239/2014, numeral 3.8.5.1.

Ahora bien, no es un derecho absoluto, sino que se subordina a su principal límite que es el ISNNA. Luego, cuando el entorno familiar es nocivo para el menor de edad, lo que corresponde al Estado, a través de sus autoridades administrativas y judiciales, es aplicar las medidas de restablecimiento de derechos que están previstas en el CIA, que pueden implicar la separación del menor de su familia consanguínea.

En este sentido, la Corte ha tenido que analizar varios casos, en los cuales, tras la aplicación de una medida de las anteriormente mencionadas, se interponen acciones de tutela encaminadas a tratar de dejarlas sin efecto. En ellas la Corte ha indicado de manera uniforme que las decisiones en torno a este derecho deben tomarse en función de ISNNA y del bienestar del menor de edad. Así se puede observar en las sentencias de la Corte Constitucional T-217/1994,<sup>78</sup> T-278/1994,<sup>79</sup> T-049/1999,<sup>80</sup> T-715/1999,<sup>81</sup> T-510/2003,<sup>82</sup> T-292/2004,<sup>83</sup> T-466/2006,<sup>84</sup> T-1042/2010,<sup>85</sup> y T-385/2021.<sup>86</sup>

Debe aclararse que, en relación con las medidas de restablecimiento de derechos, no sólo hay providencias que pretenden dejarlas sin efecto por violar el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, sino que también se ha reconocido que la adopción es un mecanismo a través del cual se puede garantizar este derecho a los NNA en situación de abandono. Como ocurre en las sentencias de la Corte Constitucional

<sup>78</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T-217/1994, numeral 157.

<sup>79</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Hernando Herrera Vergara. Sentencia T-278/1994, párrafos 163 a 165.

<sup>80</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Hernando Herrera Vergara. Sentencia T-049/1999, numeral 2.

<sup>81</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T-715/1999, numeral 3.

<sup>82</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-510/2003, numeral 3.2.1.

<sup>83</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-292/2004, numeral 4.2.

<sup>84</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-466/2006, numeral 4.2.1.

<sup>85</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia T-1042/2010, numeral 6.

<sup>86</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Linares Cantillo. Sentencia T-385/2021, numerales 51 a 53 y 58.

T-587/1998,<sup>87</sup> C-071/2015<sup>88</sup> y C-683/2015.<sup>89</sup> Las sentencias C-071/2015 y C-683/2015 permiten la adopción por parejas del mismo sexo. La primera providencia resalta tanto la importancia que tiene la garantía del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella como mecanismo para permitir la materialización de otros derechos del NNA y cómo la adopción es un mecanismo a través del cual se puede garantizar este derecho especialmente de quienes han sido abandonados. La segunda sentencia resalta que el derecho en estudio no protege exclusivamente a las familias consanguíneas o biológicas, sino que protege otras clases de familia, como las de crianza, las extensas, etc., siempre que en su seno se satisfaga su interés superior.

Este derecho también ha sido alegado en sentencias que buscan la regulación de las visitas, ya sea en favor del padre o madre que no tiene la custodia y de otros integrantes de la familia, especialmente en aquellos casos en los cuales, el padre o madre que no tiene la custodia no puede ejercer las visitas. Esto ocurre en las sentencias de la Corte Constitucional T-523/1992,<sup>90</sup> SU-195/1998,<sup>91</sup> T-900/2006,<sup>92</sup> T-012/2012<sup>93</sup> y T-351/2021.<sup>94</sup> También se presentan casos en el marco de procesos de custodia, como ocurre en el caso resuelto por la sentencia T-557/2011<sup>95</sup> y de privación de la patria potestad, como en la sentencia T-078/2021.<sup>96</sup>

---

<sup>87</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T-587/1998, numerales 9 a 12.

<sup>88</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia C-071/2015, numerales 5 y 6.

<sup>89</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia C-683/2015, numeral 7.2.

<sup>90</sup> Esta es la primera providencia en que la Corte se pronuncia acerca del derecho a tener una familia y no ser separado de ella. Colombia, Corte Constitucional, M.P. Ciro Angarita Barón. Sentencia T-523/1992, numerales 124 a 130.

<sup>91</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, sentencia SU-195/1998, numerales 15 y 16.

<sup>92</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdoba Triviño, sentencia T-900/2006, párrafos 117 a 122.

<sup>93</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, sentencia T-012/2012, numeral 5.

<sup>94</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia T-351/2021, numerales 74 a 80.

<sup>95</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. María Victoria Calle Correa, sentencia T-557/2011, sección 4.1.

<sup>96</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Linares Cantillo, sentencia T-078/2021, párrafos 81 a 83.

La anterior problemática ha sido especialmente relevante en el caso de los abuelos, quienes hasta hace poco no podían iniciar el proceso de regulación de visitas, en virtud del artículo 256 del Código Civil. Pero, recientemente, esta norma fue modificada mediante la Ley 2229 de 2022,<sup>97</sup> con la cual se concede legitimación a los abuelos para solicitar visitas de sus nietos cuando quiera que los padres que no tienen la custodia no puedan hacerlo. Esta decisión debe ser tomada exclusivamente por el juez, quien debe analizar en especial el interés superior del NNA.

También se ha alegado este derecho, en favor de niños, que son separados de facto de su familia por alguno de sus integrantes, por motivaciones como su bienestar económico, como ocurrió en la sentencia T-410/2021.<sup>98</sup>

Y, finalmente, este derecho también ha sido alegado en aquellos casos en que el padre o madre se encuentra en una institución carcelaria y no tiene contacto con su hijo, como se observa en las sentencias T-408/1995,<sup>99</sup> T-599/2006<sup>100</sup> y T-515/2008.<sup>101</sup>

En conclusión, se observa que a lo largo de la evolución del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, la Corte ha delimitado los alcances de este derecho para indicar:

- a) Este derecho no privilegia un tipo de familia determinado, sino que busca que el NNA se encuentre en un entorno en el que se le garanticen los derechos que permitan su desarrollo integral, se encuentre arraigado y goce de cuidado y amor.

---

<sup>97</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 2229 de 2022, Por medio de la cual se crea el régimen especial de visitas entre abuelos y nietos, y se impide al victimario ser titular del derecho de visitas a su víctima y los hermanos de esta. En: Diario Oficial. Año CLVIII, N. 52.082. 1º de julio de 2022. p. 4.

<sup>98</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Diana Fajardo Rivera. Sentencia T-410/2021, sección 8.

<sup>99</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T-408/1995, sección 7.

<sup>100</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Sentencia T-599/2006, sección 3.1.

<sup>101</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia T-515/2008, sección 3.

- b) El principal límite de este derecho es el interés superior del NNA, por lo que las decisiones que tomen las diferentes instituciones del Estado entorno a él deben ser objetivas.

## V. Derechos de NNA indígenas

La Corte a través de su jurisprudencia ha pretendido salvaguardar los derechos del NNA que pertenece a una determinada comunidad indígena, con el propósito de garantizar su identidad étnica, cultural y lingüística. En este sentido, ha proferido, entre otras, las providencias que a continuación se reseñan.

En la sentencia T-030/2000, la Corte se ocupó de un caso de nacimiento de gemelos en una familia perteneciente a la comunidad indígena U'WA. Según el derecho U'WA, estos niños debían ser abandonados por considerar que contaminaban la comunidad. El padre los entrega a un hospital y éste al ICBF, que buscó acercamientos con la comunidad indígena, quien contestó que los padres biológicos se oponían a la adopción. Por lo que su cuidadora interpuso la acción de tutela. La Corte analizó el interés superior de los niños y la práctica de la comunidad, respecto de lo que consideró:

[...] la imposibilidad absoluta de que la tradición, que durante siglos practicó la comunidad de los U'WA con los niños nacidos en partos múltiples, se asuma como legítima [...], lo cual, [...] riñe de plano con el fundamento ético que subyace en el paradigma propio del Estado social de derecho, esto es con el ordenamiento constitucional y legal vigente, y sobre ella, desde luego, se impondría la protección a la vida y a la integridad de los menores.

No obstante, [...] es plenamente compatible con el ordenamiento superior y con la ley, la solicitud que elevaron las autoridades tradicionales U'WA ante el Estado, representado en este caso por el I.C.B.F, en el sentido de que mantuviera transitoriamente a los gemelos bajo su cuidado, [...] tiempo durante el cual ellos realizarían un proceso de reflexión y de consulta interno para tomar

una decisión definitiva, [...que...] podía consistir en encargar el cuidado de los menores a personas o familias que no pertenecieran a la comunidad, manteniendo contacto con ellos, [...], que se autorizara la adopción, o, como se presenta ahora, que exigieran el retorno de los niños a su seno.<sup>102</sup>

En consecuencia, la Corte indicó que los menores de edad podían regresar a la comunidad con acompañamiento de un equipo interdisciplinario que salvaguardara sus derechos, por el término de un año.

La sentencia T-603/2005 fue instaurada por tres adolescentes indígenas pertenecientes al resguardo de Ipiales, por violación a los derechos de los NNA y en particular el derecho al voto, esto porque no pudieron participar en la elección del gobernador del cabildo indígena. La Corte aceptó que aunque según la Constitución los NNA no eran titulares del derecho al voto, los accionantes por los usos y costumbres de su comunidad podían votar e interponer la acción de tutela por la violación de este derecho, la cual fue concedida. Se armonizó la autonomía indígena dando instrucciones a futuro, sin afectar la elección que se demandó.<sup>103</sup>

Posteriormente, en 2012, la Corte se ocupó de un caso en el que se debatió el ISNNA indígena de la comunidad Yuri, en la medida en que los abuelos paternos impedían las visitas por parte de su madre, que también era de la comunidad. La Corte, tras realizar un exhaustivo análisis probatorio, tutela el derecho de la madre y de la hija y ordena la regulación de las visitas, al considerar que

[...] En principio la competencia para resolver los conflictos relacionados con niños indígenas están (sic) en el seno de la comuni-

---

<sup>102</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Fabio Morón Díaz. Sentencia T-030/2000, Sección 4.2, párrafos 152 y 153.

<sup>103</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia T-603/2005, párrafo 122 y resuelve.

dad a la que pertenecen y deben ser resueltos por sus autoridades conforme a sus usos y costumbres. En este ámbito se debe observar el principio *pro infans* que consiste en la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Sin embargo, cuando la jurisdicción indígena o la misma comunidad viola los contenidos esenciales que forman parte de las restricciones de la jurisdicción indígena, se puede tutelar por parte de la jurisdicción nacional los derechos de los niños indígenas, ya que estos conservan sus derechos individuales que no pueden ser negados por la colectividad.<sup>104</sup>

Al año siguiente, 2013, la Corte, a través de la sentencia T-921, indicó que el principio del ISNNA indígena también vincula a las autoridades indígenas. Por los hechos del caso, la Corte también tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de los derechos sexuales y reproductivos del NNA indígenas. Así, la Corte instó a los jueces de tutela a tener en cuenta la diversidad étnica y cultural de NNA y a no tomar las decisiones basado únicamente en las aspiraciones estatales de garantía de los derechos de los NNA.<sup>105</sup>

Después, en 2016, la Corte se pronunció acerca de los derechos a la alimentación, al agua potable y a la salud de los niños Wayúu, con ocasión de la acción de tutela, resaltó los obstáculos que han impedido mejorar la situación<sup>106</sup> de crisis humanitaria y ponderó la autonomía de los pueblos indígenas con el interés superior del NNA para indicar que puede limitarse cuando la comunidad vulnere los derechos de los niños y que el Estado debe ponderar esta afectación según el grado de afectación de los derechos del NNA.<sup>107</sup> Para concluir, que los derechos de los

<sup>104</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia T-001/2012, sección 4.3.23.

<sup>105</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia T-921/2013. Sección 6.6.7.

<sup>106</sup> La Corte indica que las causas son: Falta de coordinación entre los órganos del estado y las autoridades indígenas, falta de información adecuada acerca de la comunidad Wayuu y la corrupción. Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Linares Cantillo, Sentencia T-466/2016, numeral 52.

<sup>107</sup> Op.Cit., numerales 112 y 139.



NNA Wayúu fueron vulnerados y, en consecuencia, los tutela ordenando la adopción de medidas de emergencia y de políticas públicas encaminadas a garantizar los derechos a la vida, salud y alimentación de los NNA.<sup>108</sup>

Para cerrar, se hará alusión a la sentencia SU-092/2021. Esta sentencia de unificación fue dictada por la Corte, dentro del proceso iniciado por una autoridad indígena de la comunidad Jiw, que ha sido desplazada por el conflicto armado dentro del departamento del Meta, debido a que la autoridad indígena alega el derecho de sus NNA, aborda su problemática, declara el estado de cosas inconstitucional y reconoce la violación de múltiples derechos a los NNA, particularmente a la salud, la alimentación, la vivienda digna<sup>109</sup> y declara además que tienen derecho a la etnoeducación, el cual describió en los siguientes términos: "como un derecho fundamental autónomo que se vincula a un modelo educativo con enfoque diferencial encaminado a promover la enseñanza de saberes, tradiciones, lenguas y, de manera integral, la cosmovisión de los pueblos originarios".<sup>110</sup>

Con fundamento en las anteriores sentencias, se observa que la Corte, en lo que tiene que ver con los NNA indígenas, ha proferido decisiones encaminadas a garantizar sus derechos humanos, atendiendo siempre los principios de no discriminación e interés superior, pero pretendiendo siempre el respeto por su diversidad étnica y cultural. Ahora bien, se observa también, como a través de sus providencias ha fijado límites a la autonomía de las comunidades indígenas en la búsqueda de que se dé prevalencia a los derechos de los menores de edad.

---

<sup>108</sup> Posteriormente, en la T-302/2017, la Corte se volvió a ocupar de la vulneración de derechos fundamentales a la alimentación, al agua potable y a la salud de los NNA Wayúu y declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional para que los diferentes órganos estatales, de manera coordinada, diseñaran políticas públicas que permitieran la cobertura universal y sostenibilidad en el tiempo. Colombia, Corte Constitucional, M.P. Aquiles Arrieta Gómez, sentencia T-302/2017, resuelve.

<sup>109</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alberto Rojas Ríos, Sentencia SU-092/2021, Resuelve.

<sup>110</sup> Op.cit., sección 6.2.4.

## **E. Conclusiones**

El presente capítulo abordó el tema de constitucionalización de los derechos de los NNA en Colombia. Este es un proceso que comenzó en 1991, tanto con la ratificación de la Convención, como con la nueva Constitución Política. En esta última no sólo se reconocieron los derechos, sino que se incluyeron mecanismos judiciales para garantizar la protección de los principios y derechos de los NNA. En este sentido, la Corte Constitucional ha sido prolífica en cuanto a las decisiones que han abordado los derechos de los NNA, generando una evolución en su tratamiento, pasando desde su cosificación a ser sujetos activos de sus derechos.

En este sentido, el principio rector que ha servido para orientar esta evolución ha sido el ISN. El cual, se ha ido dotando de contenido tanto como instrumento para definir los derechos, como para limitarlos. En torno a este ISN se han generado múltiples reglas para lograr establecerlo en el caso concreto, como, por ejemplo, que éste debe obedecer a criterios objetivos y no basarse en los prejuicios o estereotipos de los padres, las autoridades administrativas y judiciales.

Lo que ha conducido a que la Corte, como garante de la Constitución y de los derechos humanos, no sólo decida casos particulares o demandas abstractas de normas jurídicas, sino que pretenda la extensión de sus decisiones a otros casos para evitar la vulneración de los derechos de los NNA, tal y como se observó con las declaratorias de estado de cosas inconstitucionales.

Frente al principio de la autonomía progresiva, se observó que, en Colombia, con la Constitución y la entrada en vigencia del CIA, se ha ido materializando que los NNA sean tenidos en cuenta como sujetos activos de derechos, que pueden tomar decisiones acerca de su propia existencia y asumiendo, a partir de información veraz, los alcances y repercusiones de tales decisiones.

En cuanto al derecho a ser escuchados y tenidos en cuenta, se evidenció el tránsito de no poder participar y expresar su voluntad a tener que ser escuchados y que sus decisiones sean respetadas, siempre teniendo como límite el interés superior del NNA.

De manera similar, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella ha evolucionado conforme se ha transformado el concepto de familia, así, se reconoce que va más allá de los vínculos de consanguinidad, como único criterio para establecer qué se entiende por familia. Con todo, si el ISNNA dicta que los menores de edad sean alejados de su familia de origen, las autoridades administrativas y judiciales deben atender tal dictado.

En cuanto a los derechos de los NNA indígenas, la Corte ha intentado armonizar los derechos de autonomía de las comunidades con los derechos de los menores de edad, de manera tal que si bien respeta y reconoce la posibilidad que estas tienen de dictarse sus propias normas, si se violan los derechos de los NNA y se encuentra en peligro su interés superior, serán sus derechos los que prevalecerán.

Finalmente, si bien la Corte Constitucional ha permitido la materialización de múltiples derechos de los NNA, aún existen grandes retos para lograr una protección integral de la infancia, entre los que se destacan: abordar a profundidad el matrimonio de los adolescentes de 14 años en adelante ya sea como un desarrollo o limitación del ISNNA o de su autonomía progresiva,<sup>111</sup> profundizar la delimitación de las competencias de las comunidades indígenas y de las autoridades nacionales en temas como la violencia contra los NNA, lograr que la sociedad se apropie de la jurisprudencia constitucional de manera tal que se respeten los derechos

---

<sup>111</sup> Recientemente, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-056/2022, en la cual se inhibió de fallar acerca de la validez de los matrimonios celebrados por adolescentes de 14 a 18 años, lo que restringe el desarrollo de sus derechos y limita su proyecto de vida futura. Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar, Sentencia C-056/2022, Resuelve.

de los NNA y sus decisiones sin necesidad de acudir a la tutela e incorporar en las providencias judiciales dirigidas a NNA un lenguaje sencillo que les permita comprender el contenido de la decisión que están tomando. Frente a este último reto, se destaca el esfuerzo realizado por la Corte en la sentencia T-262 de 2022,<sup>112</sup> en la cual, se le explicó a un niño el alcance de los derechos que le fueron reconocidos.

## **Bibliografía**

Colombia, Congreso de la República, Acto Legislativo 01 de 2017, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. En: Diario Oficial. Año CLII, n. 50196, 4 abril, 2017, p 1.

Colombia, Congreso de la República. Ley 13 de 1945, por la cual se aprueban unos instrumentos internacionales. En: Diario Oficial. Año LXXXI. N. 25971, 27, octubre, 1945. p. 1. A través de esta Ley, también se aprobó el Estatuto de la Corte Internacional Justicia.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1ª de 1951, por la cual se aprueba la Carta de la Organización de los Estados Americanos, En: Diario Oficial. Año LXXXVIII. N. 27782. 19, diciembre, 1951, p. 1

Colombia, Congreso de la República. Ley 74 de 1968, por la cual se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966. En: Diario Oficial. Año CV. N. 32682. 31, diciembre, 1968, p. 3.

---

<sup>112</sup> Colombia, Corte Constitucional, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, Sentencia T-262/2022, Apartado 6, numerales 121-130.

Colombia, Congreso de la República, Ley 16 de 1972, por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. En: Diario Oficial. Año CIX. N. 33780. 5, febrero, 1973, p. 321.

Colombia, Congreso de la República, Ley 12 de 1991, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. En: Diario Oficial. Año CXXVII. N. 39640. 22 de enero de 1991, p. 1.

Colombia, Congreso de la República, Ley 515 de 1999, por medio de la cual se aprueba el 'Convenio 138 sobre la Edad Mínima de Admisión de Empleo', adoptada por la 58 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, el veintiséis (26) de junio de mil novecientos setenta y tres (1973). En: Diario Oficial. Año CXXXV. N. 43656. 5, agosto, 1999, p. 18

Colombia, Congreso de la República, Ley 704 de 2001, por medio de la cual se aprueba el Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, adoptado por la Octogésima Séptima (87<sup>a</sup>) Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, O.I.T., Ginebra, Suiza, el diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), En: Diario Oficial, Año CXXXVII, N. 44628. 27, noviembre, 2001, p. 16.

Colombia, Congreso de la República, Ley 765 de 2002, por medio de la cual se aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000). En:

Diario Oficial, Año CXXXVIII. N. 44889. 5 de agosto de 2002, p. 14.

Colombia, Congreso de la República, Ley 833 de 2003, por medio de la cual se aprueba el "Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados", adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000). En: Diario Oficial, Año CXXXIX, N. 45248, 14 de julio de 2003, p. 37.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. En: Diario Oficial. Año CXLII. N. 46446. 8 de noviembre de 2006, p. 1.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1861 de 2017, por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización, En: Diario Oficial, Año CLIII No. 50.315, 4 de agosto, 2017, p. 1.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1878 de 2018, por medio de la cual se modifican algunos artículos de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, y se dictan otras disposiciones. En: Diario Oficial, Año CLIII, n. 50471, 9 de enero de 2018, p. 2.

Colombia, Congreso de la República, Ley 2089 de 2021, " por medio de la cual se prohíbe el uso del castigo físico, los tratos crueles, humillantes o degradantes y cualquier tipo de violencia como método de corrección contra niñas, niños y adolescentes y se dictan otras disposiciones.", En: Diario Oficial, Año CLVII, No. 51.674, 14 de mayo de 2021, p. 1.

Colombia, Congreso de la República, Ley 2229 de 2022, por medio de la cual se crea el régimen especial de visitas entre abuelos y nietos,

y se impide al victimario ser titular del derecho de visitas a su víctima y los hermanos de esta. En: Diario Oficial. Año CLVIII, N. 52.082. 1º de julio de 2022, p. 4.

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Ciro Angarita Barón Sentencia T-523/1992

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T-217/1994

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Hernando Herrera Vergara. Sentencia T-278/1994

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia T-408/1995

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Sentencia T-477/1995

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Fabio Morón Díaz, Sentencia T- 474/1996

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, sentencia SU-195/1998

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T-587/1998

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Hernando Herrera Vergara. Sentencia T-049/1999

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Sentencia SU-337/1999

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero.  
Sentencia T-715/1999

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero,  
sentencia C-582/1999

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Fabio Morón Díaz, Sentencia  
T-030/2000

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jaime Araujo Rentería, Sentencia  
C-318/2003

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.  
Sentencia T-510/2003

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-172/2004

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.  
Sentencia T-292/2004

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Sentencia  
T-603/2005

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto,  
Sentencia C-342/2006

Colombia, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jaime Araújo Rentería  
y Clara Inés Vargas Hernández Sentencia C-355/2006

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.  
Sentencia T-466/2006

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Álvaro Tafur Galvis, Sentencia  
T-599/2006



Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdoba Triviño, sentencia T-900/2006

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Sentencia T-515/2008

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia C-684/2009

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, Sentencia C-055/2010

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia T-1042/2010

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, Sentencia C-122/2011

Colombia, Corte Constitucional, M.P. María Victoria Calle Correa, sentencia T-557/2011

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia T-844/2011

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, Sentencia T-001/2012

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, sentencia T-012/2012

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia T-276/2012

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia T-921/2013

Colombia. Corte Constitucional. M.P. Mauricio González Cuervo, Sentencia C-131/2014

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Mauricio González Cuervo. Sentencia C-239/2014

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia C-071/2015

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, Sentencia C-683/2015

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Sentencia C-741/2015

Colombia, Corte Constitucional, Gloria Stella Ortiz Delgado, sentencia C-035/2016

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia T-697/2016

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Linares Cantillo, Sentencia T-466/2016

Colombia, Corte Constitucional, M.P. María Victoria Calle Correa, C-113/2017

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia C-246/17

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Aquiles Arrieta Gómez, Sentencia T-302/2017

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia T-544/2017

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez,  
Sentencia C-674/2017

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Linares Cantillo, Sentencia  
T-675/2017

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Linares Cantillo, Sentencia  
T-708/2017

Colombia, Corte Constitucional, M.P. José Fernando Reyes Cuartas,  
Sentencia T-719/2017

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, Sentencia  
SU-095/2018

Colombia, Corte Constitucional de Colombia, M.P: Cristina Pardo  
Schlesinger, Sentencia C-149/2018

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Carlos Bernal Pulido, Sentencia  
T-202/2018

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, Sentencia  
T-287/2018

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub,  
Sentencia T-443/2018

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo,  
Sentencia C-017/2019

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Diana Fajardo Rivera, sentencia  
SU-146/2020

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia C-452/2020

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Linares Cantillo, sentencia T-078/2021

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alberto Rojas Ríos, Sentencia SU-092/2021

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Diana Fajardo Rivera, Sentencia C-233/2021

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia C-324/2021

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. sentencia T-351/2021

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Linares Cantillo. Sentencia T-385/2021

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Diana Fajardo Rivera Sentencia T-410/2021

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia T-437/2021

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos, Sentencia C-055/2022, Resuelve.

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar, Sentencia C-056/2022

Colombia, Corte Constitucional, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, Sentencia T-262/2022

Colombia, Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia T-218/2022.

Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 825 de 2018, Por medio de la cual se reglamenta el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad de los Niños, Niñas y Adolescentes. En: Diario Oficial No. 50.530, 9 de marzo de 2018, p. 79.

Colombia, Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-. Encuesta Nacional de Calidad de Vida (ECV), 2021. Boletín Técnico. Disponible en: [http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones\\_vida/calidad\\_vida/2021/Boletin\\_Tecnico\\_ECV\\_2021.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/calidad_vida/2021/Boletin_Tecnico_ECV_2021.pdf)

Colombia, Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-. Nota estadística. Nacimientos en niñas y adolescentes en Colombia, 2022, p. 13. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/notas-estadisticas/ene-2022-nota-estadistica-embarazo.pdf>

Colombia, Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-. Pobreza y Desigualdad. En: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/pobreza-moneteria>

Durán Smela, Diana y Malagón Pinzón, Miguel, "La fuerza del Estado: funciones, estructura y elección de la Rama Ejecutiva", en Alviar García, Helena, Lemaitre Ripoll, Julieta y Perafán Liévano, Betsy (coords.), *Constitución y democracia en movimiento*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016.

Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos", *Revista de Derecho (UCUDAL)*, 2a época, año 14, núm. 18, 2018.

Guío Camargo, Rosa Elizabeth, "La voz del niño en la familia: reflexiones sobre la in-fans y la titularidad activa de derechos", en Cardozo Roa, Clara Carolina; Martínez Muñoz, Karol Ximena y Ternera Barrios, Francisco, *Retos del derecho de familia contemporáneo*. Bogotá, Universidad del Rosario, 2022.

Guío Camargo, Rosa Elizabeth. "La protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes", en Cardozo Roa, Clara Carolina y Daza Coronado, Sandra Milena (eds.), *Sujetos de protección en el derecho privado*, pp. 33-62, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2020.

Organización de las Naciones Unidas. Declaración de los Derechos del Niño. Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959.

Quinche Ramírez, Manuel F., *Derecho Constitucional colombiano*, 6ª ed., Editorial Temis S. A., 2015.

Spotlight, UNFPA y CLADEM, Interés superior de la infancia y autonomía progresiva. Guía conceptual para personas que colaboran en la prevención y atención de la violencia sexual contra niñas y adolescentes en América Latina y el Caribe, 2021.

UNICEF, El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos, Documento de trabajo No. 2.

Younes Moreno, Diego, *Derecho Constitucional Colombiano*, 14 ed., Legis Editores S.A., 2016.

# **Ecuador**

---

Farith Simon Campaña\*

\* Profesor a tiempo completo del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.



SUMARIO: A. Contexto nacional; B. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno; C. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes; D. Jurisprudencia relevante; I. Interés superior de la niña, el niño o el adolescente; II. Autonomía progresiva; III. Derecho a ser oído y tomado en cuenta; IV. Derecho a la vida familiar y derechos/responsabilidades parentales; V. Derecho a la igualdad y la no discriminación; VI. Derecho a la salud; VII. Derecho a la vida; VIII. Derechos sexuales y reproductivos de adolescentes; IX. Movilidad humana; X. Inscripción del nacimiento, personalidad jurídica e identidad; XI. Justicia restitutiva o restaurativa; E. Conclusiones.

## **A. Contexto nacional**

La República del Ecuador es un "Estado constitucional, de derechos y de justicia", social democrático, unitario, independiente, intercultural, plurinacional, laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.<sup>1</sup> El poder se organiza por medio de cinco funciones: legislativa, con una sola cámara (Asamblea Nacional)<sup>2</sup>; ejecutiva, que se ejerce por medio del presidente de la república quien es el jefe del Estado y de gobierno y responsable de la administración pública,<sup>3</sup> judicial y justicia indígena,<sup>4</sup> transparencia y control social,<sup>5</sup> y electoral.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Constitución de la República, artículo 1.

<sup>2</sup> *Ibidem*, artículo 118.

<sup>3</sup> *Ibidem*, artículo 141.

<sup>4</sup> *Ibidem*, artículo 167 y ss.

<sup>5</sup> *Ibidem*, artículo 204 y ss.

<sup>6</sup> *Ibidem*, artículo 267 y ss.

Ecuador es considerado un país de ingreso mediano-alto (USD 23.151 billones en 2020),<sup>7</sup> con una población 17908,813 personas en 2022;<sup>8</sup> 51% son mujeres y 49%, hombres. Los 6268,084 niños, niñas y adolescentes representan 35% de la población, de éstos, 28% son menores de 4 años; 33% tienen de 5 a 11 años, y 39%, de 12 a 17 años; 64% vive en el área urbana y 36%, en la zona rural. A diciembre de 2021 la tasa de pobreza multidimensional alcanzó 39.2%, en tanto que la pobreza por ingresos es de 32.36% y la extrema pobreza, 14.89%; 23.01% de menores de 5 años tiene desnutrición crónica. La tasa de asistencia a educación general básica es 95.31%, en tanto que la asistencia al bachillerato es de 71.33%.<sup>9</sup> De las personas en edad económicamente activa, 33.1% tiene un empleo adecuado. El desempleo, a enero de 2022, llegó a 5.4 por ciento<sup>10</sup>. De acuerdo con el último Censo de Población y Vivienda, de 2010, 7%<sup>11</sup> de la población se identificaba como indígena,<sup>12</sup> es decir, a este año serían 1253,616 personas, los niños, niñas y adolescentes representan 44% del total de esa población.<sup>13</sup> Hasta agosto de 2021, 428,897 venezolanos estaban en Ecuador, de éstos, 18.6% corresponde a personas menores, de 0 a 17 años.

## **B. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno**

De acuerdo con el artículo 419 de la Constitución de la República, le corresponde a la Asamblea Nacional aprobar los tratados internacionales que se refieran a los derechos y garantías establecidos en la Constitución,<sup>14</sup> para esto se requiere un "dictamen previo y vinculante de

<sup>7</sup> <https://datos.bancomundial.org/?locations=EC-XT>

<sup>8</sup> <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/estadisticas/>

<sup>9</sup> <http://indicadores.igualdad.gob.ec/DatosIndicadores-60-10-151>

<sup>10</sup> <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/estadisticas/>

<sup>11</sup> De acuerdo con las organizaciones indígenas el número está subestimado, se afirma que sería entre 35 y 45%, <http://conaie.nativeweb.org/folleto.html>.

<sup>12</sup> <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/censo-de-poblacion-y-vivienda/>

<sup>13</sup> Unicef, Panorama de la situación de la niñez y adolescencia indígena en América Latina el derecho a la educación y a la protección, Panamá, 2014.

<sup>14</sup> CRE, art. 120.8, art. 419.4.7.

constitucionalidad" de la CCE.<sup>15</sup> Este trámite se estableció con la finalidad de "velar porque los instrumentos internacionales de carácter vinculante para el Estado ecuatoriano se apeguen a la Norma Suprema", debido a que "todo convenio o acuerdo internacional que pretenda integrarse al ordenamiento jurídico y al bloque de constitucionalidad, debe someterse al control de constitucionalidad, de forma previa a su ratificación o adhesión".<sup>16</sup> El presidente de la república en su calidad de jefe de Estado sólo puede ratificar los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 419 de la Constitución, entre ellos los de derechos humanos, previa aprobación de la Asamblea Nacional que lo hace en su calidad de "representante de la voluntad popular".<sup>17</sup>

La Constitución de la República de 2008<sup>18</sup> (CRE) define al Estado ecuatoriano como "constitucional de derechos y de justicia".<sup>19</sup> La Constitución es la "norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico".<sup>20</sup> Los "tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público";<sup>21</sup> la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) es el máximo órgano de control e interpretación de la Constitución.<sup>22</sup> Las normas más favorables a los derechos humanos, contenidas en los instrumentos internacionales, son de aplicación directa,<sup>23</sup> esto da paso a que exista un control de constitucionalidad y convencionalidad.<sup>24</sup>

<sup>15</sup> CRE, art. 428.1.

<sup>16</sup> Corte Constitucional del Ecuador, dictamen No. 021-17-DTI-CC de 14 de noviembre de 2017, p. 19.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>18</sup> Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>19</sup> *Ibidem*, art. 1.

<sup>20</sup> *Ibidem*, art. 424.

<sup>21</sup> *Idem*.

<sup>22</sup> CRE, art. 429, art. 436 y 438.

<sup>23</sup> CRE, art. 11.3 y art. 426.

<sup>24</sup> "El control de convencionalidad se complementa al control de constitucionalidad. Toda autoridad pública, en el ámbito de sus competencias, debe observar tanto la Constitución como la jurisprudencia de la CCE, como la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, y cuando corresponda, según la convención, la doctrina desarrollada por los mecanismos de protección internacional de derechos humanos. Lo que no dicen las normas o interpretaciones nacionales, se complementa con las normas y las interpretaciones de órganos internacionales de derechos humanos". Corte Constitucional sentencia 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019, caso No. 11-18-CN, párr. 275. En el mismo sentido: sentencia No. 232-15-JP/21 de 28 de julio de 2021, caso No. 232-15-JP, párr. 119.

Las normas de los instrumentos internacionales y las interpretaciones de éstas que hacen los órganos de seguimiento de esos instrumentos, así como la CCE, forman parte del llamado "bloque de constitucionalidad".<sup>25</sup> La Corte Constitucional es quien determina la "favorabilidad" de una norma de derechos humanos contenida en un instrumento internacional, al declarar esta "favorabilidad" se incorpora al "bloque de constitucionalidad" aplicándose de manera directa en el ámbito de la Constitución, pero prefiriéndose la considerada más favorable a los derechos.

Ecuador ratificó<sup>26</sup> la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en 1990,<sup>27</sup> así como sus tres protocolos facultativos:<sup>28</sup> el Relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados en 2003;<sup>29</sup> el Relativo a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y Utilización de los Niños en la Pornografía en 2003,<sup>30</sup> y el Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones en 2018.<sup>31</sup> Éstos son parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial. El Estado ecuatoriano

---

<sup>25</sup> El "bloque de constitucionalidad (es) el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, o sea en el texto preparado por la Asamblea Constituyente y aprobado por el pueblo en el referéndum, forman parte de ésta porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel y, por lo que se relaciona con los derechos humanos, las listas que contengan esas normas hay que sumar a la lista constitucionalidad (Arts. 11.3 y 84) y, en caso de conflicto, se ha de aplicar la que de mejor manera y más efectivamente garantice la dignidad de la persona o de la colectividad (Arts. 11.5 y 417)". Corte Constitucional, sentencia No. 001-10-SIN-CC de 18 de marzo del 2010, casos acumulados 0008-09 IN y 0011-09-IN. Ver también, entre otras, sentencias No. 004-14-SCN-CC, No. 374-17-SEP-CC, No. 001-18-SCN-CC, No. 11-18-CN/19, No. 232-15-JP/21.

<sup>26</sup> De acuerdo a la Constitución vigente en 1990 el Congreso Nacional tenía competencia exclusiva para "Aprobar o desaprobar los tratados públicos y demás convenciones internacionales", art. 59.h.

<sup>27</sup> Resolución legislativa de 7 de febrero de 1990, publicada en Registro Oficial No. 378 de 15 de febrero de 1990. Se depositó la ratificación el 23 de marzo de 1990.

<sup>28</sup> De acuerdo a la Constitución vigente en el 2003, año de ratificación de los primeros dos protocolos, la ratificación de los tratados y convenios internacionales que se refieran a "los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos" le correspondían al Congreso Nacional". Art. 130.7 y art. 161.4.

<sup>29</sup> Decreto No. 1226 de 23 de diciembre de 2003, publicado en Registro Oficial No. 246 de 7 de enero de 2004.

<sup>30</sup> Decreto No. 1234 de 23 de diciembre de 2003, publicado en Registro Oficial No. 247 de 8 de enero de 2004.

<sup>31</sup> Resolución s/n de la Asamblea Nacional de 31 de mayo de 2018, publicada en Registro Oficial No. 332 de 21 de septiembre de 2018.

al depositar el instrumento de ratificación de la CDN realizó la siguiente declaración, pero no realizó una reserva

Al firmar la Convención sobre los Derechos del Niño, el Ecuador reafirma... [que está] especialmente satisfecho con el noveno párrafo del preámbulo del proyecto de Convención, que señalaba la necesidad de proteger al niño por nacer, y consideraba que ese párrafo debía tenerse en cuenta para interpretar todos los artículos de la Convención, en particular el artículo 24. Aunque la edad mínima fijada en el artículo 38 es, en su opinión, demasiado baja, [el Gobierno de Ecuador] no desea poner en peligro las posibilidades de que la Convención se apruebe por consenso y, por lo tanto, no propondrá ninguna enmienda al texto.<sup>32</sup>

### **C. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes**

La CDN ha tenido un impacto relevante en la transformación normativa ecuatoriana, desde su ratificación se ha producido una serie de reformas claramente derivadas del instrumento. En el ámbito constitucional esto se reflejó en la reforma constitucional de 1996, resultado de una propuesta hecha por un grupo de organizaciones no gubernamentales que en noviembre de 1994 en el marco del quinto aniversario de la aprobación de la CDN, propuso introducir en el texto constitucional un norma específica sobre derechos de infancia y adolescencia.<sup>33</sup> Con base en esta iniciativa se reconoció el derecho a ser consultados y la prevalencia de sus derechos.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> <https://indicators.ohchr.org/>

<sup>33</sup> Sánchez, Fernando, Martínez, Manuel, Cordero, Berenice y Simon, Farith, "Comentario al proceso de reforma legislativa en Ecuador", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary, (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Bogotá, Temis/Depalma, 1998, p. 483.

<sup>34</sup> "Art. 36.- Los menores tienen derecho a la protección de sus progenitores, de la sociedad y del Estado para asegurar su vida, integridad física y psíquica, su salud, su educación, su identidad, nombre y nacionalidad. Serán consultados de acuerdo con la Ley, protegidos especialmente del abandono, violencia física o moral y explotación laboral. Sus derechos prevalecerán sobre los derechos de los demás".

En 1998 la Asamblea Constituyente aceptó la propuesta del movimiento ecuatoriano por los derechos de la niñez de incorporar varias normas referidas a los derechos de infancia y adolescencia que se consideró una suerte de *constitucionalización* de la CDN.<sup>35</sup> La Constitución de 1998, resultante de este proceso, sentó las bases para la transformación radical de la normativa y la institucionalidad vinculada a la infancia y adolescencia al establecer: que niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos humanos, además de los específicos de sus edad; reconoció su calidad de sujetos de derechos; su derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten, ciudadanía universal, prioridad absoluta, interés superior, justicia especializada dependiente de la función judicial; corresponsabilidad Estado, familia y sociedad, creación de un sistema descentralizado de protección integral encargado de la definición de las políticas públicas.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Martínez, Manuel, "Las reformas constitucionales. De menor a ciudadano", en *La Nueva Constitución. Escenarios, Actores y Derechos*, Centro de Investigaciones Ciudad, Quito, 1998, p. 121 y ss.

<sup>36</sup> "Artículo 48.- Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás.

Art. 49.- Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas, de conformidad con la ley.

Art. 50.- El Estado adoptará las medidas que aseguren a los niños y adolescentes las siguientes garantías:

1. Atención prioritaria para los menores de seis años que garantice nutrición, salud, educación y cuidado diario.
2. Protección especial en el trabajo, y contra la explotación económica en condiciones laborales peligrosas, que perjudiquen su educación o sean nocivas para su salud o su desarrollo personal.
3. Atención preferente para su plena integración social, a los que tengan discapacidad.
4. Protección contra el tráfico de menores, pornografía, prostitución, explotación sexual, uso de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y consumo de bebidas alcohólicas.
5. Prevención y atención contra el maltrato, negligencia, discriminación y violencia.
6. Atención prioritaria en casos de desastres y conflictos armados.
7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes nocivos que se difundan a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, la discriminación racial o de género, o la adopción de falsos valores.

Art. 51.- Los menores de dieciocho años estarán sujetos a la legislación de menores y a una administración de justicia especializada en la Función Judicial. Los niños y adolescentes tendrán derecho a que se respeten sus garantías constitucionales".

En 2008, en el marco de una nueva Asamblea Constituyente, se mantuvo de forma básica en el texto constitucional previo.<sup>37</sup> En la CRE<sup>38</sup> se introdujo una definición de "desarrollo integral" y se eliminó la especificidad del sistema de protección integral de los derechos de niñez y adolescencia, esto pese la referencia expresa al sistema nacional descentralizado de protección de infancia y adolescencia.<sup>39</sup> Se amplió de forma notable el catálogo de derechos y garantías; se introdujo un sistema concentrado de control constitucional, a cargo de la Corte Constitucional.<sup>40</sup>

En el artículo 44 se establece el principio de corresponsabilidad en la garantía de los derechos de la infancia y adolescencia, el desarrollo integral (que lo define constitucionalmente en el segundo párrafo), el interés superior y la prevalencia de los derechos:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades

<sup>37</sup> Véase, Simon, Farith, "Garantías de los derechos de la infancia y adolescencia (de las legislaciones integrales al 'Estado Constitucional de Derechos'. Algunas notas sobre los mecanismos de aplicación", en Ávila Santamaría, Ramiro y Corredores, María Belén (eds.), *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia una consolidación de la doctrina de la protección integral*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, serie Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 441-484.

<sup>38</sup> Publicada en Registro Oficial No. 442 de 20 de octubre del 2008.

<sup>39</sup> "Art. 52.- El Estado organizará un sistema nacional descentralizado de protección integral para la niñez y la adolescencia, encargado de asegurar el ejercicio y garantía de sus derechos. Su órgano rector de carácter nacional se integrará paritariamente entre Estado y sociedad civil y será competente para la definición de políticas. Formarán parte de este sistema las entidades públicas y privadas. Los gobiernos seccionales formularán políticas locales y destinarán recursos preferentes para servicios y programas orientados a niños y adolescentes".

<sup>40</sup> "Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.

Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte".

y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

En el artículo 45 se reitera la titularidad de todos los derechos, además de los específicos de su edad, estableciéndose un listado de derechos especialmente reconocidos:

Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.

En el artículo 46<sup>41</sup> se establecen una serie de medidas específicas como la atención a menores de 6 años; la protección contra toda forma de explotación, abuso, maltrato o negligencia, fijando una edad mínima de trabajo

---

<sup>41</sup> "Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.



a los 15 años; la atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias; la protección y cuidado en caso de privación de la libertad de los progenitores, por enfermedades crónicas o degenerativas.

La CRE tiene otros 12 artículos con referencias específicas a derechos de niños, niñas y adolescentes o a políticas públicas destinadas a ellos.<sup>42</sup>

La CCE reconoce que la CDN introdujo un cambio de paradigma en el desarrollo de los derechos de niñas, niños y adolescentes, que implicó pasar de una "doctrina de protección irregular, que concebía a las y los niños como objetos de protección del Estado, la sociedad y la familia, a una doctrina de la protección integral que reconoce a las y los niños como sujetos de derechos y al mismo tiempo reconoce la necesidad de una protección especial y prioritaria por parte del Estado"<sup>43</sup>. A la doctrina de la protección integral la define como:

---

2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.

3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad.

4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.

5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.

6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.

7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.

8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad.

9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas".

<sup>42</sup> Artículos 35, 42, 51.6.7, 57.10, 66.3.b, 77.13, 81, 175, 186, 341, 347.5, 380.4

<sup>43</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencias: No. 9-17-CN/19 de 9 de julio de 2019, párr. 43; No. 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párrs. 165-166; No. 2691-18-EP/21 de 3 de marzo de 2021, párr. 32; No. 2185-19-JP/21 de 1 de diciembre de 2021, párr. 93.

el conjunto de normas e instrumentos jurídicos y doctrinas elaboradas por los órganos de protección de derechos humanos, que tienen como finalidad desarrollar el contenido y el alcance de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.<sup>44</sup> Entre los instrumentos que conforman la doctrina de la protección integral se encuentran la Convención sobre los Derechos del Niño, las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de los niños, la Declaración sobre los Derechos de los Niños, entre otros.<sup>45</sup>

Toda la legislación ecuatoriana referida a niñez y adolescencia ha sido aprobada para dar cumplimiento a la CDN, el instrumento normativo más importante es el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de 2003. Este cuerpo normativo regula la protección y garantía de derechos, establece las reglas generales del sistema de protección, con las limitaciones introducidas en la Constitución de 2008 y el sistema de responsabilidad penal de adolescentes infractores.<sup>46</sup>

## **D. Jurisprudencia relevante**

En los últimos años las altas cortes ecuatorianas han usado la CDN y las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño (CRC) para sustentar sus decisiones. En particular, la CCE ha generado cambios sustanciales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir de la aplicación de la CDN. En menor medida lo ha hecho la Corte Nacional de Justicia, órgano máximo del sistema de justicia ordinario,<sup>47</sup> quien tiene a cargo un control de legalidad, que lo ejerce mediante el recurso de

---

<sup>44</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 9-17-CN/19 de 9 de julio de 2019, párr. 43.

<sup>45</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 207-11-JH/20 de 22 de julio de 2020, párr. 54.

<sup>46</sup> Publicado en el Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003

<sup>47</sup> La Corte Nacional de Justicia es el órgano máximo de la justicia ordinaria (art. 178 CRE); tiene su sede en la ciudad de Quito y ejerce jurisdicción nacional, tiene 21 jueces y juezas (art. 182 CRE); sus funciones principales son conocer los recursos de casación y revisión, además de desarrollar un sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración (art. 184 CRE).

Casación.<sup>48</sup> La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esa materia.<sup>49</sup>

La presente selección pone énfasis en las decisiones judiciales en que la CDN se utilizó como sustento directo, teniendo algún nivel de desarrollo analítico, lo que implica excluir los casos en que los jueces se han limitado únicamente a reproducir las disposiciones. Se analizarán algunos temas de forma específica: interés superior de la niña, el niño o el adolescente; autonomía progresiva; derecho a ser oído y tomado en cuenta; derecho a la vida familiar y derechos/responsabilidades parentales; derecho a la igualdad y la no discriminación; derecho a la salud; derechos sexuales y reproductivos de adolescentes y; movilidad humana;

Todas las decisiones que a continuación se revisan desarrollan derechos contenidos en la CDN y en la CRE, excepto el derecho al cuidado, que se introdujo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir de una decisión, como se revisará más adelante.

## **I. Interés Superior de la niña, el niño o el adolescente**

La Corte Constitucional en los últimos años ha usado de forma reiterada la CDN y en particular la Observación general núm. 14<sup>50</sup> del CRC, modificando una tendencia por la cual se limitaba exclusivamente a citar el texto de las normas del instrumento. Desde 2008 es posible identificar más de 100 sentencias que mencionan el principio del interés superior, en 70 de ellas citan los textos normativos sin más;<sup>51</sup> a partir de 2012<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Artículos 182 y 184 de la Constitución de la República.

<sup>49</sup> La Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia (art. 429 CRE), la Corte Nacional de Justicia es el órgano máximo de la justicia ordinaria (artículos 182 y 184 CRE).

<sup>50</sup> 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, párr. 1), 29 de mayo de 2013.

<sup>51</sup> <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/BuscadorRelatoria.aspx?opcion=relatoria>

<sup>52</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 067-12-SEP-CC de 23 de marzo de 2012.

cambia esta tendencia, convirtiendo el análisis del alcance e implicaciones del interés superior del niño (ISN) en central en—casi— la totalidad de las decisiones que la Corte ha tomado con relación a los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La Corte Constitucional considera que el ISN es un principio rector,<sup>53</sup> cardinal,<sup>54</sup> regulador de la normativa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes;<sup>55</sup> recoge el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)<sup>56</sup> y afirma que el ISN tiene "fundamento en la dignidad humana, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar su desarrollo", que al estar orientado a la satisfacción del ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.<sup>57</sup>

De acuerdo con la Observación general núm. 14 del CRC considera que "...debe entenderse como un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y como una norma de procedimiento".<sup>58</sup>

La CCE dice que el contenido del ISN debe ser determinado caso por caso,<sup>59</sup> estimando las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en la niña o niño interesado;<sup>60</sup> lo que exige que cuando se van a tomar medidas que puedan afectar derechos, se aplique el principio de proporcionalidad y que se pondere,<sup>61</sup> lo que supone: "[...] la actividad

<sup>53</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 048-13-SEP-CC de 4 de septiembre de 2013, p. 16.

<sup>54</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 064-15-SEP-CC de 11 de marzo de 2015, p. 20.

<sup>55</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 207-11-JH/20 de 22 de julio de 2020, párr. 73.

<sup>56</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.

<sup>57</sup> Sentencia No. 207-11-JH/20, párr. 73. En el mismo sentido, entre otras, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2158-17-EP/21 de 18 de agosto de 2021, párr. 36.

<sup>58</sup> Sentencia 525-14-EP/20, párr. 56 y Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 34.

<sup>59</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 42-21-CN/22 de 27 de enero de 2022, párr. 62.

<sup>60</sup> Sentencia 525-14-EP/20, párr. 56.

<sup>61</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párr. 150.

de valorar y sopesar todos los elementos pertinentes para tomar una decisión en una determinada situación para la o el adolescente".<sup>62</sup> Al "ponderar los distintos elementos que sirven para evaluar y determinar el interés superior del niño en cada caso, [...] deberá[n] tener en cuenta su fin último, esto es, garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos de las niñas, niños y adolescentes",<sup>63</sup> que incluye "necesariamente escuchar al niño o niña".<sup>64</sup>

Para la CCE el ISN es "una condición necesaria para determinar la constitucionalidad de una decisión que afecte sus derechos, sea ésta adoptada por un familiar, autoridad, o cualquier persona"<sup>65</sup> y que se deriva de este la "prevalencia de sus derechos, sobre los derechos de los demás".<sup>66</sup>

A partir de enero de 2020<sup>67</sup> utiliza de forma reiterada la Observación General No. 14 del CRC,<sup>68</sup> incorporando los lineamientos de la observación para la evaluación y determinación del IS en una diversidad de temas, entre otros, restitución internacional,<sup>69</sup> nulidad de instrumento público por falta de citación a curador,<sup>70</sup> adolescentes infractores (en conflicto con la ley penal) y la justicia restaurativa,<sup>71</sup> *habeas corpus* preventivo en acogimiento institucional,<sup>72</sup> movilidad humana,<sup>73</sup> tenencia

<sup>62</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 13-18-CN/21 de 15 de diciembre de 2021, párr. 70.

<sup>63</sup> *Ibidem*, párr. 71.

<sup>64</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 2691-18-EP DE 10 de marzo de 2021, párr. 31.

<sup>65</sup> Sentencia No. 048-13-SEP-CC de 4 de septiembre de 2013 y Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 022-14-SEP-CC de 29 de enero de 2014, pág. 20.

<sup>66</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 356-16-SEP-CC de 9 de noviembre de 2016, p. 17.

<sup>67</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 525-14-EP/20 de 8 de enero de 2020, párr. 56. En la sentencia 012-17-SIN-CC de 10 de mayo de 2017, la Corte hace una referencia a la Observación General No. 14, pero no la usa para resolver el caso.

<sup>68</sup> 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 , párr. 1), 29 de mayo de 2013.

<sup>69</sup> Sentencia No. 525-14-EP/20, párrafos 53 a 58 y Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1484-14-EP/20 de 15 de julio de 2020.

<sup>70</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1880-14-EP/20 de 11 de marzo de 2020, párrs. 38 a 40.

<sup>71</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 207-11-JH/20 de 22 de julio de 2020, párrs. 54 y 55.

<sup>72</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 202-19-JH de 24 de febrero de 2021.

<sup>73</sup> Corte Constitucional del Ecuador: sentencias No. 983-18-JP/21 de 25 de agosto de 2021, párrs. 51 y siguientes; y, No 2120-19-JP/21 de 20 de septiembre de 2021, párrs. 77 a 105 y 123 a 125.

(custodia),<sup>74</sup> retención indebida,<sup>75</sup> régimen de visitas,<sup>76</sup> inscripción del nacimiento,<sup>77</sup> consentimiento sexual de los adolescentes,<sup>78</sup> derecho a la salud.<sup>79</sup>

## II. Autonomía progresiva

La jurisprudencia de la CCE ha hecho énfasis en la importancia de la evolución de las facultades y la autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.<sup>80</sup>

La CCE establece que no reconocer la autonomía progresiva sería negarles a los NNA su condición de sujetos de derechos.<sup>81</sup>

Sostiene que

A lo largo de su vida, la persona pasa de un estado de dependencia total a uno de autonomía completa, que se alcanza al llegar a la edad adulta. La autonomía no se trata de una condición que se da repentinamente, sino obedece a un proceso paulatino en el que el individuo avanza lentamente en el descubrimiento de sí mismo y en el reconocimiento y uso de sus potencialidades y capacidades, identificándose como un ser independiente, singular y diferente.<sup>82</sup>

El desarrollo progresivo de la autonomía se encuentra relacionado a tres aspectos esenciales

---

<sup>74</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 28-15-IN/21 de 24 de noviembre de 2021, párr. 248.

<sup>75</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 200-12-JH/21 de 1 de diciembre de 2021, párrs. 124 y siguientes.

<sup>76</sup> *Idem*.

<sup>77</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2185-19-JP/21 de 1 de diciembre de 2021, párrs. 143 a 150.

<sup>78</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 13-18-CN/21 de 15 de diciembre de 2021, párrs. 68 a 72.

<sup>79</sup> Corte Constitucional del Ecuador, No. 983-18-JP/21 de 25 de agosto de 2021, párr. 185.

<sup>80</sup> Entre otras sentencias No: 2185-19-JP/21, 13-18-CN/21, 42-21-CN/22, 2691-18-EP/21, 003-18-PJO-CC.

<sup>81</sup> Sentencia No. 2691-18-EP/21, párr. 55.

<sup>82</sup> Sentencia No. 003-18-PJO-CC, párr. 38.

la edad; el entorno social y familiar; y, el grado de madurez de la persona. Es por ello, que establecer el contenido de los derechos de los adolescentes no es tarea fácil ya que no existen parámetros matemáticos para hacerlo, y no se pueden establecer reglas absolutas al respecto; de ahí, la importancia de un análisis en cada caso concreto<sup>83</sup>.

En cuanto al papel de los adultos en relación con la autonomía progresiva afirma

El nivel de autonomía que tiene un adolescente de 17 años exige una injerencia mínima de los adultos en las decisiones que le conciernen. Por tanto, toda decisión adoptada en su nombre, por los padres, madres o las personas a cuyo cuidado se encuentra, que no considere el grado de autonomía del adolescente, y opte por obviar su punto de vista en asuntos que le conciernen, aún cuando está en plena capacidad de decidir por sí mismo, estaría afectando gravemente su autonomía, y por ende, la decisión adoptada por los adultos se consideraría una intervención ilegítima en el ejercicio de sus derechos.<sup>84</sup>

La CCE ha decidido varios casos en los que ha considerado la autonomía progresiva como central, seguramente el más relevante es la sentencia 13-18-CN/21, en este caso se pronunció sobre la inconstitucionalidad de una norma del Código Orgánico Integral Penal (COIP) por la cual establecía como irrelevante el consentimiento brindado por una persona menor de 18 años en materia sexual, estableciendo que ese consentimiento era relevante en caso de adolescentes mayores de 14 años, en relaciones con iguales y consensuadas.

Otro caso en que la consideración respecto de la autonomía progresiva fue central para la decisión es el 2185-19-JP/21, en este se estableció que las madres adolescentes podían inscribir el nacimiento de sus hijas e

---

<sup>83</sup> *Ibidem*, párr. 39.

<sup>84</sup> *Ibidem*, párr. 46.

hijos sin necesidad de contar con un representante legal o el pedido de una organización, esto debido a un requisito establecido por la Dirección General del Registro Civil que implicó en algunos casos que las madres adolescentes y sus hijos e hijas fueran retenidos en instituciones de salud.

### III. Derecho a ser oído y tomado en cuenta

La CCE reconoce, haciendo suyas la CDN y la Observación General núm. 12,<sup>85</sup> que se debe

(i) garantizar que existan mecanismos para obtener las opiniones de los niños y tenerlas en cuenta; (ii) suponer que el niño tiene capacidad para formar sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas y, en esa medida, no le corresponde al niño demostrar que tiene dicha capacidad; y (iii) garantizar que el niño pueda expresar su opinión, no la de los demás, sin influencias o presiones indebidas, lo cual también implica que puede decidir si quiere o no ser escuchado. En adición a ello señaló que (iv) sus opiniones deben considerarse seriamente a partir de su capacidad de formarse un juicio propio; (v) es una exigencia que se aplica a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño; y (vi) en caso de que el niño actúe por medio de representante o apoderado, estos deben ser conscientes de que representan exclusivamente los intereses del niño.<sup>86</sup>

La CCE da por supuesto que toda NNA tiene la capacidad para formarse sus propias opiniones y expresarlas, "no les corresponde a las niñas, niños o adolescentes probar que tienen dicha capacidad. Al contrario, es el Estado quien está obligado a generar las condiciones necesarias para garantizar este derecho y así evaluar su capacidad para formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible".<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> Observación General No 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (artículo 12), 20 de julio de 2009, párr. 20.

<sup>86</sup> Sentencia No. 2691-18-EP/21, párr. 44. En el mismo sentido sentencia No. 2185-19-JP/21, párr. 174.

<sup>87</sup> Sentencia No. 2691-18-EP/21, párr. 45. En el mismo sentido sentencia No. 2185-19-JP/21, párr. 157.



Este derecho a expresar su opinión sin influencias o presiones indebidas, conlleva que niñas, niños y adolescentes puedan decidir no querer ser escuchados.<sup>88</sup> Además, cuando el niño o niña desea expresar su parecer y se ejerce este derecho por medio de un representante, la obligación de éste es comunicar con precisión las opiniones de ellos.<sup>89</sup>

La Corte considera que la opinión sobre

la edad, por sí sola, no puede determinar la trascendencia de las opiniones de las niñas, niños y adolescentes puesto que sus niveles de comprensión no van ligados de forma uniforme a su edad biológica. Existen otros factores como experiencia, el entorno, las expectativas sociales y que contribuyen al desarrollo de la capacidad de las niñas, niños y adolescentes para formarse una opinión.<sup>90</sup>

Sostiene que

cualquier decisión que se tome sin escucharlo carece de validez, debiendo tomarse en consideración que aquello también implica que éste puede decidir ejercer o no su derecho a ser escuchado, opinión que será obligatoria, siempre que no sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral, valoración que la autoridad judicial que conoce la causa deberá de evaluar y matizar en cada caso en concreto donde se discuta sobre sus derechos.<sup>91</sup>

El no escuchar a niñas, niños y adolescentes "podría conducir a la vulneración de los derechos que buscan determinarse en las causas sometidas a su conocimiento".<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> Sentencia No. 2185-19-JP/21, párr. 157.

<sup>89</sup> Sentencia No. 202-19-JH, párr. 151.

<sup>90</sup> Sentencia No. 2185-19-JP/21, párr. 175 en referencia a sentencia No. 2691-18-EP/21, párr. 53.

<sup>91</sup> Sentencia No. 2691-18-EP/21, párr. 55. En el mismo sentido sentencia No. 2185-19-JP/21, párr. 158.

<sup>92</sup> Sentencia No. 2691-18-EP/21, párr. 55.

La CCE incorpora al ordenamiento jurídico ecuatoriano cinco medidas destinadas "a garantizar la observancia" del derecho a ser escuchados" sustentadas en la Observación General núm. 12<sup>93</sup>

1) Preparación: se debe preparar a los niños, niñas y adolescentes antes de que ser escuchados, explicándoles cómo, cuándo y dónde se los escuchará y quiénes serán los participantes. 2) Audiencia: el lugar donde se realice la entrevista tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que los niños, niñas o adolescentes puedan estar seguros de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que hayan decidido comunicar. 3) Evaluación de la capacidad del niño: en cada caso se debe evaluar la capacidad del niño de formarse un juicio propio, luego de ello, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes como factor destacado en la resolución de la cuestión. 4) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño, niña o adolescente (comunicación de los resultados al niño, niña o adolescente): se debe informar al niño, niña o adolescente del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones para efectos de conocer su posición. 5) Quejas, vías de recurso y desagravio: los niños, niñas o adolescentes deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los niños, como las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas.<sup>94</sup>

La Corte estableció que cualquier decisión que involucre a una niña, niño o adolescente carece de validez si no se escucha su opinión y se la valora en función de su edad y madurez, a partir del caso No. 2691-18-EP/21; éste se relaciona con la modificación de apellidos de un niño que había sido inscrito con los apellidos maternos, posteriormente, debido a una

<sup>93</sup> Comité de los derechos del niño Naciones Unidas. Observación General No. 12 (2009). Ginebra, 25 de mayo de 2009. Págs. 40-47.

<sup>94</sup> Sentencia No. 2691-18-EP/21, párr. 45.

decisión tomada en un juicio de impugnación y declaratoria de maternidad los jueces ordenaron la modificación de los apellidos sin considerar la opinión del niño, lo que la Corte consideró contrario "a ser escuchado en los procesos que afectan sus derechos y al principio del interés superior del niño; así como los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en la garantía de motivación".

#### **IV. Derecho a la vida familiar y derechos/responsabilidades parentales: el derecho al cuidado**

La CCE examina bajo el principio de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia<sup>95</sup> la responsabilidad de la familia en el marco del llamado derecho al *cuidado integral*, incorporado al ordenamiento jurídico ecuatoriano por decisión de la CCE que sustentó su reconocimiento, en parte, en el artículo 24 de la CDN.<sup>96</sup> El derecho al cuidado es nuevo para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la CCE lo reconoció usando la cláusula del número 7 del artículo 11 de la CRE que determina que "El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento".

Para la Corte, la responsabilidad primaria del cuidado le corresponde "a la familia nuclear y en concreto, al padre o madre[...]. La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio más apropiado para el crecimiento y el bienestar de sus miembros. El término 'familia' debe entenderse en un sentido amplio".<sup>97</sup> La familia ampliada, abuelos, abue-

<sup>95</sup> CDN, art. 23.c y CRE art. 44.

<sup>96</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 3-19-JP/20 de 5 de agosto de 2020, párr. 111; y sentencia No. 679-18-JP de 5 de agosto de 2020, párr. 197 y ss.

<sup>97</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párrs. 128 y 129.

las, tíos, tías, pueden actuar de manera subsidiaria a la familia nuclear; esto podría incluir

a personas de la comunidad o sociedad que tuvieran vínculos con los niños o niñas, como padrinos, madrinas, "mejor" amigo o amiga; personas o familias que tuvieran disponibilidad y entrenamiento para ejercer el rol, como las familias acogientes u otros miembros que corresponda según el derecho propio de una comunidad indígena.<sup>98</sup>

La CCE asume un *concepto social de familia*, por ello, se "permite varias formas [familiares] dependiendo de las concepciones culturales y también de las expectativas personales".<sup>99</sup>

La importancia del mantenimiento de los "vínculos familiares" es un derecho fundamental de NNA,<sup>100</sup> dice la Corte. Estima que cualquier regla que establezca una preferencia en el encargo del cuidado de los hijos e hijas (tenencia) por el sexo de los progenitores es contraria al interés superior y, haciendo suya la OG 14 establece que "las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular".<sup>101</sup>

La Corte estableció que otorgar alguna preferencia normativa para el cuidado de hijos e hijas a uno de los progenitores, además, es contrario al principio de igualdad y no discriminación y a la corresponsabilidad parental, a la que define, a partir de lo establecido en la CDN, como un principio de actuación de padre y madre respecto a sus hijos, por la cual existe un reparto equitativo de derechos y deberes en el plano

---

<sup>98</sup> *Ibidem*, párr. 131.

<sup>99</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019, párr. 54.

<sup>100</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 28-15-IN721 de 24 de noviembre de 2021, párr. 217.

<sup>101</sup> *Ibidem*, párrs. 218 y 220.

personal y patrimonial, obligaciones que se mantienen en caso de separación o divorcio.<sup>102</sup>

En las decisiones que conllevan una asignación de cuidado exclusivo a uno de los progenitores (tenencia exclusiva) debe mantenerse el ejercicio de la corresponsabilidad parental por ser esta compatible con el ISN.<sup>103</sup>

Las decisiones que los jueces deben tomar en caso de separación, divorcio o imposibilidad de que vivan los hijos e hijas con los dos progenitores, deben sustentarse siempre en el ISN, para ello la Corte usando la OG 14, elabora una serie de consideraciones. Debe establecerse caso por caso y nunca en consideraciones como el género de los progenitores o su capacidad económica.<sup>104</sup>

La evaluación del ISN debe hacerse en función de los siguientes parámetros: la opinión, deseos y emociones de niños y niñas, a los que deberá escucharse y valorar su opinión en función de su edad y madurez; la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible a satisfacer las necesidades generales físicas, educativas y emocionales de NNA; se deben descartar cualquier clase de violencia directa o vicaria; se debe buscar la continuidad en la vida de hijas e hijos; se debe estimar la dedicación previa al cuidado brindada por cada progenitor, evaluando la aptitud e idoneidad de cada uno de ellos y su apertura a la cooperación y al mantenimiento de las relaciones familiares; debe tomarse en cuenta la identidad del niño o niña y cualquier otro factor que sirva para establecer el interés superior.

Toda decisión debe estar debidamente motivada y debe contarse con el apoyo de equipos técnicos debidamente capacitados.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> *Ibidem*, párrs. 224, 229 y 230.

<sup>103</sup> *Ibidem*, párr. 229.

<sup>104</sup> *Ibidem*, párr. 247.

<sup>105</sup> *Ibidem*, párr. 248.

## V. Derecho a la igualdad y la no discriminación

Con sustento en la Observación general núm. 20 del CRC<sup>106</sup> la CCE enfatiza "que la condición etaria de las y los adolescentes no puede ser un factor de discriminación y/o determinante para el ejercicio pleno de sus derechos".<sup>107</sup> Al analizar una norma reglamentaria que exigía la presencia de un representante legal para que las adolescentes registren el nacimiento de sus hijos, la CRE consideró que en ese requerimiento se produjo una discriminación directa, en relación a todas las adolescentes a las que se les negaba su condición de sujetos de derechos en contradicción a otras normas del ordenamiento jurídico que les reconoce capacidad jurídica en varios ámbitos de su vida;<sup>108</sup> y, una indirecta, ya que tiene efectos discriminatorios al establecer que la

exigencia de contar con un representante legal que autorice la inscripción del nacimiento[...], es en apariencia neutral, y se aplica de forma general a todas las adolescentes y no de forma diferenciada con base en su nacionalidad o condición migratoria; al mismo tiempo, tiene un efecto desproporcionado y perjudicial para las adolescentes migrantes solas y sus hijas e hijos nacidos en el país.<sup>109</sup>

De ahí que, a pesar de que la exigencia de contar con un representante legal que autorice la inscripción del nacimiento establecida en el Reglamento en cuestión no estaba dirigida específicamente a generar una distinción entre las madres adolescentes, este Organismo considera que por su impacto negativo

<sup>106</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia.

<sup>107</sup> CCE, sentencia No. 2185-19-JP/21, párr. 160; CRC, Observación General No. 20, párr. 5. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1290-18-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párrs. 132-133; sentencia No. 1416-16-EP/21 de 6 de octubre de 2021, párr. 36 y 40; sentencia No. 1894-10-JP/20 de 4 de marzo de 2020, párr. 55-56; sentencia No. 2185-19-JP/21, párr. 158.

<sup>108</sup> *Ibidem*, párrs. 159 a 162.

<sup>109</sup> *Ibidem*, párr. 156.

en un grupo específico de personas, su aplicación por el Registro Civil genera una situación de discriminación en contra de las adolescentes migrantes y sus hijas e hijos nacidos en el país. Esta Corte Constitucional ya ha señalado que sin perjuicio de las normas vigentes al momento de los hechos, la aplicación de estas no puede dar lugar a la existencia de tratos discriminatorios.<sup>110</sup>

Además la CCE ha examinado el impacto de la discriminación estructural derivada de la condición económica y el impacto que esta tiene en el ejercicio de los derechos de la infancia y adolescencia y sus familias.<sup>111</sup>

## VI. Derecho a la salud

Para la CCE el derecho a la salud conlleva tres obligaciones: respetar, proteger y cumplir

La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerir directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas en el artículo [362 de la CRE]. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud. De igual manera, ha sancionado como garantías inherentes a este derecho, a la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.<sup>112</sup>

Utiliza a la CDN y la Observación general núm. 15 del CRC<sup>113</sup> para establecer las obligaciones específicas en relación a NNA. Hace énfasis en la necesidad de que los Estados "evalúen de forma sistemática todos los

<sup>110</sup> *Idem.*

<sup>111</sup> CCE, sentencia No. 202-19-JH, párrs. 169 a 175.

<sup>112</sup> CCE, sentencia No. 983-18-JP/21, párr. 67.

<sup>113</sup> Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación general No. 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24).

riesgos y factores de protección para idear y poner en práctica intervenciones de base empírica encaminadas a hacer frente los factores determinantes";<sup>114</sup> siendo prioritarias las intervenciones destinadas a prestar atención

a la mortinatalidad, las complicaciones partos prematuros, la asfixia al nacer, el peso bajo al nacer, la transmisión materno-infantil del VIH y otras infecciones de transmisión sexual, las infecciones neonatales, la neumonía, la diarrea, el sarampión, la subnutrición, la malnutrición, la malaria, los accidentes, la violencia, el suicidio y la morbilidad y mortalidad de madres adolescentes.<sup>115</sup>

Reitera que el derecho a la salud de NNA incluye el "derecho a ser informados de manera adecuada y apropiada, para que puedan entender, en función de su edad y madurez, la situación de su estado de salud y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible dar su consentimiento fundamentado".<sup>116</sup>

Estableciendo que son parte de las garantías del derecho a la salud: la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios públicos de salud.<sup>117</sup> La garantía de calidad, recogiendo la Corte lo establecido en la OG 15 del CRC, implica en el caso de NNA cumplir con algunos requisitos: tratamientos, intervenciones y medicamentos deben basarse en las mejores pruebas disponibles; el personal médico debe estar facultado y disponer de capacitación adecuada en salud materno e infantil y conocer los principios y disposiciones de la CDN; el equipo hospitalario debe estar científicamente aprobado y ser adecuado para los niños; los medicamentos deben ser científicamente aprobados, no caducados, estar destinados —cuando es necesario— a niños y niñas, debe estar sujetos a seguimiento por si se producen reacciones adversas; y, debe evaluarse de forma periódica la atención dispensada.<sup>118</sup>

---

<sup>114</sup> CCE, sentencia No. 983-18-JP/21, párr. 69.

<sup>115</sup> *Ibidem*, párr. 70.

<sup>116</sup> *Ibidem*, párr. 104.

<sup>117</sup> *Ibidem*, párr. 116.

<sup>118</sup> *Ibidem*, párr. 152.



La Corte también utilizó para evaluar la existencia o no de violencia en la atención de salud a NNA,<sup>119</sup> la Observación general núm. 13 de CRC.<sup>120</sup>

### VIII. Derechos sexuales y reproductivos de adolescentes

La CCE recuerda que la condición de sujeto de derechos de niños, niñas y adolescentes,<sup>121</sup> reconocida en la CDN, cobra especial relevancia en la adolescencia, que la diferenciación en la edad no tiene que ver con una protección diferenciada sino con el reconocimiento de su "mayor grado de desarrollo biológico, psicológico, social y cultural respecto de los adolescentes otorgarles mayor participación";<sup>122</sup> no siendo posible usarlo como "excusa para limitar sus derechos y su capacidad para ejercerlos, colocándolo en una 'condición de inferior categoría' a la de los adultos".<sup>123</sup> Esto conlleva que existen una serie de derechos que pueden ser ejercidos por los adolescentes en forma progresiva, sin que eso signifique equipararles a los adultos.<sup>124</sup>

A partir de esto la CCE sostiene que los derechos sexuales y reproductivos tienen relación con "sus libertades, sus formas de comunicación y afectos. Así, el efectivo goce de estos derechos implica el principio de autonomía del cuerpo";<sup>125</sup> "al reconocer a todas las personas la potestad de decidir sobre su cuerpo, se está reafirmando su condición de seres libres, autónomos y diversos que tienen derecho a vivir su sexualidad en iguales condiciones".<sup>126</sup> En el caso de los adolescentes, dice la CCE, una protección adecuada de sus derechos sexuales y reproductivos implica

<sup>119</sup> *Ibidem*, párr. 157.

<sup>120</sup> Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación general No. 13 (2011) relativa al derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

<sup>121</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 003-18-PJO-CC de 27 de junio de 2018, párr. 26.

<sup>122</sup> *Ibidem*, párr. 29.

<sup>123</sup> *Ibidem*, párr. 33.

<sup>124</sup> *Ibidem*, párr. 34.

<sup>125</sup> *Ibidem*, párr. 50.

<sup>126</sup> *Ibidem*, párr. 51.

"adoptar medidas normativas, informativas, de salud, educación, entre otras, que les permita adoptar decisiones informadas, responsables y libres respecto a su sexualidad".<sup>127</sup> Para la CCE "el derecho a disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de decidir libre, responsable e informadamente procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, es un derecho que corresponde ejercer directamente a las y los adolescentes, como sujetos plenos de derechos y en virtud del principio de autonomía".<sup>128</sup>

La intervención del Estado o de los adultos en materia de derechos sexuales y reproductivos "debe tender a la construcción de un grado de autonomía tal que les permita la elaboración de un plan de vida acorde a sus necesidades, anhelos y aspiraciones, libre de tabúes, sanciones y represiones".<sup>129</sup> La "autoridad tuitiva" de padres y madres o de quien tenga al cuidado del niño, niña o adolescente, no es absoluto ilimitada, ésta tiene sus límites "en el principio de interés superior [...], en el principio de prevalencia de sus derechos sobre los demás y en su derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten".<sup>130</sup> Por ello el Estado "se erige pues como un 'salvador externo' que está obligado a cumplir con su deber de otorgar a las y los adolescentes la información adecuada y necesaria para que ellos, en ejercicio del principio de autonomía de su cuerpo, puedan finalmente decidir sobre su salud sexual y reproductiva".<sup>131</sup>

Posteriormente la CCE declaró que las y los adolescentes, a partir de los 14 años tienen la capacidad de consentir en una relación sexual y que la evaluación del consentimiento es relevante para establecer si existe una conducta que debe ser penalmente sancionable o es el resultado de la evolución de las facultades de las y los adolescentes para ejercer sus derechos.<sup>132</sup>

---

<sup>127</sup> *Ibidem*, párr. 56.

<sup>128</sup> *Ibidem*, párr. 87.

<sup>129</sup> *Ibidem*, párr. 91.

<sup>130</sup> *Ibidem*, párr. 110.

<sup>131</sup> *Ibidem*, párr. 110.

<sup>132</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 13-18-CN/21 de 15 de diciembre de 2021.

Esto implica, de acuerdo con la Corte, un ejercicio de los "...derechos al libre desarrollo de la personalidad, a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la sexualidad, así como a la intimidad personal, acorde a su desarrollo físico y cognitivo, de ninguna forma anula las obligaciones protección especial a su favor".<sup>133</sup>

Asumir que los adolescentes entre 14 y 18 años no pueden consentir para una relación sexual parte de una premisa equivocada que desconoce la evolución de sus facultades y que les niega la posibilidad de ejercer sus derechos.<sup>134</sup>

La CCE deja en claro que la relación debe ser entre iguales<sup>135</sup> y que se debe comprobar que estas no son producto de "prácticas abusivas, relaciones desiguales de poder, violencia, entre otros factores"; lo que implica determinar si las y los adolescentes se encontraban o no en capacidad de consentir;<sup>136</sup> para ello debe asegurarse que cuentan con "información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible por parte del Estado en materia de salud sexual y reproductiva".<sup>137</sup>

La CCE fija una serie de parámetros que deben ser usados para evaluar el consentimiento de los y las adolescentes en materia sexual

- a) El consentimiento debe ser brindado de forma libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin violencia, amenaza o coerción;
- b) La o el adolescente que manifiesta haber consentido en una relación sexual debe estar en capacidad de hacerlo en función de su madurez, autonomía progresiva y evolución de facultades;

---

<sup>133</sup> *Ibidem*, párr. 45.

<sup>134</sup> *Ibidem*, párr. 47.

<sup>135</sup> *Ibidem*, párr. 56.

<sup>136</sup> *Ibidem*, párr. 58.

<sup>137</sup> *Ibidem*, párr. 75.

- c) La no existencia de relaciones asimétricas o desiguales de poder o de sometimiento que vicien dicho consentimiento. Para ello se deberán considerar, entre otros aspectos: la diferencia etaria, el sexo, el grado de parentesco, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad, el contexto social, económico y cultural y étnico entre otros; y
- d) La valoración del consentimiento se debe realizar de forma individual a través de la evaluación y determinación del principio del interés superior y garantizando el derecho a ser escuchado de las y los adolescentes, conforme lo establecido en la presente sentencia.<sup>138</sup>

En la sentencia que despenalizó el aborto por violación,<sup>139</sup> la CCE estableció que en cuando niñas y adolescentes no cuenten con la autorización de su representante legal para el aborto, es responsabilidad de las autoridades competentes (sanitarias, fiscalía, policía judicial, juntas cantonales de protección de derechos, defensoría del pueblo, entre otros), el establecimiento de mecanismos adecuados y confidenciales para que puedan realizar directamente, sin trabas y sin miedo a represalias, la denuncia, examen médico, declaración jurada o lo que corresponda para poder interrumpir el embarazo producto de una violación.<sup>140</sup> Para ello, debe tomarse en consideración lo que la CCE ha establecido respecto a la opinión y el interés superior en la sentencia No. 2691-18-EP/21

el aplicador del derecho, en el contexto de la administración de justicia de niños, niñas y adolescentes, está llamado a examinar y evaluar caso a caso las condiciones específicas del niño, niña o adolescente y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda en la determinación de sus derechos (...).

---

<sup>138</sup> *Ibidem*, párr. 82.

<sup>139</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 44-19-IN/21 y acumulados, de 28 de abril de 2021.

<sup>140</sup> *Ibidem*, párr. 194.b.

## IX. Movilidad humana

La CCE considera que la CDN y sus protocolos facultativos son los instrumentos normativos primordiales para la protección especial que NAS deben recibir en contextos migratorios.<sup>141</sup> Éstos fijan los límites para las políticas migratorias que los gobiernos pueden establecer, porque "no pueden desconocer los derechos de un grupo de atención prioritaria y de especial protección como son las niñas, niños y adolescentes en situación de movilidad humana";<sup>142</sup> siendo los principios generales de la CDN (igualdad y no discriminación, interés superior del niño, derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el derecho a ser escuchados y a la participación) los pertinentes para aplicarse en la situación de NAS en el contexto de la migración.<sup>143</sup>

La CCE incorpora lo establecido en la CDN y la Observación General núm. 6 del CRC<sup>144</sup> y considera que en contextos migratorios la evaluación debe ser individual, que la determinación del grado de vulnerabilidad es un proceso que requiere atender caso a caso y establecer las condiciones de cada niño, niña y adolescente y sus "vulnerabilidades particulares".<sup>145</sup> La CCE hace énfasis en que

bajo ninguna circunstancia el Estado o los particulares, bajo la excusa de la protección de los derechos de las NNA, puede desconocer que los mismos son titulares de una personalidad jurídica independiente de la de sus padres, cuidadores, y/o cualquiera otra persona o institución, y, en consecuencia, la tutela de sus derechos e intereses deberá siempre hacerse respetando su dignidad como sujetos propios de derechos, velando por su integridad, bienestar, y desarrollo.<sup>146</sup>

<sup>141</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2185-19-JP/21 de 1 de diciembre de 2021, párr. 73.

<sup>142</sup> *Ibidem*, párr. 74.

<sup>143</sup> *Ibidem*, párr. 94.

<sup>144</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 6 (2005): Trato a los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

<sup>145</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 983-18-JP/21 de 25 de agosto de 2021, párr. 63.

<sup>146</sup> *Ibidem*, párr. 58.

Estima la CCE que no es suficiente agotar el análisis en lo etario, sino que debe tenerse en cuenta situaciones de vulnerabilidad como "alguna discapacidad física o mental, pertenecer a un grupo racial o étnico minoritario, ser refugiado o solicitante de protección especial, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, etc.";<sup>147</sup> teniendo en cuenta que es el Estado el primer garante de los derechos de niñas, niños y adolescentes, que debe asegurar medidas de protección especial en su calidad de migrantes que incluyan<sup>148</sup>

(i) permitir que las NNA puedan peticionar el asilo o el estatuto de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo; (ii) No devolver a las NNA a un país en el cual corran riesgo su vida, libertad, seguridad o integridad, o a un tercer país desde el cual puedan ser devueltos al Estado donde sufren dicho riesgo; y, (iii) Otorgar la protección internacional cuando las NNA califiquen para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar.<sup>149</sup>

## E. Conclusiones

En Ecuador la CDN fue *constitucionalizada* en 1998, a partir de ese momento ha sido fundamental en todos los procesos de reforma legislativa que se han dado en el país. Si bien existen antecedentes del uso de la CDN en varias decisiones judiciales en el siglo pasado con sustento en la Constitución de 1998, como por ejemplo las decisiones sobre paternidad con base en las pruebas de ADN, es a partir de la Constitución de 2008 y el nuevo sistema de control constitucional que la CDN, al formar

<sup>147</sup> *Ibidem*, párr. 57.

<sup>148</sup> Esto de acuerdo a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 71.

<sup>149</sup> *Ibidem*, párr. 60

parte del "bloque de constitucionalidad" es citada de forma amplia, en general sin mayor desarrollo hasta 2012.

Se identificaron 10 decisiones<sup>150</sup> relevantes entre 2012 y 2018, en éstas se desarrollan aspectos centrales de los derechos contenidos en la CDN, alejándose de la tendencia reproducir normas sin análisis.

A partir de su penúltima composición, 2019-2022, se puede encontrar un desarrollo jurisprudencial relevante en relación a los derechos de la infancia y adolescencia y que significan un avance en la aplicación de la CDN.

En esos años se pueden identificar, al menos, 27 decisiones que contienen análisis completos y complejos sobre de los derechos sustentados en la CDN, y, desde la sentencia 525-14-EP/20 de 8 de enero de 2020, un amplio y reiterado uso de la observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas como fundamento para el desarrollo de aspectos concretos de los derechos.

Es posible encontrar dos decisiones previas que hacen referencia a las observaciones generales del CRC: 012-17-SIN-CC de 10 de mayo de 2017 y la 9-17-CN de 9 de julio de 2019, pero en estas únicamente se mencionan las OG sin usarlas en la decisión.

Con la información disponible se puede sostener que la CDN es un instrumento jurídico ampliamente utilizado en el Ecuador y que ha sido relevante en la constitucionalización de los derechos de la infancia y adolescencia, por un lado, por su incorporación a los textos constitucionales ecuatorianos desde 1998 y, por otro, el amplio uso que hace la CCE para resolver una diversidad de temas relacionados a los derechos de niñas, niños y adolescentes.

---

<sup>150</sup> Sentencias No. 067-12-SEP-CC, 048-13-SCN-CC, 022-14-SEP-CC, 064-15-SEP-CC, 133-15-SEP-CC, 356-16-SEP-CC, 012-17-SIN-CC, 008-17-SCN-CC, 119-18-PJO-CC, 003-18-PJO-CC.

Dos factores empujaron la constitucionalización de la CDN, el primero es el movimiento nacional por los derechos del niño, que asumió como parte de su agenda la incorporación de instrumento en la legislación ecuatoriana; el segundo tiene que ver con la actividad de penúltima conformación de la CCE (2019-2022), que ha incorporado ampliamente los instrumentos internacionales de derechos humanos en sus decisiones.

Existe una relevante jurisprudencia constitucional sobre derechos de infancia y adolescencia, y es claro —por las propias decisiones de la CCE— que existe una brecha importante normativa y práctica en el respeto a las provisiones de la CDN, algo que se ha visto agravado por los problemas económicos, sociales y políticos de Ecuador y por una suerte de *conservadurización* del mundo jurídico y político nacional; que implicó, entre otras cosas, la pérdida de especificidad del sistema de protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia con el texto constitucional de 2008. Esto se ha agravado por la incapacidad del Legislativo para introducir reformas legales, en concordancia con el avance de los derechos, avances que se han producido de la mano de las decisiones de la Corte Constitucional que, en más de una ocasión, ha invadido la esfera del legislador con los riesgos que esto conlleva.

## **Bibliografía**

Cascante, Lorena, "Eficacia de la prueba de ADN en los juicios por declaración judicial de paternidad", *Revista Iuris Dictio*, vol. 2, núm. 4, 2001, pp. 130-134. Disponible en: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/562/633>.

Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 6 (2005): Trato a los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005) relativa a la realización de los derechos de los niños en la primera infancia.



Comité de los derechos del niño Naciones Unidas. Observación General No. 12 (2009). Ginebra, 25 de mayo de 2009.

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación general No. 13 (2011) relativa al derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

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, 29 de mayo de 2013.

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación general No. 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24).

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Decreto No. 1226 de 23 de diciembre de 2003, publicado en Registro Oficial No. 246 de 7 de enero de 2004.

Decreto No. 1234 de 23 de diciembre de 2003, publicado en Registro Oficial No. 247 de 8 de enero de 2004.

Martínez, Manuel, "Las reformas constitucionales. De menor a ciudadano", en *La Nueva Constitución. Escenarios, Actores y Derechos*, Centro de Investigaciones Ciudad, Quito, 1998, p. 121 y ss.

Observación General No 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (artículo 12), 20 de julio de 2009, párr. 20.

Resolución s/n de la Asamblea Nacional de 31 de mayo de 2018, publicada en Registro Oficial No. 332 de 21 de septiembre de 2018.

Sánchez, Fernando, Martínez, Manuel, Cordero, Berenice y Simon, Farith, "Comentario al proceso de reforma legislativa en Ecuador", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary, (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Bogotá, Temis/Depalma, 1998, p. 483.

Simon, Farith, "Garantías de los derechos de la infancia y adolescencia (de las legislaciones integrales al 'Estado Constitucional de Derechos'. Algunas notas sobre los mecanismos de aplicación", en Ávila Santamaría, Ramiro y Corredores, María Belén (edis.), *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia una consolidación de la doctrina de la protección integral*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, serie Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 441-484.

Unicef, Panorama de la situación de la niñez y adolescencia indígena en América Latina el derecho a la educación y a la protección, Panamá, 2014.

# Guatemala

---

Pilar Ramírez\*

Elvyn Díaz\*\*

\* Asesora Legal y Coordinadora de Programas para Latinoamérica y el Caribe de International Centre for Missing & Exploited Children (ICMEC).

\*\* Vicepresidente del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG).

SUMARIO: A. Contexto nacional; I. Organización del Estado y control constitucional; II. Situación actual de la niñez y adolescencia; B. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno; C. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes; D. Jurisprudencia relevante; I. Interés superior de la niña, el niño o el adolescente; II. Derecho a ser oído y tomado en cuenta; III. Derecho a la participación y derechos políticos; IV. Derecho a la vida; V. Derecho a la salud; VI. Derecho a la educación y educación sexual; VI. No discriminación; E. Conclusiones.

## **A. Contexto nacional**

### **I. Organización del Estado y control constitucional**

La Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG) fue promulgada en 1985, época en la que aún existía un conflicto armado interno en el país. A pesar de ello, la norma fundamental sigue el patrón liberal reconociendo la división de poderes, así como un número de derechos humanos individuales y sociales contenidos en su parte dogmática.

La organización política del Estado se encuentra regulada en la parte estructural de la norma fundamental. De acuerdo con la CPRG (artículo 140), el sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo, por lo que uno de los principios básicos es el de la división o separación de poderes en que se atribuye primordialmente al organismo Legislativo la función de crear leyes; al Judicial, la de aplicarlas y declarar los derechos en los casos controvertidos que se someten a su conocimiento, y al organismo Ejecutivo la facultad de gobernar y administrar.

La división de poderes es el pilar fundamental de la organización política guatemalteca y el rasgo que mejor define al gobierno constitucional, cuya característica fundamental es la de ser un gobierno de poderes limitados. Por ello, dentro de ese esquema se encuentran órganos de control, como el Ministerio Público, Contraloría General de Cuentas, Procuraduría de Derechos Humanos y la Corte de Constitucionalidad (CC).

Con la actual CPRG se incorpora, por primera vez en la historia constitucional de Guatemala, una corte autónoma y privativa para el control de la constitucionalidad, llamada a jugar un papel de primer orden en la defensa de los derechos fundamentales de las personas.

Sobre la CC es importante tomar en cuenta algunos aspectos que son trascendentales para comprender cómo se accede al control de constitucionalidad y cómo se construye la jurisprudencia en la materia. De acuerdo con la CPRG y Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (LAEC),<sup>1</sup> el control de constitucionalidad se realiza a través de acciones constitucionales como el amparo<sup>2</sup> e inconstitucionalidad de leyes y en casos concretos.<sup>3</sup>

Según el artículo 268 de la CPRG la CC "es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia".

---

<sup>1</sup> Es importante acotar que la LAEC es de carácter constitucional, toda vez que fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente y cuyo proceso de reforma debe contar con la aprobación de más de dos terceras partes del pleno del Congreso de la República y contar con dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad.

<sup>2</sup> De acuerdo con el artículo 265 de la CPRG: "se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan."

<sup>3</sup> El artículo 267 de la CPRG indica que: "Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad."

Entre las principales funciones de la CC destacan: conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas de inconstitucionalidad; conocer en única instancia en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo en las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el presidente y el vicepresidente de la república; conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia, y dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la CPRG (como es el caso de reforma a leyes constitucionales).<sup>4</sup>

En cuanto a la jurisprudencia, el artículo 43 de la LAEC establece que

la interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido.

Ahora bien, sobre este punto es menester señalar que cada cinco años se produce el cambio de magistrados titulares y suplentes en la CC,<sup>5</sup> lo que

<sup>4</sup> El artículo 272 de la CPRG establece estas funciones de la CC y otras que están en el ámbito de su competencia.

<sup>5</sup> El artículo 269 de la CPRG regula que la CC se integra con cinco magistrados titulares, cada uno de los cuales tendrá su respectivo suplente. Cuando conozca de asuntos de inconstitucionalidad en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el Presidente o el Vicepresidente de la República, el número de sus integrantes se elevará a siete, escogiéndose los otros dos magistrados por sorteo de entre los suplentes. Los magistrados durarán en sus funciones cinco años y serán designados en la siguiente forma: a) Un magistrado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia; b) Un magistrado por el pleno del Congreso de la República; c) Un magistrado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; d) Un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala, y e) Un magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados. Simultáneamente con la designación del titular, se hará la del respectivo suplente, ante el Congreso de la República. La instalación de la Corte de Constitucionalidad se hará efectiva noventa días después que la del Congreso de la República.

tiene como consecuencia que en algunas materias se produzcan cambios respecto a los criterios asentados en una magistratura respecto de otra. Este extremo es posible apreciarlo hasta en la forma en que se presenta la jurisprudencia por parte de la CC.<sup>6</sup>

No obstante, tanto para la presentación de acciones constitucionales como para la fundamentación de los fallos, se acude a la revisión e invocación de la jurisprudencia que se considera doctrina legal, tal como lo indica el artículo 42 de la LAEC:

Al pronunciar sentencia, el Tribunal de Amparo examinará los hechos, analizará las pruebas y actuaciones y todo aquello que formal, real y objetivamente resulte pertinente; examinará todos y cada uno de los fundamentos de derecho aplicables, hayan sido o no alegados por las partes. Con base en las consideraciones anteriores y aportando su propio análisis doctrinal y jurisprudencial, pronunciará sentencia, interpretando siempre en forma extensiva la Constitución, otorgando o denegando amparo, con el objeto de brindar la máxima protección en esta materia, y hará las demás declaraciones pertinentes.

## II. Situación actual de la niñez y adolescencia

El contexto nacional está marcado por muchas problemáticas sociales, como que gran parte de la población se encuentra en situación de pobreza y extrema pobreza, altas tasas de desempleo, altos niveles de violencia y, sobre todo, limitada capacidad de respuesta a las principales demandas sociales. La institucionalidad pública es totalmente débil y en algunos territorios la presencia del Estado no es suficiente para atender las necesidades de las personas respecto a sus derechos individuales y sociales.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Para consulta de la jurisprudencia de la CC, se sugiere ingresar al siguiente sitio web: <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfPrincipal.aspx>.

<sup>7</sup> PNUD. *Informe de Desarrollo Humano 2020. La próxima frontera: desarrollo humano y el Antropoceno*, P. 6 y 7. De igual manera se sugiere ver el índice GINI y la ubicación de Guatemala disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI?locations=GT>.



De acuerdo con los informes de desarrollo humano realizados por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la sociedad guatemalteca se caracteriza por ser desigual. Esta no es una afirmación cualquiera, porque evidencia que no se han logrado resolver las profundas desigualdades y diferencias en que pervive la población en los ámbitos social, político y económico.<sup>8</sup>

Asimismo, el país se encuentra inmerso, ya sea en forma objetiva o subjetiva, en que la violencia tiene una proximidad a lo cotidiano. Incluso existe la sensación de que la violencia se ha incrementado en forma desmesurada: asaltos a la luz del día, uso de armas, secuestros, asesinatos y violaciones resuenan en forma constante en los medios de comunicación y la opinión pública.<sup>9</sup> A pesar de la crisis económica y sanitaria provocada por la presencia de la pandemia covid-19, pareciera que la violencia, y todo lo que atañe a su alrededor, como la reacción para prevenirla y reprimirla, aún acapara la atención.<sup>10</sup>

En esa realidad se incrusta la situación de la niñez y adolescencia guatemalteca, que según proyecciones del Instituto Nacional de Estadística (INE) de 2022, se estima que la población infantil es de 6,585,072. Esto significa que es, aproximadamente, 38% de la población total de la República.<sup>11</sup>

Según las proyecciones del INE, aproximadamente 40% de la población infantil tiene entre 0 y 6 años (denominada como primera infancia); 39%, entre 7 y 12 años (denominada niñez), y 27% entre 13 a 17 años (denominada como adolescencia).

<sup>8</sup> De acuerdo con el Índice de Desarrollo Humano (IDH), en 2020 Guatemala descendió una posición con respecto a 2019, ocupando el puesto 127 entre 189 países (IDH: 0.663), sólo adelante de Nicaragua, Honduras y Haití en la región. <https://guatemala.un.org/sites/default/files/2021-07/CCA%20update%20summary%202021.pdf#:~:text=De%20acuerdo%20con%20el%20C3%8Dndice,y%20Hait%C3%AD%20en%20la%20regi%C3%B3n>.

<sup>9</sup> Diaz, E., *Propuestas para el fortalecimiento de la persecución penal y la investigación criminal*, p. 11.

<sup>10</sup> ONU Mujeres, *Dimensiones de género en la crisis del COVID-19 en Guatemala*, p. 3.

<sup>11</sup> INE. *XII Censo Nacional de Población y VII de Vivienda 2018*. Disponible en: <https://www.ine.gob.gt/ine/poblacion-menu/> [Consultado el 22 de julio de 2022].

Como un país multicultural y multilingüe, 48% de la población infantil se identifica como perteneciente a un pueblo indígena (mayas, garífunas, xincas y croeles o afrodescendientes).<sup>12</sup> La población indígena se divide en 24 grupos étnicos.<sup>13</sup>

Según el Mapa de Pobreza Rural del INE, la mayoría de los municipios de Guatemala, con rangos de pobreza de 85 a 97% son indígenas, y la pobreza afecta en particular a la niñez y adolescencia, "que comienzan su ciclo de vida con daños que es difícil revertir (...) Se estima que tres de cada cinco niños indígenas padecen desnutrición crónica y las tasas de mortalidad infantil alcanzan 40 por mil nacidos vivos".<sup>14</sup>

En 2020 las mayores prevalencias de retraso en el crecimiento infantil en niños y niñas menores de 5 años se observaron en Guatemala (42.8%), Ecuador (23.1%), Haití (20.4%) y Honduras (19.9%),<sup>15</sup> como consecuencia del aumento de la desnutrición crónica. Guatemala es actualmente el sexto país del mundo con los peores índices de malnutrición infantil.<sup>16</sup>

En tanto que los niveles de violencia contra niñas, niños y adolescentes (NNA) han aumentado considerablemente, según cifras oficiales del Ministerio Público, la tasa de delitos denunciados por cada 100 mil habitantes por el delito de maltrato contra menores de edad aumentó de 62.82% en 2017 a 63.33% en 2018, por razones del confinamiento producido

<sup>12</sup> Instituto Nacional de Estadísticas, *op. cit.*

<sup>13</sup> IWGIO, "El mundo indígena 2020: Guatemala", 2020. Disponible en: <https://www.iwgio.org/es/guatemala/3742-mi-2020-guatemala.html>. [Consultado el 25 de julio de 2022].

<sup>14</sup> Oficina de las Naciones Unidas, "Acortar desigualdades: haciendo efectivos los derechos de los pueblos indígenas", Guatemala. Disponible en: <https://onu.org.gt/comunicados/acortar-desigualdades-haciendo-efectivos-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas/#:~:text=La%20exclusi%C3%B3n%20afecta%20en%20particular,40%20por%20mil%20nacidos%20vivos> [Consultado el 25 de julio de 2022].

<sup>15</sup> FAO, FIDA, OPS, WFP y UNICEF, "América Latina y el Caribe - Panorama regional de la seguridad alimentaria y nutricional 2021: estadísticas y tendencias". Santiago de Chile, 2021. Pp.10. Disponible en: <https://doi.org/10.4060/cb7497es>. Consultado el 24 de julio de 2022.

<sup>16</sup> <https://www.unicef.es/noticia/desnutricion-en-guatemala> [consultado el 24 de julio de 2022].

como medida de prevención de la pandemia covid-19, la tasa osciló en 44.73 por ciento.<sup>17</sup>

## **B. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno**

El artículo 46 de la CPRG establece "el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno". Esta disposición debe integrarse con el artículo 149 de la norma fundamental, toda vez que indica que el Estado normará sus relaciones internacionales conforme las normas, principios y prácticas internacionales con el fin de contribuir a la defensa de los derechos humanos.

Sobre tales preceptos, la Corte de Constitucionalidad (CC), en su jurisprudencia ha indicado que

Resulta insoslayable la observancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al momento de emitirse un precepto normativo, en atención a que los principios fundamentales de carácter material en los que se apoya ese Derecho son expresión de un orden objetivo de valores de la comunidad jurídica internacional y, de ahí, el carácter vinculante hacia todos sus miembros, de manera que su inobservancia, genera responsabilidad internacional en aquel que no cumpla con observar tales principios. Siendo que aquellos valores objetivos se fundan en reglas imperativas de Derecho Internacional *ius cogens*, son a estas normas a las que pertenecen los Derechos Humanos más elementales, que constituyen garantías fundamentales que se derivan del principio humanitario, reconocido en el derecho internacional contemporáneo.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> ICCPG. Mirador Judicial, indicador 40 "Tasa de delitos denunciados por cada 100 mil habitantes". Disponible en: <https://iccp.org.gt/indicadores/indicador-40/>.

<sup>18</sup> Expediente 3438-2016. Página 12. Fecha de sentencia: 08/11/2016.

A partir de tales disposiciones constitucionales, en la comunidad jurídica nacional se han asumido instituciones que en las últimas décadas desde el paradigma de los derechos humanos han encontrado asidero en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, como es el bloque de constitucionalidad. En efecto, a las disposiciones constitucionales referidas habría que sumar el artículo 44 de la norma fundamental, que indica que "los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana".

En términos generales, el bloque de constitucionalidad supone que varios tratados internacionales de derechos humanos han adquirido rango constitucional, lo que implica una convergencia normativa en el derecho constitucional con disposiciones internacionales en materia de derechos humanos.

Además, como lo ha establecido la CC en su jurisprudencia, tal institución constituye el modelo jurídico propio del Estado constitucional, democrático y social de derecho:

la interpretación jurídica en un Estado Constitucional de derecho debe realizarse de forma sistemática, teniendo presente la necesaria sujeción del orden jurídico interno a los preceptos de la Constitución (...) Al referirnos al bloque de constitucionalidad se hace referencia a aquellas normas y principios que, aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías y sirven, como medidas de control de constitucionalidad de los preceptos normativos y de los actos de autoridad. Su función esencial es la de servir como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Expediente 4-2016. Página 9. Fecha de sentencia: 26/05/2016.

## C. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes

En el Estado de Guatemala, el reconocimiento constitucional de los derechos de las niñas, niños y adolescentes parte de una serie de disposiciones referentes a la protección de la persona humana (artículo 1),<sup>20</sup> los adolescentes en conflicto con la ley penal (artículo 20),<sup>21</sup> protección de la niñez y adolescencia (artículo 51),<sup>22</sup> adopción (artículo 54),<sup>23</sup> derecho de alimentos (artículo 55),<sup>24</sup> derecho de educación (artículos 71 y 73),<sup>25</sup> derecho al trabajo (artículo 102, inciso l),<sup>26</sup> entre otras.

No obstante, la norma más importante con la que adquieren carácter constitucional los derechos de la niñez y adolescencia es con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ratificada por el Estado de Guatemala el 25 de febrero de 1991,<sup>27</sup> en virtud de que constituye la norma de más alta

<sup>20</sup> Artículo 1 CPRG: "El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común."

<sup>21</sup> Artículo 20 CPRG: "Los menores de edad que transgreden la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud. Los menores, cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser reclusos en centros penales o de detención destinados para adultos. Una ley específica regulará esta materia."

<sup>22</sup> Artículo 51 CPRG: "El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social."

<sup>23</sup> Artículo 54 CPRG: "El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados".

<sup>24</sup> Artículo 55 CPRG: "Obligación de proporcionar alimentos. Es punible la negativa a proporcionar alimentos en la forma que la ley prescribe."

<sup>25</sup> Artículo 73 CPRG: "La familia es fuente de la educación y los padres tienen derecho a escoger la que ha de impartirse a sus hijos menores. El Estado podrá subvencionar a los centros educativos privados gratuitos y la ley regulará lo relativo a esta materia. Los centros educativos privados funcionarán bajo la inspección del Estado. Están obligados a llenar, por lo menos, los planes y programas oficiales de estudio. Como centros de cultura gozarán de la exención de toda clase de impuestos y arbitrios. La enseñanza religiosa es optativa en los establecimientos oficiales y podrá impartirse dentro de los horarios ordinarios, sin discriminación alguna. El Estado contribuirá al sostenimiento de la enseñanza religiosa sin discriminación alguna."

<sup>26</sup> Artículo 102 CPRG: Son derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación del trabajo y la actividad de los tribunales y autoridades: "inciso l) Los menores de catorce años no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo, salvo las excepciones establecidas en la ley. Es prohibido ocupar a menores en trabajos incompatibles con su capacidad física o que pongan en peligro su formación moral."

<sup>27</sup> Aprobada mediante el Decreto número 27-90 del Congreso de la República "Aprueba el Convenio que tiene la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones

jerarquía con relación al resto de instrumentos internacionales en tal materia, y es de carácter vinculante para cada una de las instituciones del Estado. De hecho, así lo ha establecido la propia Corte IDH en su jurisprudencia al referirse a la CDN como el *corpus iuris* de la niñez y adolescencia.<sup>28</sup>

Aunado a la CDN, la constitucionalización de los derechos de la niñez y adolescencia en Guatemala encuentra otros instrumentos internacionales que, a través del bloque de constitucionalidad, forman parte del ordenamiento jurídico interno y con la jerarquización de constituirse en normas supremas.<sup>29</sup>

No está de más afirmar que la CDN, a partir de la ratificación por parte del Estado, es de cumplimiento obligatorio para los funcionarios públicos en atención a la prevalencia y defensa de los derechos de la niñez y adolescencia en el país.<sup>30</sup> Asimismo, imponen superar la visión tradicional de la situación irregular al paradigma de la protección integral, que es proclive al respeto de los derechos (y aquellos especiales) de la niñez y adolescencia,

---

*Unidas el 20 de noviembre de 1989 y suscrita por el Gobierno de Guatemala el 26 de enero de 1990*. Publicado Diario de Centro América el 23 de mayo de 1990, Tomo: CCXXXVIII Número: 84 Página: 2068. Ver en: [https://leyes.infile.com/index.php?id=182&id\\_publicacion=10551](https://leyes.infile.com/index.php?id=182&id_publicacion=10551)

<sup>28</sup> Caso *Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*, p. 57. Sentencia de 13 de marzo de 2018.

<sup>29</sup> Los instrumentos internacionales que destacan son: a) Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Publicado en el Diario de Centro América el 18 de septiembre de 2002, Tomo: CCLXX Número: 3 Página: 1 a 3. b) Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Aprobado a través del decreto número 76-2001 del Congreso de la República. Publicado en el Diario de Centro América el 21 de enero de 2002 Tomo: CCLXVIII Número: 22 Página: 3. c) Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Publicado en el Diario de Centro América el 05 de mayo de 2004, tomo: CCLXXIV Número: 14. Página: 1 a 4. d) Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Publicado el 10 de diciembre de 1984. e) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Aprobado a través del decreto ley 49-82, publicado el 6 de septiembre de 1982, Recopilación de Leyes de Guatemala tomo: 101 Número: Página: 121. f) Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. Aprobado a través del decreto número 61-97 del Congreso de la República. Publicado el 21 de agosto de 1997 en el Diario de Centro América tomo: CCLVII Número: 7 Página: 593. Ver en: [https://leyes.infile.com/index.php?id=182&id\\_publicacion=10551](https://leyes.infile.com/index.php?id=182&id_publicacion=10551).

<sup>30</sup> Esto lo ha establecido la CC en su jurisprudencia contenida en: Expediente 3722-2011. Fecha de sentencia: 14/05/2013; Expediente 4387-2012. Fecha de sentencia: 20/02/2013; y Expediente 1006-2014. Fecha de sentencia: 26/11/2015.

estableciendo un tratamiento jurídico especial para niñas, niños y adolescentes que por su condición específica requieren.

Para garantizar los derechos humanos de la niñez y adolescencia, Guatemala ha desarrollado, además, un marco jurídico conformado por diversos instrumentos normativos que pretenden instaurar un sistema de protección integral de la niñez y adolescencia; no obstante, la legislación ordinaria presenta un sistema poco coordinado y con conflictos de competencias.

De ese marco jurídico, destaca el Decreto Legislativo 27-2003 del Congreso de la República, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LPINA), que deviene como una normativa que amplía las disposiciones contenidas en la CDN y busca instaurar el paradigma de la protección integral a favor de la niñez y adolescencia en la institucionalidad guatemalteca.

La LPINA constituye el instrumento jurídico de integración familiar y promoción social que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos. Toma en consideración principios como el interés superior de NNA y tomar en cuenta su opinión, y los reconoce como sujeto de derechos, entre los que destacan el derecho a la vida (artículo 9), derecho a la igualdad (artículo 10), derecho a la integridad personal (artículo 11), derecho a la libertad, identidad, respeto, dignidad y petición (artículos 12 al 17), derecho a la familia y adopción (artículo 18 y 22), derechos sociales, como nivel de vida adecuado y salud (artículos 25 al 35), educación, cultura y deporte (artículos 36 al 45), protección de la niñez y adolescencia con discapacidad (artículos 46 al 49), entre otros.

Se encuentran otras disposiciones normativas que integran el marco jurídico de la niñez y adolescencia, tales como:

- a) Ley de Adopciones (Decreto Legislativo 77-2007). Tiene por objeto regular la adopción como institución de interés nacional y sus procedimientos judicial y administrativo.

- b) Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer (Decreto Legislativo 22-2008). Tiene por objeto proteger a la mujer y niñas de cualquier forma de violencia, garantizando un sistema especializado de atención y jurisdicción.
- c) Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas (Decreto Legislativo 9-2009). Tiene por objeto proteger a las NNA frente a delitos sexuales y trata de personas.
- d) Ley del sistema de alerta Alba-Keneth (Decreto Legislativo 28-2010). Propugna la creación de un sistema para la localización y resguardo inmediato de NNA sustraídas o desaparecidas.

#### **D. Jurisprudencia relevante**

Es importante advertir, tal como se expuso con anterioridad, que en el sistema jurídico guatemalteco la jurisprudencia se reconoce en el ámbito constitucional a través de tres fallos contestes emitidos por la CC, principalmente por acciones constitucionales de amparo y opiniones consultivas, y en el ámbito de jurisdicción ordinaria, con cinco fallos de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), emitidos por las cámaras que conocen de los recursos de casación en materia civil.

En el ámbito de jurisdicción ordinaria, la misma normativa (artículo 2 del Decreto número 2-89 del Congreso de la República, Ley del Organismo Judicial) es clara en indicar que la principal fuente del ordenamiento jurídico guatemalteco es la ley, y que la jurisprudencia la complementará.

No obstante, en el ámbito constitucional la jurisprudencia que se produce como parte del control de constitucionalidad realizado por la CC (en la cual tiene aplicabilidad el bloque de constitucionalidad) permite que ésta pueda "separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido"; artículo 43 del Decreto número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.



La jurisprudencia que se analizará en el presente apartado es la emitida por la CC, cuando se haya pronunciado favorablemente sobre la defensa de los derechos de NNA, a partir de la vigencia y jerarquización constitucional de la CDN en el ordenamiento jurídico interno y, además, porque tal como lo indica la disposición normativa referida es obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales nacionales.

## **I. Interés superior de la niña, el niño o el adolescente**

En todo proceso judicial en que intervenga una NNA, los funcionarios públicos deben atender el interés superior que está contemplado en la CDN y la LPINA. En un proceso de relaciones familiares la CC en su jurisprudencia señala que

deviene imperativo otorgar la protección constitucional instada, en el sentido de que la relación del hijo de la ahora postulante con sus familiares paternos (abuela y tío) deberá producirse en forma progresiva y, particularmente, que el trato con el tío y el niño, se deberá dar bajo la supervisión de su progenitora —la madre del niño— para garantizar la protección de este último.<sup>31</sup>

En cuanto al interés superior del NNA, la CC en su jurisprudencia ha acentuado

El interés superior del niño es el derecho que estos tienen a tener una vida digna, que en su sentido más amplio se puede conceptualizar como el reconocimiento a aquellos derechos que le son inherentes, y que inciden de manera directa en su desarrollo personal, intelectual y emocional. Para ello, es papel fundamental del Estado garantizarles, por medio de las instituciones encargadas, cumplir con esos fines y procurar la realización de sus derechos

---

<sup>31</sup> Expediente 5217-2014. Página 15. Fecha de sentencia: 26/11/2015.

en su máxima expresión, como lo es que puedan crecer y crear un vínculo de pertenencia dentro de una familia como núcleo de toda sociedad.<sup>32</sup>

El interés superior de NNA está regulado en la CDN y la LPINA como una disposición general que debe ser adecuada a cada caso en concreto. Si fuera una situación que amerite una intervención jurisdiccional, el juez debe realizar una doble valoración: por una parte, debe establecer jurídicamente lo que significa para los NNA el interés superior, y, por otra, debe considerar cómo en el caso concreto y según la base fáctica que se le presenta, se delimitará la decisión a la que arribe.<sup>33</sup>

En una situación que amerite gestionar la protección de una NNA, el juez debe mostrar cierta flexibilidad para garantizar primordialmente los intereses ante la resolución del caso en concreto considerando el interés superior. De esta manera lo ha indicado la CC en su jurisprudencia

una consideración primordial que deben atender los tribunales que tomen medidas concernientes a los niños es el "interés superior del niño" y la especial protección para asegurarles la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. De esa cuenta, en los procedimientos que conduzcan a la protección de los derechos de niños, los órganos jurisdiccionales intervinientes, como medidas para el cumplimiento efectivo de ese interés preeminente, pueden girar órdenes y mandamientos a autoridades, funcionarios o empleados de la Administración Pública o personas obligadas de conformidad con la legislación aplicable, sin que para ello resulte estrictamente necesario que todas las instituciones del Estado que queden vinculadas en la decisión, deban participar en el procedimiento de protección. (...) -En el procedimiento de protección, la Procuraduría General de la Nación

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 8

<sup>33</sup> Solorzano, Justo, La Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, una aproximación a sus principios, derechos y garantías (Módulo instruccional para la capacitación de los Jueces de Paz), p. 37.

interviene tanto en tutela del niño como en representación del Estado. -El objetivo de ese procedimiento es que el juez determine si los derechos del niño se encuentran amenazados o violados y que establezca la forma como deben ser restituidos, atendiendo al interés superior del niño. -No es necesario que todas las instituciones del Estado participen en el procedimiento de protección. -Las medidas que se decreten en favor del niño constituyen órdenes y mandamientos a autoridades, funcionarios o empleados de la administración pública o personas obligadas de conformidad con la legislación aplicable, sin que el Estado u oficina específica pueda ejercer defensa orientada a que se le exonere de cumplir sus funciones relacionadas con los derechos en afectación.<sup>34</sup>

El interés superior también ha sido invocado por parte de la CC en materia de adopción; el cual —tal como se indicó con anterioridad— la CPRG reconoce y protege. Para ello, ha materializado el interés superior en la fundamentación de sus fallos al referirse a los recursos familiares de NNA:

El interés superior del niño debe comprenderse como el deber del Estado de procurar la realización de sus derechos como lo es crecer y crear un vínculo de pertenencia dentro de una familia, por lo que se ha establecido la figura de la adopción para reparar el derecho vulnerado (...) De esa cuenta, debe indicarse que tal principio debe ser una consideración primordial; es decir, debe tener preferencia sobre cualquier otro interés, sea económico, político o relativo a la seguridad del Estado o de los adoptantes, debiendo armonizarse su utilización con una concepción de los derechos humanos como facultades que permitan oponerse a los abusos de poder que van en su detrimento. Debe tomarse en cuenta que el interés superior del niño es primordial para asumir cualquier decisión que tenga incidencia en su futuro inmediato (...) Si los recursos familiares mencionados no son factibles, se busca que el infante sea cuidado por otra familia —adopción nacional— en su entorno social y natural; es decir, en el país en que ha nacido

---

<sup>34</sup> Expediente 277-2015. Página 9. Fecha de sentencia: 26/11/2015.

el niño. Cuando esas medidas no concurren, deviene la institucionalización de los niños y la subsidiariedad de la adopción internacional, como medida para ejercer el derecho del niño a desarrollarse en el seno de una familia.<sup>35</sup>

## II. Derecho a ser oído y tomado en cuenta

El derecho a ser tomado en cuenta se encuentra en el artículo 5 de la LPINA, el que la CC ha integrado con el artículo 12 de la CDN. En el marco de un proceso de revocación de un permiso permanente promovido por el padre de una niña y en el que las autoridades jurisdiccionales que intervinieron no habían tomado en cuenta la opinión de la hija que había manifestado que no quería regresar con su padre y sí permanecer al lado de su progenitora, la CC indicó

que, en lo tocante al agravio relacionado (la falta de consideración de la opinión de la niña), tal como lo señalada la peticionaria del amparo, la Sala reprochada incurrió las transgresiones constitucionales invocadas, por cuanto que el análisis proferido —y que quedó plasmado en las transcripciones que quedaron consignadas—, no reúne las condiciones necesarias para su validez, por cuanto que, al igual que el primer agravio abordado, adolece de indebida fundamentación y motivación, al omitir proyectar los argumentos, de hecho y de derecho, que expliquen jurídica y analíticamente las razones para no tomar en consideración la opinión vertida por la niña en las diligencias subyacentes; de esa cuenta, resulta procedente conceder la protección constitucional solicitada.<sup>36</sup>

A tenor de la jurisprudencia de la CC, es importante tener claro que el derecho de opinión de la niña no tiene límites, toda vez que no existe ninguna decisión en la cual no se afecten directa o indirectamente los

<sup>35</sup> Expediente 1507-2018. Página 9. Fecha de sentencia: 10/07/2019.

<sup>36</sup> Expediente 4164-2020. Página 28. Fecha de sentencia: 20/07/2021.

intereses de la niñez. Por ello, el alcance de este derecho es amplio e incluye todos los asuntos que una autoridad estatal (sea jurisdiccional o administrativa) intervenga.<sup>37</sup>

### **III. Derecho a la participación y derechos políticos**

El artículo 136 de la CPRG establece determinados derechos políticos, entre los que destacan el derecho a elegir y ser electo, optar a cargos públicos, participar en actividades políticas, entre otros. El modelo constitucional hace referencia a que es posible ejercer tales derechos políticos al momento de adquirir la ciudadanía guatemalteca, la cual a tenor del artículo 147 de la norma fundamental es a partir de los 18 años.

La CC en su jurisprudencia ha acentuado el pluralismo de edades, indicando que

el sistema constitucional guatemalteco admite el pluralismo de edades, puesto que parte de reconocer los derechos ciudadanos a los mayores de dieciocho años de edad (...), establece también las edades especiales para el ejercicio de determinados derechos, particularmente los de orden político para el acceso a determinados cargos (...). De esta manera goza el individuo en cada una de las edades determinadas por la ley de una diferente condición jurídica, ya sea como sujeto activo, con su capacidad de goce y de ejercicio, o como sujeto pasivo, titular de una especial protección social y jurídica (...). Cabe puntualizar que la edad por sí sola no genera derecho alguno sino que son las leyes las que deben determinar qué derechos se adquieren con la mayoría de edad y cuáles con una edad diferente a ésta, tomando como base los diversos aspectos que pueden hacer permisible a una persona el ejercicio de un determinado derecho.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Solorzano, Justo, *op. cit.*, p. 39.

<sup>38</sup> Expediente 682-96. Páginas 3 y 7. Fecha de sentencia: 21/06/1996.

En cuanto al derecho a la participación de la NNA en la comunidad, que refiere el artículo 23 de la CDN, hay que indicar que en el marco constitucional guatemalteco se reconoce al Sistema de Consejos de Desarrollo (artículo 225).<sup>39</sup> La CC ha señalado que en tales Consejos debe prevalecer la pluralidad de su integración, lo que implica disponer "la participación de los sectores público, privado, económico, indígena, campesino, laboral, empresarial y académico, entre otros, en sus distintos niveles: nacional, regional, departamental, municipal y comunitario."<sup>40</sup> Es claro que estos espacios de participación deben contar con expresiones que garanticen la representación de la niñez y adolescencia.

#### IV. Derecho a la vida

Como se indicó, el artículo 51 de la CPRG establece que el Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad. La CC ha señalado en su jurisprudencia que esto es así, "porque los niños, dada su condición de especial vulnerabilidad, requieren un resguardo preferencial a sus derechos fundamentales"<sup>41</sup>.

Respecto a la integridad de la niñez y adolescencia, la CC es enfática en indicar que

debe atenderse a los derechos de los menores de edad, que por su condición de vulnerabilidad poseen derechos inherentes a su estado, que tienen aplicación obligada por los órganos jurisdiccionales. Dentro de tales derechos se encuentra la protección que el Estado debe procurarles, así como promover el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia, especialmente su dignidad, libertad, igualdad y protección social. Es decir que al aplicar una norma ordinaria en un caso concreto, si existen intereses de niños o adolescentes, deben aplicarse a la luz de las disposiciones constitucionales que mejor coadyuven a su protección.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Expediente 2861-2007. Página 23. Fecha de sentencia: 28/01/2009.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Expediente 3312-2018. Página 25. Fecha de sentencia: 11/06/2019.

<sup>42</sup> Expediente 3407-2008. Página 5. Fecha de sentencia: 29/01/2009.

Sobre el derecho a un nivel de vida adecuado, la CC cuenta con doctrina legal que es necesaria traer a colación, toda vez que tuvieron origen a partir del control de constitucionalidad realizado a fallos provenientes de jueces de niñez y adolescencia.

En primera instancia, los jueces de niñez y adolescencia habían declarado la violación del derecho a la alimentación, la vida, a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la educación y a la vivienda de NNA en situación de desnutrición crónica. Se sostuvo que el responsable de dichas violaciones por omisión era el Estado de Guatemala al no contemplar programas, políticas, acciones y medidas eficaces que evitaran problemas de salud derivados de la situación referida. En las resoluciones, los jueces ordenan una serie de medidas que instituciones del Estado deben acatar para la restitución de los derechos vulnerados.<sup>43</sup>

Al ser promovido el control constitucional vía apelación de amparo, la CC convalida los fallos emitidos por los jueces, considerando en su sentencia

En los procedimientos de protección a la niñez, los órganos jurisdiccionales competentes para decretar medidas, para el cumplimiento efectivo del interés de los niños o niñas, pueden girar órdenes y mandamientos a autoridades, funcionarios o empleados de la Administración Pública o personas obligadas de conformidad con la legislación aplicable, sin que para ello sea estrictamente necesario que todas las instituciones del Estado queden vinculadas en la decisión o deban participar en el procedimiento de protección respectivo (...)

Esta Corte estima necesario indicar que la Constitución Política de la República de Guatemala contiene lo concerniente a la alimentación y nutrición (...) Esta disposición normativa impone al

---

<sup>43</sup> Carpeta Judicial 19003-2011-00641. Juzgado de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la ley penal del Departamento de Zacapa. Fecha de sentencia: 31/05/2013.

Estado la obligación fiscalizadora de lo concerniente a la alimentación y nutrición, así como la de vigilar que aquellas instituciones establecidas para el efecto cumplan con los requisitos mínimos de salud, nótese entonces que aquella obligación estatal no es la de proporcionar alimentos, pues esta obligación alimenticia, como tal, solo deviene como consecuencia de la relación jurídicafamiliar ya sea por el matrimonio o por vínculo consanguíneo (...)

En cuanto al derecho a la vivienda, el cual está reconocido en la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 119, literal g) (...) esta Corte estima que, en este caso, para el cumplimiento de lo ordenado por la autoridad denunciada deben realizarse los procedimientos idóneos para la consecución del contenido esencial del derecho a la vivienda, el cual se resguarda al facilitar el acceso a los mecanismos y procedimientos que hagan asequible la obtención de una vivienda digna; asimismo es necesario que la madre del niño, en representación de él, se incorpore a los procedimientos, proyectos y planes que brinda el Estado, para que una vez finalizados pueda acceder a una vivienda digna.<sup>44</sup>

## V. Derecho a la salud

La CPRG reconoce el derecho a la salud como un bien público fundamental<sup>45</sup> al que todos tienen derecho, sin discriminación alguna.<sup>46</sup> El Estado guatemalteco reconoce su responsabilidad para que la alimentación y nutrición de la población reúnan los requisitos mínimos de salud; mientras que las instituciones especializadas del Estado deberán coordinar sus acciones entre sí o con organismos internacionales dedicados a la salud, para lograr un sistema alimentario nacional efectivo.

<sup>44</sup> Expediente 3380-2014. Páginas 13, 14 y 16. Fecha de sentencia: 27/10/2015. En el mismo sentido: Expediente 4474-2014. Fecha de sentencia: 01/10/2015; y Expediente 5962-2014. Fecha de sentencia: 29/07/2015.

<sup>45</sup> Constitución Política de la República de Guatemala con notas de Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2da edición, Corte de Constitucionalidad, artículo 97.

<sup>46</sup> *Ibidem*, artículo 93.



Respecto al derecho a la salud, la CC hace especial acotación en que

el goce de la salud es un derecho fundamental del ser humano sin discriminación alguna; (...) la salud de los habitantes de la Nación como un bien público y ha asumido como obligación la de velar por la salud y la asistencia social de todos los habitantes mediante el desarrollo de acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes para procurarle el más completo bienestar físico, mental y social.<sup>47</sup>

La CC destaca el reconocimiento de la especial protección de la niñez en relación con el "derecho mínimo vital", de la siguiente manera

[La] explicación del 'derecho al mínimo vital' lo efectuó esta Corte respecto de población adulta en edad económicamente activa; sin embargo, es un derecho que goza toda persona humana, que para el caso de niños y adolescentes, el interés resulta superior por la especial protección que ellos precisan, como en el presente caso, razón por la cual este Alto Tribunal no puede soslayar el fenómeno socio-jurídico que los casos antecedentes traen a cuenta a la justicia constitucional.<sup>48</sup>

Sobre los deberes del Estado con relación al "derecho a la alimentación" de los niños y niñas, a su turno, el máximo tribunal constitucional ha indicado:

Este problema de afectación del derecho al mínimo vital en casos de niñez desvela la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda esfuerzos importantes, dadas las condiciones de vulnerabilidad extrema en las cuales se

<sup>47</sup> Expediente 2158-2009. Página 11. Fecha de sentencia: 16/02/2010.

<sup>48</sup> Expediente 1302-2018. Página 23. Fecha de sentencia: 30/05/2019.

encuentra la población aludida, las cuales irremediablemente derivan de la omisión de brindar una protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades encargadas de la asistencia social. Como se evidencia, esta violación ocurre a un grupo poblacional de manera prolongada y reiterada y no es imputable a una única autoridad, sino que obedece a un problema estructural, en razón a la insuficiencia de programas y recursos destinados a solventar las precariedades existentes en esa región. Con los tres casos de protección a niños aquí identificados, se pone en evidencia el estado de urgencia para atender adecuadamente esa situación de múltiple afectación a derechos constitucionales, sin que se haya invocado el diseño de una política para su erradicación o del desarrollado de múltiples instrumentos para su ejecución, acordes con los mandatos constitucionales e internacionales respecto de los niños y su núcleo familiar.<sup>49</sup>

## **VI. Derecho a la educación y educación sexual**

La CPRG garantiza la libertad de enseñanza y de criterio docente, reconociendo la obligatoriedad del Estado en proporcionar y facilitar educación a sus habitantes sin discriminación alguna. La CC en su jurisprudencia hace especial referencia al reconocimiento del derecho a la educación como esencial y determinante para el progreso social y económico del país. El máximo tribunal constitucional recalca que

en el Estado moderno los problemas jurídicos de la educación son esencialmente constitucionales y se les vincula en forma directa con la posibilidad de lograr un equilibrio entre el derecho ciudadano a la educación y la capacidad y obligación del Estado a proporcionarla, conducirla y orientarla (...) Constituye un derecho esencial y, correlativamente, uno de los servicios vitales que presta el Estado, por cuanto su calificada y eficaz implementación: i. es factor determinante para el progreso social y económico

---

<sup>49</sup> Expediente 277-2015. Página 17 Y 18. Fecha de sentencia: 26/11/2015.

del país, así como de la superación de la ciencia y de la técnica; ii. Influye directamente sobre la erradicación de la pobreza y el desarrollo humano de la ciudadanía en general; iii. Constituye condición ineludible del bienestar individual y colectivo de la población y contribuye de modo notable, no solo a la prosperidad material, sino al crecimiento intelectual y emocional de las personas y iv. opera como valioso catalizador de la realización de otros derechos fundamentales, como el de trabajo y el de igualdad —al abonar a la igualdad de oportunidades—. Como colofón, un pueblo educado está mejor preparado para conocer, cumplir y velar por la observancia del Derecho como principio ordenador de la convivencia social; lo cual propicia la realización del derecho y deberes cívicos establecidos en el Artículo 135, literales b y e, constitucional. De ahí que cada vez más Estados han asumido su provisión como un servicio público prioritario.<sup>50</sup>

La CPRG estipula que la educación tiene como fin primordial el desarrollo integral de la persona humana, el conocimiento de la realidad y cultura nacional y universal.<sup>51</sup> La CC ha emitido una opinión clara en relación con la autonomía de criterio de las niñas y niños, reconociéndolos como "alumnos" a los que se les debe de educar para crear en ellos una conciencia crítica, la cual no podría desarrollarse si se le niega el acceso a la educación de alguna materia, dentro de las que se pueden incluir el autocuidado de la salud y la sexualidad; tal como se describe a continuación:

El sujeto al que es atribuible este derecho es el "alumno" y, si bien, es un derecho público orientado de modo directo en beneficio de la sociedad, su destinatario final es la generación de jóvenes, cuya formación se persigue en las aulas (...) las normas que podrían confrontar los preceptos que reconocen derechos a la educación serían aquellas que directamente regulen temas relativos a la educación "en las aulas", para su destinatario final que son las

<sup>50</sup> Expedientes acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013. Fecha de sentencia: 05/07/2016.

<sup>51</sup> Corte de Constitucionalidad, *op. cit.*, artículo 72.

personas en edad de escolaridad; que además, dichas normas incursionen en temas de educación dentro del sistema educativo nacional.

Poner en conocimiento del estudiante, no necesariamente significa orientarle en alguna postura definida por el Estado ni del propio establecimiento, precisamente porque se le educa para crearle una conciencia crítica que no podría desarrollar si se le niega el acceso a la educación en cualquier materia, dentro de la que puede incluirse el auto cuidado de la salud y la sexualidad. El centro educativo tendría, conforme lo regula la norma impugnada, obligación de brindar al alumno educación en materia de auto cuidado de la salud y sexualidad y está en su libertad de enseñanza, manifestarle su postura y lo que, a su juicio, es el deber ser en esa materia, sin embargo, ha de respetar la posición del propio alumno en el tema porque, también está en el ámbito de su libertad, la cual no podrá escoger si vive en la ignorancia.<sup>52</sup>

## **VI. No discriminación**

El artículo 10 de la LPINA indica que los derechos reconocidos son aplicables a todo NNA sin discriminación alguna. Al respecto la CC en su jurisprudencia ha analizado la siguiente situación:

Los promotores de la garantía constitucional formularon su tesis exponiendo cómo advierten que son vulnerados los enunciados normativos nacionales e internacionales relacionados, según la argumentación que quedó plasmada en el segmento correspondiente. No obstante, también hacen descansar su planteamiento en una "tesis central", en la que exponen que la normativa objetada de inconstitucionalidad resulta insuficiente porque no desarrolla la prohibición de no discriminación por motivo de discapacidad en el ámbito de las aseguradoras lo que comporta una omisión relativa con trascendencia constitucional. Según su parecer, es clara

---

<sup>52</sup> Expedientes acumulados 1202-2006; 1288-2006 y 1451-2007. Página 42. Fecha de sentencia: 08/01/2008.

la ausencia de protección jurídica contra las negaciones discriminatorias por motivos de discapacidad en los seguros supone violación a los principios y derechos.<sup>53</sup>

Y respecto a NNA ha considerado, puntualmente, que

El rasgo principal que caracteriza a este submodelo es la exclusión, ya sea como consecuencia de subestimar a las personas con discapacidad y considerarlas objeto de compasión, o como consecuencia del temor o el rechazo por considerarlas objeto de maleficios o como advertencia de un peligro inminente. Es decir que, por menosprecio o por miedo, la exclusión parece ser la respuesta social que generaba mayor tranquilidad. A diferencia del submodelo eugenésico, ya no se comente infanticidio, aunque gran parte de los niños con discapacidad mueren como consecuencia de omisiones, por falta de interés y recursos, o por invocarse la fe como único medio de salvación.<sup>54</sup>

## **E. Conclusiones**

En Guatemala la constitucionalización de los derechos de la niñez y adolescencia se ha logrado a través de disposiciones específicas, y con la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado de Guatemala el 25 de febrero de 1991, que en conjunto con otros instrumentos internacionales han ampliado el marco jurídico para la defensa de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes.

A partir de la constitucionalización alcanzada con la Convención sobre los Derechos del Niño y la aplicación de figuras como el bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad, el ordenamiento jurídico guatemalteco se ha desarrollado apropiadamente bajo el paradigma de la protección integral.

---

<sup>53</sup> Expediente 3350-2019. Página 44. Fecha de sentencia 28/01/2021.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 107.

Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala no cuenta con suficiente jurisprudencia en relación con la defensa y protección de los Derechos Humanos de la Niñez y Adolescencia. A pesar de eso, ha sido enfática en reforzar el interés superior al derecho vital de la alimentación para las niñas, niños y adolescentes, en atención a los indicadores que posicionan a Guatemala como el país número uno en retraso de crecimiento de niños menores de 5 años, lo cual se debe a la falta de alimentación.

El derecho a la educación sexual y reproductiva es un tema de poco desarrollo por la ideología conservadora del país, lo cual afecta grandemente los principios de opinión del niño, autonomía progresiva y derechos a la libertad sexual, sin embargo, la CC ha manifestado la importancia de la inclusión de la educación sexual en el pñsum educativo, reconociendo y respetando la autonomía de criterio de la niñas y niños, el cual podría limitarse si se niega el acceso a la educación.

Al ser Guatemala un país pluricultural y multilingüe, el reconocimiento y respeto al derecho de igualdad es fundamental para el acceso, goce y disfrute de todos los derechos fundamentales, sin embargo, a pesar de que la CC ha hecho especial referencia al respeto a las tradiciones indígenas, especialmente a los conocimientos heredados por los pueblos originarios, se sigue reflejando una enorme brecha para el acceso al derecho a la educación y salud de los niños pertenecientes a las comunidades indígenas que representan 47.75% de la población guatemalteca.

## **Bibliografía**

Díaz, Elvyn, *Propuestas para el fortalecimiento de la persecución penal y la investigación criminal*, ICCPG, 2017.

FAO, FIDA, OPS, WFP y UNICEF, "América Latina y el Caribe - Panorama regional de la seguridad alimentaria y nutricional 2021: estadísticas y tendencias", Santiago de Chile, 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.4060/cb7497es>. [Consultado el 24 de julio de 2022].

Instituto Nacional de Estadística (INE), *XII Censo Nacional de Población y VII de Vivienda 2018*. Disponible en: <https://www.ine.gob.gt/ine/poblacion-menu/>. [Consultado en fecha 22 de julio de 2022].

IWGIO, "*El mundo indígena 2020: Guatemala*". 2020. Disponible en: <https://www.iwgio.org/es/guatemala/3742-mi-2020-guatemala.html>. [Consultado el 25 de julio de 2022].

Oficina de las Naciones Unidas. *Acortar desigualdades: haciendo efectivos los derechos de los pueblos indígenas*. Guatemala, Disponible en: <https://onu.org.gt/comunicados/acortar-desigualdades-haciendo-efectivos-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas/#:~:text=La%20exclusi%C3%B3n%20afecta%20en%20particular,40%20por%20mil%20nacidos%20vivos>. [Consultado el 25 de julio de 2022].

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD9). *Análisis común de país. Actualización 2021*. Publicado en <https://guatemala.un.org/sites/default/files/2021-07/CCA%20update%20summary%202021.pdf#:~:text=De%20acuerdo%20con%20el%20C3%8Dndice,y%20Hait%C3%AD%20en%20la%20regi%C3%B3n>. [Consultado en fecha 22 de julio de 2022].

Solorzano, Justo, *La Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, una aproximación a sus principios, derechos y garantías (Módulo instruccional para la capacitación de los Jueces de Paz)*, Guatemala, Guatemala, Organismo Judicial/UNICEF, 2004.

UNICEF, *Atlas Nacional de la Situación de la Niñez y Adolescencia en Guatemala*. Guatemala, 2021.

## **Normativa**

Corte de Constitucionalidad, *Constitución Política de la República de Guatemala con notas de Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Guatemala, 2a ed., 2020.

UNICEF-Comité Español, Convención de los Derechos del Niño, 2006.

Decreto número 27-2003 del Congreso de la República, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

### **Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad**

Expediente 682-96. Fecha de sentencia: 21/06/1996.

Expedientes acumulados 1202-2006; 1288-2006 y 1451-2007. Fecha de sentencia: 08/01/2008.

Expediente 2861-2007. Fecha de sentencia: 28/01/2009.

Expediente 3407-2008. Fecha de sentencia: 29/01/2009.

Expediente 2158-2009. Fecha de sentencia: 16/02/2010.

Expedientes acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013. Fecha de sentencia: 05/07/2016.

Expediente 3380-2014. Fecha de sentencia: 27/10/2015.

Expediente 5217-2014. Fecha de sentencia: 26/11/2015.

Expediente 5963-2014. Fecha de sentencia: 19/03/2015

Expediente 277-2015. Fecha de sentencia: 26/11/2015.

Expediente 4-2016. Fecha de sentencia: 26/05/2016.

Expediente 3438-2016. Fecha de sentencia: 08/11/2016

Expediente 1028-2016. Fecha de sentencia: 27/12/2018



Expediente 1302-2018. Fecha de sentencia: 30/05/2019.

Expediente 1507-2018. Fecha de sentencia: 10/07/2019.

Expediente 3350-2019. Fecha de sentencia 28/01/2021.

Expediente 4164-2020. Fecha de sentencia: 20/07/2021.

### **Jurisprudencia del sistema interamericano**

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018.



# **México**

---

Nicolás Espejo Yaksic\*

\* Investigador del Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; Visiting Fellow, Exeter College, Universidad de Oxford y Guest Lecturer in Law, Universidad de Leiden.

SUMARIO: A. Contexto del país y sistema constitucional; B. La recepción e incorporación del derecho internacional de los derechos humanos; C. Reconocimiento formal de los derechos de niñas, niños y adolescentes en el sistema constitucional mexicano; D. La jurisprudencia constitucional sobre derechos de niñas, niños y adolescentes en México; I. Interés superior; II. Autonomía; III. Igualdad y no discriminación; IV. Vida familiar; D. Acceso a una justicia adaptada a la niñez; E. Conclusiones.

## **A. Contexto del país y sistema constitucional**

Según datos censales de 2020, México tenía una población de 38.3 millones de personas de entre 0 y 17 años en 2020 (49.3% mujeres y 50.7% hombres); 5.3% de la población de 3 a 17 años era hablante de lengua indígena en 2020, lo que corresponde a 1.7 millones de niñas, niños y adolescentes. A su vez, el mismo año, 1.7% de la población de 0 a 17 años se autorreconocía afroamericana o afrodescendiente, correspondiente a más de 650 mil niñas, niños y adolescentes. Finalmente, para 2020, 6.8% de la población de 0 a 17 años tenía alguna discapacidad, lo que equivale a 2.6 millones de niñas, niños y adolescentes.<sup>1</sup>

A pesar de los muchos esfuerzos de México por cumplir con las obligaciones de derechos humanos respecto de niñas, niños y adolescentes,

---

<sup>1</sup> Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Censo de Población y Vivienda 2020 (Censo 2020). Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/ccpv/2020/>.

muchos déficits se mantienen. Para 2020, 52.6% de la población de 0 a 17 años vivía en situación de pobreza, esto es 19500,000 niñas, niños y adolescentes. Entre 2018 y 2020 la pobreza en la población de 0 a 17 años aumentó de 50.3% a 52.6% en el ámbito nacional. A su vez, para el mismo año, 10.6% de la población de 0 a 17 años vivía en situación de pobreza extrema, equivalente a más de 3.9 millones de niñas, niños y adolescentes. Entre 2018 y 2020 la pobreza extrema en la población de 0 a 17 años aumentó de 8.7% a 10.6% en el país.<sup>2</sup> De acuerdo con la Encuesta Nacional de Salud y Nutrición (ENSANUT) 2020, del grupo de niñas y niños menores de 5 años 13.9% registraba prevalencias de desnutrición crónica, así como anemia (32.5% de niños de 1 a 4 años). Asimismo, las prevalencias de sobrepeso y obesidad infantil están entre las más altas del mundo, con 38.5% de niñas y niños de 6 a 11 años y 43.8% adolescentes de 12 a 19 años en esa situación.<sup>3</sup>

Según datos de UNICEF, casi 4 de cada 10 madres y 2 de cada 10 padres, sin importar el ámbito de residencia, reportan pegarle o haberles pegado a sus hijas o hijos cuando sintieron enojo o desesperación.<sup>4</sup> En el sector salud, alrededor de 32% de las mujeres de entre 15 y 17 años atendidas en algún centro de salud, hospital o clínica, sufrió alguna forma de violencia obstétrica durante su último parto.<sup>5</sup> Los datos de 2016 del Sistema de Justicia Penal mostraban que alrededor de 50% de los delitos cometidos contra niñas, niños y adolescentes se relacionan con actos que atentan contra su integridad física (lesiones, abusos sexuales, violaciones, homicidios) y patrimonial (robos simples o en la vía pública).<sup>6</sup> De enero

---

<sup>2</sup> Consejo Nacional de Evaluación de la Política Social (CONEVAL), *Medición de la Pobreza Multidimensional en México 2018-2020*. Disponible en: [https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2021/COMUNICADO\\_009\\_MEDICION\\_POBREZA\\_2020.pdf](https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2021/COMUNICADO_009_MEDICION_POBREZA_2020.pdf)

<sup>3</sup> Informe Anual 2021 UNICEF México, p. 2. Disponible en: <https://www.unicef.org/mexico/media/6896/file/Informe%20anual%202021.pdf>

<sup>4</sup> UNICEF, *Panorama estadístico de la violencia Contra niñas, niños y adolescentes en México, Ciudad de México, 2019*. Disponible en: <https://www.unicef.org/mexico/media/1731/file/UNICEF%20PanoramaEstadistico.pdf>

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 46.

a diciembre de 2020 el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad (SESNP) había registrado 24,808 casos de víctimas de delitos de entre 0 y 17 años de edad.<sup>7</sup>

En los ámbitos político e institucional, México constituye una República representativa, democrática, laica y federal, integrada por 32 estados libres y soberanos, más la Ciudad de México. En todo lo relativo a su régimen interior, dichas entidades se encuentran unidas en una Federación establecida de acuerdo con los principios de la Constitución Política (artículo 40). La Federación se divide en los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La rama legislativa se divide en dos cámaras, una de Diputados y otra de Senadores (artículo 50); el Poder Ejecutivo está representado por el presidente de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 80), y el Judicial, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), el Tribunal Electoral, los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, además de los Juzgados de Distrito (artículo 94).

En materia de derechos fundamentales, y desde la denominada reforma de derechos humanos<sup>8</sup> que tuvo lugar en 2011, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene un intenso marco normativo de protección. Desde una perspectiva sustantiva, la reforma dispuso un nuevo artículo 1º de la Constitución que dispone

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

<sup>7</sup> Red por los Derechos de la Infancia (REDIM), Infancia y Adolescencia: Víctimas de delitos en México 2021, mayo 7, 2021. Disponible en: <https://infanciacuenta.org/visualizacion-de-datos/infancias-victimas-de-delitos-en-mexico-2021/#:~:text=De%20enero%20a%20diciembre%20de,y%2017%20a%C3%B1os%20de%20edad.>

<sup>8</sup> Para una excelente revisión crítica y actualizada de esta reforma véase, en particular, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Caballero Ochoa, José Luis, *La reforma constitucional sobre Derechos Humanos en México. Una evaluación con perspectiva de futuro*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.<sup>9</sup>

A su vez, y desde una perspectiva procedimental, la reforma modificó los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución, en materia de recurso de amparo (o tutela de derechos fundamentales). En especial, se amplió la procedencia del amparo por violaciones a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; se introdujo el amparo adhesivo; se estableció la posibilidad de promover el juicio de amparo a quien cuente con interés legítimo; se modificaron algunas normas relacionadas con la integración de la jurisprudencia y se creó la figura de la Declaratoria General

---

<sup>9</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (última reforma publicada DOF 28-05-2021). Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.



de Inconstitucionalidad. A su vez, se facultó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para pronunciarse sobre la constitucionalidad y validez de los decretos de suspensión o restricción del ejercicio de los derechos humanos y sus garantías (artículo 105) y se transfirió la facultad de investigación por violaciones graves de derechos humanos desde este órgano a la Comisión Nacional de Derechos Humanos (artículo 102).

Finalmente, y desde 2021, el Poder Judicial de la Federación está facultado para crear precedentes que vinculan a todas las autoridades judiciales del país de cinco formas: 1) por precedentes obligatorios; 2) por reiteración;<sup>10</sup> 3) por contradicción de criterios; 4) al resolver acciones de inconstitucionalidad, y 5) al resolver controversias constitucionales. Es importante, y para lo que nos ocupa en este libro, que la figura del precedente obligatorio ha quedado consagrado de la siguiente forma: "Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas."<sup>11</sup>

## **B. La recepción e incorporación del derecho internacional de los derechos humanos**

México ha ratificado una larga lista de tratados internacionales en materia de derechos humanos. Ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) el 21 de septiembre de 1990 y ésta se incorporó formalmente al derecho interno en 1991.<sup>12</sup> Al mismo tiempo,

<sup>10</sup> Competencia derogada en 2021 a la Suprema Corte de Justicia de la Nación —en virtud de la creación de la figura del "precedente obligatorio"— pero que sigue vigente para los tribunales colegiados.

<sup>11</sup> Artículo 94, inciso 12, Constitución Política de los Estados Mexicanos. Artículos 222 y 223 de la Ley de Amparo.

<sup>12</sup> Decreto Promulgatorio de la Convención Sobre los Derechos del Niño, DOF: 25.01.1991, Secretaría de Gobernación. Disponible en: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=4701290&fecha=25/01/1991](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4701290&fecha=25/01/1991)

el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la participación de niños en los conflictos armados<sup>13</sup> y el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía<sup>14</sup> se convirtieron en ley en 2002. Sin embargo, México no ha adoptado ninguna medida en relación con la firma o ratificación del Protocolo Facultativo de la CDN sobre un procedimiento de comunicaciones<sup>15</sup>. Desde la ratificación de la CDN, México ha presentado un total de siete informes periódicos, además de los informes iniciales de los Protocolos Facultativos de la Convención. El Comité de Derechos del Niño de la ONU emitió sus más recientes observaciones finales al Estado el año 2015.<sup>16</sup>

La Constitución Política de México considera que los tratados forman parte de la ley suprema de la unión. Su artículo 133 dispone que:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

---

<sup>13</sup> Decreto Promulgatorio del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinticinco de mayo de dos mil, DOF: 03.05.2002. Disponible en: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=732470&fecha=05/03/2002](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=732470&fecha=05/03/2002).

<sup>14</sup> Decreto Promulgatorio del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinticinco de mayo de dos mil, DOF: 22.04.2002. Disponible en: [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=734643&fecha=22/04/2002](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=734643&fecha=22/04/2002)

<sup>15</sup> En marzo de 2019, el Senado de México urgió al presidente de los Estados Unidos Mexicanos a adoptar el Tercer Protocolo sobre un procedimiento de comunicaciones. Disponible en: [https://www.senado.gob.mx/64/gaceta\\_del\\_senado/documento/94343](https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/94343)

<sup>16</sup> A principios de 2021, México presentó su sexto y séptimo informes combinados ante el Comité de Derechos del Niño. A diciembre de 2022 el Comité no había emitido aún sus observaciones finales respecto a esos informes periódicos.

En términos estrictos de jerarquía, en México, los tratados internacionales forman parte de la ley suprema de la unión, aunque se les ubica por debajo de la Constitución y por encima de las leyes generales, federales y locales.<sup>17</sup> Sin embargo, y como hemos visto, esta cuestión respecto a la jerarquía de los tratados no debe confundirse con el estatus de las normas de derechos humanos contenidas en ellos. Como ha indicado la SCJN al interpretar el artículo 1º de la Constitución, luego de la reforma de 2011

[...] una de las principales aportaciones de la reforma constitucional es la creación de un conjunto de normas de derechos humanos, cuya fuente puede ser, indistintamente, la Constitución o un tratado internacional. Así, este conjunto integra el nuevo parámetro de control de regularidad o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano.<sup>18</sup>

En otros casos, lo que reconoce la Constitución como parámetro de validez son las normas de derechos humanos incluidas tanto en el propio texto constitucional como en los tratados internacionales, además de aquellas de carácter comercial, consular o de cualquier otra índole.<sup>19</sup> Para decirlo de otra forma, la reforma de 2011 permitió el reconocimiento constitucional de un conjunto de estándares de derechos humanos, cuya fuente puede ser, indistintamente, la Constitución Política o un tratado internacional. Más precisamente, y de acuerdo con la jurisprudencia de la SCJN:

[...] de la literalidad de los primeros tres párrafos del artículo 1º constitucional se desprende lo siguiente: (i) los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados de los cuales México sea parte integran un mismo conjunto o catálogo de

<sup>17</sup> SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 120/2002, p. 6. De manera más general, Rodríguez Huerta, G., *Incorporación y aplicación del derecho internacional en el orden jurídico mexicano*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2015.

<sup>18</sup> SCJN, Acuerdo del Tribunal Pleno, Contradicción de Tesis 293/2011, p. 32.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 20.

derechos; (ii) la existencia de dicho catálogo tiene por origen la Constitución misma; (iii) dicho catálogo debe utilizarse para la interpretación de cualquier norma relativa a los derechos humanos; y (iv) las relaciones entre los derechos humanos que integran este conjunto deben resolverse partiendo de la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos —lo que excluye la jerarquía entre unos y otros—, así como del principio pro persona, entendido como herramienta armonizadora y dinámica que permite la funcionalidad del catálogo constitucional de derechos humanos.<sup>20</sup>

### **C. Reconocimiento formal de los derechos de niñas, niños y adolescentes en el sistema constitucional mexicano**

Sin perjuicio de que la Constitución Política ha contemplado —desde 1917— diversas normas que reconocen obligaciones hacia las niñas y niños y un creciente reconocimiento de sus derechos, fue hasta la reforma de derechos humanos de 2011 que el texto constitucional contó con un marco integral de protección a tales derechos.<sup>21</sup> En su formulación actual, el artículo 4º de la Constitución dispone que:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud,

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>21</sup> González Contró, Mónica, "Niñas, niños y adolescentes. La evolución de su reconocimiento constitucional como personas", en Esquivel, Gerardo, Ibarra Palafox, Francisco *et al.* (coords.), *Cien ensayos para el Centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. 2, México, IJ UNAM, 2017, pp. 185-195. Para una revisión panorámica de la evolución jurisprudencial de la SCJN en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes véase, en especial, Ibarra Olguín, Ana María y Navarrete, Nallely, "Diez años de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en *La reforma constitucional en derechos humanos: una década transformadora*, México, Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 101-140.

educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.<sup>22</sup>

A su vez, la Constitución mexicana vigente reconoce el derecho a la educación de niñas, niños y adolescentes, a que su interés superior sea priorizado en el acceso, la permanencia y participación en los servicios educativos.<sup>23</sup> Entre otros aspectos, estos artículos también incorporan la educación inicial como básica y obligatoria y reconocen que la educación en general se basará en el respeto irrestricto a la dignidad de las personas, con un enfoque de derechos humanos e igualdad sustantiva.<sup>24</sup> Tratándose de pueblos y comunidades indígenas, la Constitución obliga a impartir educación plurilingüe e intercultural basada en el respeto, promoción y preservación del patrimonio histórico y cultural.<sup>25</sup>

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos también establece la obligación de pagar un salario justo, entendido éste como aquel suficiente para garantizar la educación de hijas e hijos de las trabajadoras y los trabajadores.<sup>26</sup> Asimismo, dispone que las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, con el deber de percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos

<sup>22</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, artículo 4, incisos 9, 10 y 11.

<sup>23</sup> *Ibidem*, artículo 3.4.

<sup>24</sup> *Ibidem*, artículo 3.3.

<sup>25</sup> *Ibidem*, artículo 3.11. inciso e.

<sup>26</sup> *Ibidem*, artículo 123, sección A, VI.

que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos.<sup>27</sup>

Del mismo modo, la Constitución mexicana prohíbe la utilización del trabajo de los menores de 15 años. En el caso de aquellas y aquellos adolescentes mayores de 15 años y menores de 16, la Constitución dispone que tendrán como jornada máxima la de seis horas.<sup>28</sup> En cuanto al derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes, la Constitución regula la forma de obtener la ciudadanía mexicana y reconoce el derecho a ser registrado desde que se nace, con lo que impone la obligación a los progenitores y al Estado de salvaguardar ese derecho.<sup>29</sup> Además, la Constitución obliga a la Federación y a las entidades federativas a establecer un sistema integral de justicia para adolescentes de entre 12 y los 18 años, y que entren en contacto con la ley penal. Dicho sistema deberá garantizar los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes.<sup>30</sup> Finalmente, y de manera importante, la Constitución asegura que en aquellos casos en que se proceda a la suspensión de derechos debido a casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, no se podrán suspender los derechos de niñas, niños y adolescentes.<sup>31</sup>

A su vez, y con base en las reformas constitucionales de 2011 a los artículos 1º y 4º de la Constitución, en 2014 se promulgó la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA).<sup>32</sup> Ésta tiene

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, artículo 123, sección A-V.

<sup>28</sup> *Ibidem*, artículo 123, sección A-III.

<sup>29</sup> *Ibidem*, artículo 4, inciso 8.

<sup>30</sup> *Ibidem*, artículo 18, inciso 4.

<sup>31</sup> *Ibidem*, artículo 29, inciso 2.

<sup>32</sup> Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), Diario Oficial de la Federación (DOF) 04.12.2014. Última versión tras las reformas de 2017 y 2019 disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/725568/LGDNNA\\_nva\\_reforma\\_230322.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/725568/LGDNNA_nva_reforma_230322.pdf).

cinco objetivos clave<sup>33</sup> orientados a proporcionar el pleno cumplimiento de los mandatos establecidos en los artículos 1º y 4º

- (1) Reconocer a las niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, y *con capacidad para disfrutarlos*,<sup>34</sup> de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; en los términos establecidos en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- (2) Garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte;
- (3) Crear y reglamentar la integración, organización y funcionamiento del Sistema Nacional para la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, a fin de que el Estado cumpla con su responsabilidad de garantizar la protección, prevención y restitución integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que han sido violentados;
- (4) Establecer los principios rectores y criterios que orientarán la política nacional sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes, así como las facultades, competencias, concurrencia y bases de coordinación entre la Federación, las entidades federativas (autoridades locales) los municipios y las demarcaciones territoriales del antes Distrito Federal; y las actuaciones de los Poderes Legislativo y Judicial, y de los órganos constitucionales autónomos, y

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, artículo 1.

<sup>34</sup> Frase añadida en la reforma del 6 de junio de 2019 (DOF 06/03/2019).

- (5) Establecer las bases generales para la participación de los sectores privado y social en las acciones encaminadas a garantizar la protección y el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, así como prevenir su vulneración.

A su vez, la LGDNNA regula varios aspectos fundamentales para la efectiva implementación de la CDN, entre ellos: 1) la consideración del interés superior del niño como primordial en la adopción de cualquier medida que le afecte,<sup>35</sup> entre muchos otros principios rectores;<sup>36</sup> 2) el reconocimiento de un conjunto de derechos fundamentales y garantías jurídicas;<sup>37</sup> 3) la forma en que se deben proteger los derechos de niñas, niños y adolescentes, creando el Sistema Integral de Protección a las Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA),<sup>38</sup> y 4) cómo se deben restituir los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando se encuentran en riesgo o hayan sido vulnerados, a través de las Procuradurías de Protección de Derechos.<sup>39</sup>

#### **D. La jurisprudencia constitucional sobre derechos de niñas, niños y adolescentes en México**

A continuación se presenta una serie de desarrollos jurisprudenciales en materia de derechos constitucionales de niñas, niños y adolescentes en México. A estos efectos se han privilegiado: a) la jurisprudencia emanada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dado su importante efecto irradiador y el peso que sus precedentes juegan en el sistema constitucional mexicano; y b) precedentes que consolidan la tendencia de un desarrollo progresivo del contenido normativo de derechos reconocidos

---

<sup>35</sup> LGDNNA, artículo 2, inciso 4.

<sup>36</sup> La Ley también reconoce una serie de principios rectores y que resultan relevantes para orientar el trabajo de interpretación de los derechos de niñas, niños y adolescentes. LGDNNA, artículo 6.

<sup>37</sup> *Ibidem*, artículos 13-101 bis 2.

<sup>38</sup> *Ibidem*, artículos 125-135.

<sup>39</sup> *Ibidem*, artículos 121-124.



por la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y la LGDNNA.<sup>40</sup>

## I. Interés superior

La SCJN ha aplicado sistemáticamente este principio en diversas decisiones relacionadas con una amplia gama de temas con impacto directo en los derechos de niñas, niños y adolescentes.<sup>41</sup> Al determinar el papel básico que juega el interés superior en la resolución de controversias constitucionales, la SCJN ha precisado su uso de la siguiente manera:

En el ámbito jurisdiccional, el interés superior es un principio rector de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que deba aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar a los intereses de un menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para dar sentido a la norma en cuestión, tenga en cuenta los deberes de protección de los niños y sus derechos especiales previstos en la Constitución, los tratados internacionales y las leyes de protección de la niñez.<sup>42</sup>

De manera importante, la Primera Sala de la SCJN ha precisado que en el uso del principio del interés superior importa considerar, de forma concurrente, los diversos derechos de niñas, niños y adolescentes, evitando así una lectura atomizada o parcial de la protección de tales derechos o intereses. Así, sobre este punto la Primera Sala ha dicho que

<sup>40</sup> Para una revisión panorámica y actualizada de la jurisprudencia de la SCJN en una gama más amplia de derechos ver, en especial, Cuadernos de Jurisprudencia, número 18, *Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Ciudad de México, noviembre de 2022. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/derechos-de-ninas-ninos-y-adolescentes>

<sup>41</sup> Espejo Yaksic, Nicolás, "Incorporating the CRC in Mexico", en Kilkelly, U., Lundy, L. y Byrne B. (eds.), *Incorporating the UN Convention on the Rights of the Child into National Law*, Cambridge, Intersentia, 2021, pp. 261-280.

<sup>42</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1187/2010, p. 20.

[...] éstos (los derechos) no deben analizarse de forma aislada, sino en su conjunto; esto es, atendiendo a su universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad como lo mandata el artículo 1º de la Constitución General de la República, procurando al menor un estado completo de bienestar físico, mental y social, por lo que las disposiciones de derechos humanos imponen una carga considerablemente alta al Estado cuando se trata de proteger el interés superior del menor.<sup>43</sup>

A su vez, la Primera Sala de la SCJN ha insistido en la necesidad de evitar un uso abstracto, rígido o insensible a las circunstancias específicas del caso que se trate. Consecuente con esta visión, la Corte ha establecido que

[...] el principio del interés superior del menor no debe ser utilizado de manera rígida o inflexible, pues las circunstancias de cada caso particular son diferentes, y por consiguiente en las controversias de naturaleza judicial los juzgadores deberán resolver considerando este principio, *teniendo en consideración las circunstancias de cada caso concreto y los derechos que se encuentran en juego* para establecer lo que sea mejor para el bienestar del menor.<sup>44</sup>

La aplicación del interés superior en términos directamente vinculados a los hechos concretos y las circunstancias específicas en las que se encuentra una niña, un niño o adolescente en un determinado caso han permitido a la SCJN insistir en la fundamental relación existente entre dicho principio y el derecho a ser escuchado y tomado en cuenta. En un caso relacionado con la negación del contacto con su hija de tres años a una madre encarcelada, la Corte afirmó que

Es importante que se tenga en cuenta la opinión del niño a la hora de separarlo de su madre y colocarlo con un cuidador alternativo, por pequeño que sea. En este sentido, debe tenerse en cuenta que (i) el derecho incluye que los niños sean escuchados y que

---

<sup>43</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3246/2013, p. 42.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 31.

sus opiniones sean tenidas en cuenta; (ii) que la pertinencia de la opinión de los niños debe ser evaluada en función de su madurez; y (iii) que el derecho de participación de los niños no implica que la voluntad del niño deba ser indefectiblemente respetada, ya que tal rigidez podría dejar de lado las condiciones específicas que rodean a los niños en casos particulares, lo que iría en detrimento de su propio interés [...].<sup>45</sup>

Finalmente, la jurisprudencia de la SCJN ha sido relativamente clara al precisar que el principio del interés superior no sólo opera como una regla que busca maximizar los derechos o intereses de niñas, niños o adolescentes. La Corte ha destacado el papel que el interés superior juega como regla de límite al ejercicio de las autoridades, derechos o responsabilidades de los adultos, especialmente de los progenitores. Así, por ejemplo, la SCJN resolvió en contra de la negativa de los progenitores de una niña de seis años en estado de urgencia por leucemia linfoblástica aguda, a recibir transfusiones de sangre, basada en las creencias religiosas de tales adultos. Al resolver el caso a favor de permitir la transfusión, la Corte estableció:

[...] los padres gozan de un amplísimo margen de autonomía para tomar numerosas decisiones en favor de sus hijos [...] Sin embargo, el interés superior del menor es una consideración prevalente cuando se trata de decisiones críticas para el futuro o el bienestar de un niño, como las relacionadas con su derecho a la salud y a la vida. En este sentido, este Tribunal entiende que el derecho de los padres a tomar estas decisiones sin interferencias encuentra su límite en la salud y la vida del menor.

[...] la patria potestad se basa precisamente en la protección que los padres deben brindar a sus hijos. Desde esta perspectiva, la autonomía familiar no puede ejercerse de forma contraria a la finalidad de la institución parental, que es precisamente asegurar su bienestar.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 644/2016, p. 38. Véase, también, SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4122/2015.

<sup>46</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1049/2017, pp. 37-38.

En otras palabras, en la jurisprudencia constitucional mexicana el interés superior del niño opera como un principio constitucional fundamental de interpretación. La doctrina de la SCJN ha sido clara al establecer que la Constitución Política y los tratados internacionales exigen un tratamiento diferente, especial y prioritario de los derechos de los niños, cuyo ejercicio debe garantizarse mediante una protección intensa y reforzada.<sup>47</sup> Para la SCJN el valor y uso del interés superior en la decisión de controversias constitucionales no sólo se aplica a los casos de derecho familiar, sino a otras áreas como la justicia juvenil<sup>48</sup> o la educación,<sup>49</sup> entre otros.

## II. Autonomía

Aunque la Constitución Política mexicana no reconoce expresamente un derecho a la autonomía de niñas, niños o adolescentes, la LGDNNA consagra la "autonomía progresiva" como uno de sus principios fundamentales.<sup>50</sup> En particular, la LGDNNA establece que para garantizar los derechos de la infancia, los poderes públicos promoverán la participación, tendrán en cuenta la opinión y considerarán los aspectos culturales, éticos, afectivos, educativos y de salud de los niños y niñas, en todos los asuntos de su incumbencia, de acuerdo con su edad, desarrollo evolutivo y cognitivo y madurez.<sup>51</sup> El mismo respeto y promoción de la autonomía progresiva, incluyendo la opinión y las preferencias de los niños, son aplicables a quienes ostentan la responsabilidad parental.<sup>52</sup>

En su interpretación de este principio, la SCJN ha declarado

Cabe señalar que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha subrayado en repetidas ocasiones el prin-

<sup>47</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 852/2017, p. 28.

<sup>48</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 18/2010; SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 645/2011; SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2672/2011.

<sup>49</sup> SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 714/2017; SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 272/2019.

<sup>50</sup> LGDNNA, Art. 6º XI.

<sup>51</sup> *Ibidem*, Art. 2º II.

<sup>52</sup> *Ibidem*, Art. 103º IV y X.

principio de la creciente autonomía de los niños, así como la necesidad de respetar el ejercicio independiente de sus derechos. Así, ha establecido que la evolución de las facultades como principio habilitador, se basa en los procesos de maduración y aprendizaje a través de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, facultades y comprensión de su entorno y en particular de sus derechos humanos. Dicho principio también pretende que los derechos de los niños sean derechos efectivos que puedan ser ejercidos y determinados por ellos mismos.<sup>53</sup>

¿Cómo se manifiesta este respeto hacia la agencia moral de niñas, niños y adolescentes? La SCJN ha reconocido esta idea de autonomía como un instrumento para permitir la progresiva adopción de decisiones propias por parte de niñas, niños y adolescentes. Así, en relación con las autoridades, responsabilidades y derechos parentales, la Primera Sala de la SCJN ha indicado:

[...] el derecho de los padres a tomar decisiones por sus hijos se va desvaneciendo mientras el menor avanza en su desarrollo y autonomía. Hasta que los menores resulten capaces de formular y articular sus propios valores, los valores de los padres son atribuidos a la unidad familiar y en este sentido se presume que los padres hablan en este sentido por sus menores hijos. Esto quiere decir que alcanzado cierto grado de madurez, el niño o la niña puede decidir qué religión profesar y qué decisiones tomar con base en esta.[...]<sup>54</sup>

Sensatamente, la Corte ha precisado que el peso específico que se otorgue a las decisiones autónomas de cada niña, niño o adolescente dependerá no solamente de la edad y madurez, sino también de otros factores. En opinión de la SCJN

<sup>53</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1674/2014, pp. 28-29.

<sup>54</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1049/2017, p. 31.

[...] a fin de determinar la capacidad de los menores para tomar decisiones sobre el ejercicio de sus derechos, es fundamental que los juzgadores realicen una ponderación entre la evaluación de las características propias del menor (edad, nivel de maduración, medio social y cultural, etc.) y las particularidades de la decisión (tipo de derechos que implica, los riesgos que asumirá el menor en el corto y largo plazo, entre otras cuestiones).<sup>55</sup>

Para la SCJN, la comprensión integral de la protección del interés superior requiere que la jueza o el juez pondere todas las circunstancias del caso—incluyendo la opinión de la niña, niño o adolescentes— con miras a emitir una decisión armónica y respetuosa de sus derechos humanos.<sup>56</sup> Eso podría implicar, en determinados casos, no hacer prevalecer la opinión de una niña, un niño o adolescente:

Aunado a las características de los menores, —su nivel de madurez y sus aptitudes particulares—, *debe valorarse el tipo de decisión sobre la que se cuestiona si debe prevalecer su autonomía de la voluntad*. En efecto, existen cuestiones que no pueden ser delegadas a la voluntad de los niños, aun cuando muestren que tienen un alto nivel de madurez y responsabilidad. Existen, sin embargo, algunas decisiones que sí pueden ser tomadas por el menor, en tanto no afectarán o pondrán en riesgo sus derechos, más aún, implicarán el efectivo ejercicio de éstos.<sup>57</sup>

En un sentido similar, el Pleno de la SCJN decidió en 2019 que la prohibición absoluta del matrimonio infantil sin posibilidad de dispensas establecida en la legislación local de Aguascalientes era una medida que respetaba el derecho al matrimonio y el libre desarrollo de la personalidad de niñas, niños y adolescentes. Después de aplicar un "test de escrutinio estricto" para permitir una restricción basada en la edad de las niñas, la Corte concluyó que

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>56</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4122/2015, pp. 19-23.

<sup>57</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1674/2014, p. 28.

[...] la restricción establecida por el legislador cumple con una finalidad válida desde el punto de vista constitucional, consistente en proteger a los niños, niñas y adolescentes de una práctica que ha sido considerada nociva para ese sector de la sociedad, tanto a nivel nacional como internacional; lo cual, debe decirse, también tiene sustento constitucional y convencional en el interés superior del niño.<sup>58</sup>

Tras establecer que la legislación cumplía con un propósito válido, la SCJN determinó que la reforma legal analizada se vinculaba con el propósito constitucional de proteger a los niños (particularmente a las niñas) de cualquier práctica que pudiera ser perjudicial para su desarrollo, como el matrimonio infantil o prematuro. En consecuencia, la Corte consideró que el conjunto de reformas analizadas era razonable y acorde con la finalidad perseguida.<sup>59</sup>

### III. Igualdad y no discriminación

El artículo 1º de la Constitución Política prohíbe toda discriminación motivada por el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana o tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Asimismo, de acuerdo con la LGDNNA, niñas, niños y adolescentes tienen derecho a no ser objeto de ninguna discriminación o limitación o restricción de sus derechos, en razón de su origen étnico, nacional o social, lengua o idioma, edad, género, preferencia sexual, estado civil, religión, opinión, condición económica, circunstancias de nacimiento, discapacidad o estado de salud o cualquier otra condición atribuible a ellos mismos o a su madre, padre, tutor o persona que los tenga bajo su guarda y custodia, o a otros miembros de su familia. De igual forma, las autoridades están obligadas a lle-

---

<sup>58</sup> SCJN, Acuerdo del Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 22/2016, p. 113.

<sup>59</sup> *Ibidem.*, p. 123.

var a cabo medidas especiales para prevenir, atender y erradicar las "múltiples discriminaciones" de las que son objeto los niños y adolescentes en situación de exclusión social, en la calle, afrodescendientes, peores formas de trabajo infantil o cualquier otra condición de marginalidad.<sup>60</sup>

Junto a la prohibición de discriminación, la LGDNA contempla una importante norma: el derecho de niñas, niños y adolescentes a la "igualdad sustancial". Esta categoría se entiende como el derecho a acceder al mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales.<sup>61</sup> Como tal, la igualdad sustancial impone a todas las autoridades federales, estatales y locales un conjunto de obligaciones específicas.<sup>62</sup>

La SCJN ha tenido la oportunidad de aplicar estos principios y varios casos ante su atención y en relación tanto con los niños como con sus padres o tutores.<sup>63</sup> Por ejemplo, la Corte rechazó la solicitud de inconstitucionalidad presentada por una madre de familia en contra de diversas normas de la LGDNNA relacionadas con el empoderamiento de las niñas, el acceso a los servicios de educación sexual, salud sexual y reproductiva; así como el ejercicio preferente de los derechos y responsabilidades de los padres en ese ámbito.

<sup>60</sup> LGDNNA, artículo 39, I & II.

<sup>61</sup> LGDNNA, artículo 36.

<sup>62</sup> Entre ellas se encuentran a) transversalizar la perspectiva de género en todas sus acciones y procurar el uso de un lenguaje no sexista en sus documentos oficiales; b) diseñar, implementar y evaluar programas y políticas públicas a través de acciones afirmativas orientadas a eliminar los obstáculos que impiden la igualdad de acceso y oportunidades a la alimentación, educación y atención a la salud de niñas, niños y adolescentes; c) implementar acciones específicas para lograr la eliminación de costumbres, tradiciones, prejuicios, roles y estereotipos sexistas o de cualquier otra índole que se basen en la idea de inferioridad; d) establecer medidas dirigidas preferentemente a las niñas y adolescentes que pertenezcan a grupos y regiones con mayor rezago educativo o que enfrenten condiciones económicas y sociales desventajosas para el ejercicio de los derechos contenidos en esta Ley; e) establecer mecanismos institucionales que orienten al Estado mexicano hacia el cumplimiento de la igualdad sustantiva en los ámbitos público y privado, promoviendo el empoderamiento de las niñas y adolescentes, y f) desarrollar campañas permanentes de sensibilización sobre los derechos de las niñas y adolescentes, LGDNNA, artículo 37.

<sup>63</sup> Por ejemplo, al revisar el orden y uso de los apellidos en la inscripción de los hijos en el Registro Civil, SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 208/2016, pp. 27-29.



Al conocer del caso, la Segunda Sala de la SCJN declaró que el mandato para que las autoridades establezcan medidas instrumentales para empoderar a las adolescentes y mujeres, a fin de lograr la igualdad sustantiva desde la infancia, es "constitucionalmente razonable", ya que el reconocimiento de dichas medidas se justifica por el parámetro de regularidad constitucional.<sup>64</sup> En particular, la Corte estimó que:

la situación de las niñas y mujeres adolescentes no mejorará mientras las causas subyacentes de la discriminación contra ellas y de su desigualdad, no se aborden de manera efectiva, por ende, la adopción de instrumentos institucionales enderezados a lograr el empoderamiento de tal grupo resulta necesario a efecto de transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas, de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente.<sup>65</sup>

Asimismo, y respecto a la supuesta violación de la patria potestad por la impartición pública de educación sexual, así como la garantía de acceso a los servicios sexuales y reproductivos, la Corte afirmó que el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental no puede satisfacerse si se prescinde de dichos elementos integrales de los servicios de salud. En el mismo sentido, la SCJN precisó que la sola inclusión de la garantía de acceso a la información de niñas, niños y adolescentes en materia de sexualidad, así como a los métodos anticonceptivos, no entraba en conflicto, por sí misma, con el interés superior ni creaba un entorno perjudicial para su desarrollo.<sup>66</sup>

En el ámbito de la educación inclusiva para niños con discapacidad, la SCJN recordó que el "paradigma de la educación inclusiva" surge como respuesta a las limitaciones de la educación tradicional, calificada como utilitaria y segregada, así como a las insuficiencias derivadas de las políticas de educación especial y de integración de alumnos con necesidades

---

<sup>64</sup> SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 203/2016, p. 26.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>66</sup> *Ibidem*, pp. 33-51.

especiales dentro del sistema educativo regular.<sup>67</sup> A partir de esta comprensión de la educación inclusiva, la SCJN decidió que

[...] para lograr una equidad educativa de facto o sustantiva, las autoridades estatales deben fortalecer la educación inclusiva dentro del sistema regular, y no así la educación especial. Esto implica, entre otras consideraciones, que el Estado mexicano, lejos de contemplar sistemas paralelos y separados para los alumnos —uno para las personas con discapacidad y otro para las demás—, debe adoptar progresivamente medidas concretas y deliberadas para que "todos los niños y adolescentes, independientemente de sus condiciones o diferencias, aprendan juntos."<sup>68</sup>

En un sentido similar, en 2019 la SCJN resolvió que los niños con discapacidad tienen derecho a estar, aprender y participar en el sistema escolar sin discriminación, con todos los apoyos necesarios y ajustes razonables. En particular, la SCJN precisó que

[...] los ajustes razonables son parte intrínseca de la obligación, de cumplimiento inmediato, de no discriminar en el contexto de la discapacidad [...] proporcionar ajustes razonables en el sistema educativo nacional es trascendente, ya que a través de ellos se pueden garantizar las condiciones de permanencia de los estudiantes dentro del sistema; de ahí que, como refiere el quejoso, es importante crear un mecanismo a través del cual se puedan solicitar y dar a conocer los ajustes razonables a quienes aspiran a ingresar al sistema educativo nacional.<sup>69</sup>

#### **IV. Vida familiar**

El campo del derecho constitucional familiar es, tal vez, uno de los más proliferos en materia de jurisprudencia constitucional sobre derechos de

---

<sup>67</sup> SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 714/2017, pp. 31-32.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>69</sup> SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 279/2019, p. 67-70.

niñas, niños y adolescentes en México.<sup>70</sup> A continuación se seleccionan algunos precedentes paradigmáticos en este campo, en dos materias específicas: la filiación y el ejercicio de la responsabilidad parental.

Al determinar el alcance y el contenido de la identidad de la niña, niño o adolescente, la SCJN ha afirmado que el derecho a la identidad se compone de varios derechos, entre ellos el relativo a investigar y conocer la verdad sobre sus orígenes, que implica el derecho a solicitar y recibir información sobre sus progenitores biológicos.<sup>71</sup> Para la Corte:

[...] los efectos de la filiación no se agotan en el conocimiento del propio origen biológico, sino que implican la adquisición de un cúmulo de derechos del menor frente a los padres y constituye el centro de imputación de diversos derechos y deberes. Cualquier decisión que se adopte sobre la filiación de un niño debe tener en cuenta los hechos que rodean el caso concreto y resolver siempre teniendo en cuenta lo que es mejor para él.<sup>72</sup>

Sin embargo, la Corte también ha confirmado que el derecho a la identidad de una niña, un niño o adolescente no se satisface exclusivamente con el reconocimiento de un vínculo biológico, sino que en ocasiones puede garantizarse mejor a través del reconocimiento de su "realidad social". Para la SCJN, es el contexto en el que la niña o el niño crece lo que determina quién es y cómo es percibido frente a los demás, ya que el individuo se concibe a sí mismo y los rasgos definitorios de su personalidad se nutren sensiblemente de los valores y principios que le

<sup>70</sup> Véase, en particular, Zaldívar, Arturo, "La doctrina de la Suprema Corte sobre el interés superior del niño y su incidencia en el Derecho Familiar", en Castañeda Rivas, M. L. (ed.), *Libro homenaje a la jurista Olga Sánchez Cordero*, México, UNAM, 2014; Ibarra Olguín, Ana María y Treviño Fernández, Sofía del Carmen, "Constitución y familia en México: nuevas coordenadas", en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (eds.), *La Constitucionalización del Derecho de Familia. Perspectivas Comparadas*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación/Centro de Estudios Constitucionales, 2019, pp. 351-404; Orozco y Villa, Luz Helena, "Breve historia del terremoto judicial en el hogar tradicional mexicano", *Nexos*, 10 de marzo de 2021. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/breve-historia-del-terremoto-judicial-en-el-hogar-tradicional-mexicano/>.

<sup>71</sup> SCJN, Primera Sala, Contradicción de Tesis 430/2013.

<sup>72</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 852/2017, p. 34.

transmiten quienes son significativos para él en sus primeros años de vida. En este sentido, la Corte ha afirmado: "[...] el derecho del niño a la identidad no se satisface exclusivamente con el reconocimiento de un vínculo biológico, sino que a veces puede garantizarse mejor mediante el reconocimiento de su realidad social, ya que es el contexto en el que el niño creció el que determina quién es y cómo es percibido por los demás".<sup>73</sup>

Junto a diversos casos en materia de filiación y derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes, la SCJN ha tenido oportunidad de ir sentando diversos precedentes en relación con los límites que tienen los privilegios constitucionalmente asignados a las personas progenitoras u otros adultos responsables, frente a la garantía del interés superior de niñas, niños y adolescentes. En particular, ha sido clara en precisar la naturaleza y extensión de los derechos y autoridades parentales, lejos de una concepción que conciba la patria potestad como un mero derecho subjetivo del progenitor. En cambio, ha reinterpretado la figura de la patria potestad como una responsabilidad parental, de la que se derivan (y limitan) los derechos parentales. En palabras de la Segunda Sala de la SCJN

la patria potestad no se configura meramente como un derecho de los padres, sino como una función que se les encomienda en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de estos últimos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial, acentuándose asimismo la vigilancia de los poderes públicos en el ejercicio de dicha institución en consideración prioritaria del interés del menor.<sup>74</sup>

En este sentido, un primer y fundamental límite a los derechos y autoridades parentales se ha fincado en forma genérica en el principio de autonomía progresiva, respecto al cual la Corte ha enfatizado que

---

<sup>73</sup> SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 139/2017, p. 3; SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6179/2015.

<sup>74</sup> SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 800/2017, p. 76.

en la medida en la cual se desarrolla la capacidad de madurez del niño para ejercer sus derechos con autonomía, disminuye el derecho de los padres a tomar decisiones por él. Sin embargo, ello no equivale a transferir a los menores de edad las responsabilidades de un adulto. Esto quiere decir que el reconocimiento de su poder de decisión no implica que se avale una vulneración a las protecciones que éstos merecen.<sup>75</sup>

En un sentido similar, y sobre la educación religiosa, la SCJN ha establecido que

Si bien los padres tienen derecho de educar a sus hijos conforme a sus convicciones, lo cierto es que es constitucionalmente razonable —y exigible— que el ejercicio de la patria potestad se encuentre constreñido a la observancia de los principios jurídicos que se encuentran encaminados a la protección holística de los menores, a fin de cumplimentar de manera plena con el interés superior del menor.<sup>76</sup>

La Corte también ha interpretado el derecho de niñas, niños y adolescentes a relacionarse con la persona progenitora no custodia y el principio de igualdad entre hombres y mujeres en las relaciones familiares. Al respecto señaló que bajo los parámetros de la igualdad en la atribución de derechos y responsabilidades entre las personas progenitoras y el interés superior de la niñez como criterio rector en el ejercicio de las funciones parentales, los artículos 1º y 4º de la Constitución sientan las bases del principio de corresponsabilidad parental, el cual

permite que ambos progenitores puedan tener parte activa en las labores de educación, crianza y desarrollo de sus hijos y en la toma de decisiones fundamentales, aun cuando estén separados. En definitiva, implica el reparto equitativo de los derechos

---

<sup>75</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1674/2014, p. 27.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 80.

y deberes entre los padres, respecto a sus hijos tanto en el plano personal como en el patrimonial.<sup>77</sup>

De esto último, la Primera Sala concluyó que el principio de corresponsabilidad parental debía ser tomado en consideración por los tribunales al momento de determinar la guarda o custodia o el régimen de visitas y convivencia a fin de garantizar el derecho de la niña, el niño o adolescente al contacto y al cuidado de ambas personas progenitoras. Lo anterior, ha entendido la Primera Sala de la SCJN, pues "el establecimiento de un régimen amplio y fluido de relación directa y regular con el progenitor no custodio es una manera de observar este principio que asegura la igualdad en las obligaciones de crianza"<sup>78</sup> y con ello, se protege el interés superior de niñas, niños y adolescentes al garantizar su derecho a ser cuidado por ambos padres. Más específicamente, la Corte ha sostenido que

bajo la premisa de que a ambos progenitores les corresponde por igual, sin distinción de género, el ejercicio de los deberes y derechos inherentes a la patria potestad, la finalidad de ese principio es proteger los derechos e intereses de los hijos e hijas, que tienen el derecho a ser cuidados por ambos progenitores. Como consecuencia de este principio se requiere la reorganización de los roles de hombres y mujeres en orden a la creación de nuevos compromisos en las tareas cotidianas, tanto en el soporte económico como en el cuidado y educación de los hijos e hijas.<sup>79</sup>

#### **D. Acceso a una justicia adaptada a la niñez**

La jurisprudencia constitucional ha sido fundamental en México para determinar las obligaciones y criterios específicos para tomar y evaluar el testimonio de niñas, niños y adolescentes ante los tribunales penales

---

<sup>77</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 392/2018, p. 29.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>79</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6942/2019, pp. 28 y 29.

y civiles. En particular, la SCJN ha defendido la doctrina de que niñas, niños y adolescentes son titulares de derechos y actores activos en sus vidas, por lo cual los sistemas de justicia deben adecuar sus procesos a los derechos, necesidades e intereses de los primeros. En este sentido, por ejemplo, la Corte ha determinado que

[S]i bien el interés del menor de edad no siempre coincide con sus opiniones, sentimientos o deseos, la intervención del niño o niña en la concreción de su interés debe ser tomado en consideración hasta donde sea atendible. Su participación, en este sentido, no es un recurso dialéctico, un gesto compasivo o un mero "adorno" legal, sino que su protagonismo activo durante el procedimiento está directamente relacionado con la precisión por parte del juez de qué es lo mejor para él o ella [...] En este sentido, el punto de partida de todo operador jurídico —y en particular del juzgador—, debe ser posibilitar el ejercicio del derecho de los niños a ser escuchados, ya sea que de oficio se decrete su participación o que las partes ofrezcan su testimonio o declaración [...].<sup>80</sup>

La jurisprudencia de la SCJN ha sido instrumental, también, para afirmar la importancia que tiene para niñas, niños y adolescentes acceder a información pertinente y a recursos efectivos para reclamar sus derechos, incluso a través de servicios legales y de otro tipo, educación o asesoramiento sobre sus derechos y el apoyo de adultos con conocimientos. Al respecto, la Corte ha afirmado que

La satisfacción de este derecho de los menores de edad a ser informados sobre las decisiones sustanciales que se emitan en relación con sus derechos, y en concreto, sobre la sentencia que decida la controversia, ha de realizarse, de igual forma, tomando en cuenta la autonomía progresiva del menor, es decir, atendiendo a su edad, su grado de madurez y las demás circunstancias de su caso, conforme a todo el conocimiento que se haya adquirido

---

<sup>80</sup> SCJN, Primera Sala, Contradicción de Tesis 256/2014, pp. 35 y 38.

en el proceso sobre su persona, siguiendo, en lo conducente, las directrices que se hubieren empleado para efectos de la escucha de su opinión, pues [...] la comunicación de resultado del proceso ha de ser asertiva, es decir, se le debe explicar con sencillez y claridad, en la forma más sustancial y directa posible, sin tecnicismos jurídicos o lenguaje complejo, respetando siempre su dignidad humana, las decisiones medulares que se toman en relación con sus derechos, y las razones que las justifican, así como la ponderación que se hizo, en su caso, sobre sus opiniones, de manera que se tenga certeza que el menor de edad ha comprendido el contenido esencial del fallo en lo que a él concierne.<sup>81</sup>

A su vez, la SCJN ha determinado que cuando la niña, el niño o adolescente es una presunta víctima de abuso sexual y hay un proceso penal en curso, se debe seguir una serie de normas. Entre ellas se encuentran: a) proporcionarle una asistencia eficaz que incluya un trato profesional con sensibilidad y tacto a lo largo de todo el proceso de justicia; b) la consideración de sus necesidades inmediatas y la evolución de sus facultades (en función del sexo, discapacidades físicas, nivel de madurez); y c) que el proceso se desarrolle con pleno respeto a la intimidad e integridad física, mental y moral de la niña, niño o adolescente.<sup>82</sup> En consecuencia, y a lo largo de la identificación de una serie de criterios y requisitos específicos que deben seguirse en el proceso,<sup>83</sup> la Primera Sala ha reafirmado que "El interés superior del niño exige evitar la victimización secundaria o revictimización de los menores, que no se produce como consecuencia directa del hecho delictivo, sino que, por el contrario, se deriva de la respuesta inadecuada de las instituciones públicas y de los particulares hacia el niño como víctima".<sup>84</sup>

Del mismo modo, la SCJN ha aclarado que, en la mayoría de los casos, la declaración de una niña, niño o adolescente es una prueba crucial

---

<sup>81</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5833/2019, p. 33.

<sup>82</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1072/2014, p. 35.

<sup>83</sup> *Ibidem*, pp. 54-58.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 37.



(a veces, la única) para poder probar el abuso sexual en los tribunales. Por ello, al obtener información valiosa de la niña, el niño o adolescente es necesario utilizar técnicas de investigación adecuadas y conocer las capacidades y propensiones de los niños como testigos.<sup>85</sup> Para la Corte, desde el punto de vista jurídico, la entrevista de investigación constituye una "forma diferente" de producir la declaración del niño que tiene como objetivo garantizar el derecho del niño a ser escuchado en los procedimientos administrativos y judiciales, así como protegerlo de una eventual revictimización.<sup>86</sup>

## E. Conclusiones

En la última década, México ha avanzado sustancialmente en la incorporación de los derechos del niño en su sistema constitucional. Impulsado por las reformas constitucionales en materia de derechos humanos de 2011, el país ha iniciado un camino sistemático de armonización legal en línea con los estándares constitucionales y convencionales sobre los derechos del niño. En dicho proceso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido decisiva en el desarrollo de un creciente arsenal de decisiones en diversas áreas, como la aplicación del principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes en el razonamiento judicial, la protección del derecho a la autonomía, a la igualdad y la no discriminación, a la vida familiar y acceder a una justicia adaptada a la niñez.

A pesar de estas tendencias prometedoras, siguen existiendo muchos retos para una protección efectiva del derecho del niño en el ámbito constitucional. Como he intentado explicar en otro lugar recientemente,<sup>87</sup> a pesar de los importantes avances jurisprudenciales, el campo dogmático de los derechos de niñas, niños y adolescentes sigue siendo relativamente

---

<sup>85</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3797/2014, p. 58.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>87</sup> Espejo Yaksic, Nicolás, "Los derechos de las niñas, niños y adolescentes", en Ibarra Olguín, Ana María (ed.), *Curso de derechos humanos*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch/SCJN, 2022, pp. 617-658.

pobre. Esto se agudiza en el contexto latinoamericano. Con la excepción de algunos subcampos jurídicos y prácticos específicos, tales como el del derecho penal juvenil, en la región contamos como pocos insumos para localizar —y a su vez desarrollar— una dogmática constitucional propia sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes. Este déficit no es trivial, puesto que los tribunales de justicia, especialmente aquellos con competencia para resolver conflictos de naturaleza constitucional, requieren de guías robustas y específicas en materia de interpretación de los derechos de niñas, niños y adolescentes. No resulta irrelevante, por ejemplo, comprender el papel de estos derechos, por ejemplo, al limitar la discrecionalidad del Estado y priorizar los intereses de niñas, niños y adolescentes por sobre otras consideraciones relevantes. A su vez, priorizados, el intérprete constitucional requiere de mayor claridad al proceder a adjudicar tales derechos en el marco general de los modelos de interpretación, tales como el de ponderación en general y el test de proporcionalidad, en particular. Finalmente, la irrupción constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes genera desafíos de interpretación constitucional específica en el campo de la protección de los intereses por autonomía individual, incluido el paternalismo liberal.

A su vez, si bien la jurisprudencia de la SCJN ha avanzado sustancialmente en este campo, este desarrollo doctrinario debe ir acompañado necesariamente de procesos judiciales en sede local que garanticen un efectivo acceso a una justicia adaptada o amigable con la niñez.<sup>88</sup> Entre otros aspectos relevantes, esto implicaría a) ajustar y modificar las instalaciones físicas a las necesidades y derechos de niñas, niños y adolescentes en el ámbito local, asegurando al mismo tiempo una representación y orientación jurídica integral para enfrentar el litigio constitucional

---

<sup>88</sup> La "justicia adaptada a la niñez" se refiere a sistemas de justicia que garantizan el respeto y la aplicación efectiva de todos los derechos del niño al nivel más alto posible, teniendo en cuenta principios específicos y prestando la debida atención al nivel de madurez y comprensión de la niña o el niño y a las circunstancias del caso. Comité de Ministros del Consejo de Europa, *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la justicia adaptada a los niños*, II (c), adoptadas el 17 de noviembre de 2010. Disponible en: <https://rm.coe.int/16804b2cf3>.

federal, y b) adaptar las decisiones judiciales en un formato adecuado y amigable para garantizar una correcta devolución y comprensión de asuntos jurídicos de alta complejidad.

Finalmente, aunque la justicia constitucional es esencial para una efectiva protección de los derechos de la niñez, la jurisprudencia sólo puede ser efectiva si su implementación está debidamente garantizada por los recursos necesarios, la voluntad política y las capacidades federales, locales y municipales para implementar efectivamente los derechos reconocidos en la Constitución Política. En un país donde persisten muchas privaciones y violaciones a los derechos de niñas, niños y adolescentes, el papel de los tribunales debe ser visto como parte de un esfuerzo estructural e integral para consolidar un sistema de protección integral de sus derechos.

## **Bibliografía**

Consejo Nacional de Evaluación de la Política Social (CONEVAL), *Medición de la Pobreza Multidimensional en México 2018-2020*. Disponible en: [https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2021/COMUNICADO\\_009\\_MEDICION\\_POBREZA\\_2020.pdf](https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2021/COMUNICADO_009_MEDICION_POBREZA_2020.pdf).

Comité de Ministros del Consejo de Europa, *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la justicia adaptada a los niños*, II (c), adoptadas el 17 de noviembre de 2010. Disponible en: <https://rm.coe.int/16804b2cf3>.

Espejo Yaksic, Nicolás, "Incorporating the CRC in Mexico", en Kilkelly, U., Lundy, L y Byrne B. (eds.), *Incorporating the UN Convention on the Rights of the Child into National Law*, Interesentia, Cambridge, 2021.

Espejo Yaksic, Nicolás, "Los derechos de las niñas, niños y adolescentes", en Ibarra Olgúin, Ana María (ed.), *Curso de derechos humanos*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch/SCJN, 2022.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Caballero Ochoa, José Luis, *La reforma constitucional sobre Derechos Humanos en México. Una evaluación con perspectiva de futuro*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022.

González Contró, Mónica, "Niñas, niños y adolescentes. La evolución de su reconocimiento constitucional como personas", en Esquivel, Gerardo, Ibarra Palafox, Francisco *et al.* (coords.), *Cien ensayos para el Centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. 2, México, IJ UNAM, 2017.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Censo de Población y Vivienda 2020 (Censo 2020). Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/ccpv/2020/>.

Ibarra Olguín, Ana María y Navarrete, Nallely, "Diez años de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en *La reforma constitucional en derechos humanos: una década transformadora*, México, Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

Ibarra Olguín, Ana María y Treviño Fernández, Sofía del Carmen, "Constitución y familia en México: nuevas coordenadas", en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (eds.), *La Constitucionalización del Derecho de Familia. Perspectivas Comparadas*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación/Centro de Estudios Constitucionales, 2019.

Orozco y Villa, Luz Helena, "Breve historia del terremoto judicial en el hogar tradicional mexicano", *Nexos*, 10 de marzo de 2021. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/breve-historia-del-terremoto-judicial-en-el-hogar-tradicional-mexicano/>.

Red por los Derechos de la Infancia (REDIM), *Infancia y Adolescencia: Víctimas de delitos en México 2021*, mayo 7, 2021. Disponible en: <https://infanciacuenta.org/visualizacion-de-datos/infancias-victimas-de-delitos-en-mexico-2021/#:~:text=De%20enero%20a%20diciembre%20de,y%2017%20a%C3%B1os%20de%20edad.>

UNICEF, *Informe Anual 2021 UNICEF México*. Disponible en: <https://www.unicef.org/mexico/media/6896/file/Informe%20anual%202021.pdf>.

UNICEF, *Panorama estadístico de la violencia Contra niñas, niños y adolescentes en México*, Ciudad de México, 2019. Disponible en: [https://www.unicef.org/mexico/media/1731/file/UNICEF%20Panorama Estadistico.pdf](https://www.unicef.org/mexico/media/1731/file/UNICEF%20Panorama%20Estadistico.pdf).

Zaldívar, Arturo, "La doctrina de la Suprema Corte sobre el interés superior del niño y su incidencia en el Derecho Familiar", en Castañeda Rivas, M. L. (ed.), *Libro homenaje a la jurista Olga Sánchez Cordero*, México, UNAM, 2014.

## Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (última reforma publicada DOF 28-05-2021). Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), Diario Oficial de la Federación (DOF) 04.12.2014. Última versión tras las reformas de 2017 y 2019. Disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/725568/LGDNNA\\_nva\\_reforma\\_230322.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/725568/LGDNNA_nva_reforma_230322.pdf).

Decreto Promulgatorio de la Convención Sobre los Derechos del Niño, DOF: 25.01.1991, Secretaría de Gobernación (SEGOB). Disponible

en: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=4701290&fecha=25/01/1991](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4701290&fecha=25/01/1991).

Decreto Promulgatorio del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinticinco de mayo de dos mil, DOF: 03.05.2002. Disponible en: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=732470&fecha=05/03/2002](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=732470&fecha=05/03/2002).

Decreto Promulgatorio del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinticinco de mayo de dos mil, DOF: 22.04.2002. Disponible en: [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=734643&fecha=22/04/2002](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=734643&fecha=22/04/2002).

### **Jurisprudencia**

SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 120/2002.

SCJN, Acuerdo del Tribunal Pleno, Contradicción de Tesis 293/2011.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1187/2010.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3246/2013.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 644/2016.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4122/2015.

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1049/2017.

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 852/2017.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 18/2010.

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 645/2011.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2672/2011.

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 714/201.

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 272/2019.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1674/2014.

SCJN, Acuerdo del Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 22/2016.

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 208/2016.

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 203/2016.

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 714/2017.

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 279/2019.

SCJN, Primera Sala, Contradicción de Tesis 430/2013.

SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 139/2017.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6179/2015.

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 800/2017.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 392/2018.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6942/2019.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo Contradicción de Tesis 256/2014.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5833/2019.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1072/2014.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3797/2014.



# **Perú**

---

Brenda I. Alvarez Alvarez\*

\* Magistra en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, docente de derecho constitucional de la Universidad Tecnológica del Perú, presidenta de la Asociación Proyecta Igualdad y Justicia Verde.

La autora agradece a Jois Angulo Atauco por su colaboración en la sistematización de la jurisprudencia.

SUMARIO: A. Contexto nacional; B. La incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno; C. El reconocimiento constitucional de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; D. Jurisprudencia relevante en materia de reconocimiento de los derechos; I. Interés superior del niño y la niña; II. Autonomía progresiva; iii. Derecho a la salud; IV. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la vida privada y familiar; V. Derecho a gozar de un sistema especializado en niñas, niños y adolescentes, VI. Derecho a la intimidad de las niñas víctimas de violencia sexual; VII. Derecho a la educación; E. Conclusiones.

## **A. Contexto nacional**

El Perú, según el artículo 43 de la Constitución Política de 1993, es un Estado unitario y descentralizado, su forma de gobierno es representativo, democrático por libre elección popular y se organiza según el principio de separación de poderes. Este principio tiene la finalidad de evitar la concentración de poder y se encuentra, sobre todo, encaminado a resguardar los derechos fundamentales de algún eventual ejercicio abusivo de estos.<sup>1</sup> El modelo de gobierno suele ser calificado como un régimen "hiperpresidencialista"<sup>2</sup> por las facultades atribuidas a la figura del presidente de la República como la posibilidad de disolver el parlamento, algunas otras posturas han señalado que nuestro modelo se caracteriza por ser "mixto", ya que el Congreso de la República tiene también prerrogativas significa-

---

<sup>1</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Pleno Jurisdiccional. Expediente 0006-2018-PI/TC, publicado el 6 de noviembre de 2018, fundamento jurídico 24.

<sup>2</sup> Tribunal Constitucional del Perú, Pleno. Sentencia 778/2020. Expediente 00002-2020-CC/TC, publicado el 19 de noviembre de 2020, fundamento jurídico 46.

tivas, como declarar la vacancia del presidente de la República, entre otros. No obstante, el Tribunal Constitucional<sup>3</sup> lo ha calificado como un modelo de "presidencialismo asimétrico" o "intermitente", en atención a la correlación de fuerzas con las que cuenta en el Poder Legislativo. Así, un gobierno con una minoría parlamentaria a favor tiene menos posibilidades de desplegar todos los poderes que la Constitución le confiere y podrá ejercer todos sus poderes, si cuenta con un respaldo legislativo robusto.

Desde la Constitución Política de 1979 hasta la fecha, el modelo de control constitucional se caracteriza por ser *dual*,<sup>4</sup> ya que, el sistema de administración de justicia peruana alberga tanto al modelo concentrado, a través del Tribunal Constitucional —ex Tribunal de Garantías Constitucionales—, como al modelo difuso ejercido por el Poder Judicial. Estos modelos son reconocidos en la actual Constitución. En cuanto al modelo difuso, el artículo 138<sup>5</sup> del texto constitucional indica que es el Poder Judicial, a través de sus órganos, que, en todo proceso, de existir incompatibilidad entre la norma constitucional y una norma legal, a través de sus jueces y juezas deben preferir la primera, así como deben priorizar la primacía de una norma legal sobre otra norma de rango inferior.

Por su parte, el artículo 201<sup>6</sup> desarrolla el modelo de control concentrado, pues este refiere que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de

<sup>3</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 36.

<sup>4</sup> García Belaunde, Domingo, "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", *Revista Advocatus*, Lima, Universidad de Lima, pp. 65-71.

<sup>5</sup> Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

<sup>6</sup> Artículo 201.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata. Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

la Constitución que está integrado por siete magistrados y magistradas, quienes deben elegirse cada cinco años. Es esta instancia la única que conoce las acciones de inconstitucionalidad de leyes y normas con rango de ley y las situaciones de conflictos de competencia entre poderes e instituciones cuyas funciones están establecidas en la Constitución. También, es la última y definitiva instancia en resolver las resoluciones denegatorias de *hábeas corpus*, amparo, *hábeas data* y la acción de cumplimiento.

En cuanto a la densidad poblacional, al 2020, la población total del Perú era 32 millones 626 mil habitantes, según información del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).<sup>7</sup> En cuanto a las características económicas, en el año 2021, 25.9% de la población nacional se vio afectada por la pobreza monetaria, porcentaje que se vio incrementado en 5 puntos por la paralización de actividades económicas generada por el COVID-19.<sup>8</sup> El costo de la canasta básica es de 378 soles, aproximadamente 101 dólares americanos.<sup>9</sup>

En cuanto a la población con menos de 18 años, cerca de 10 millones, que representa 31%, corresponde a niñas, niños y adolescentes (NNA).<sup>10</sup> Según UNICEF, este contexto es realmente significativo debido a que durante los próximos 25 años el Perú estará experimentando un bono demográfico<sup>11</sup> que, de ser aprovechado, podría tener efectos importantes

<sup>7</sup> INEI, Estado de la población peruana 2020, 2020. Disponible en: [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1743/Libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1743/Libro.pdf)

<sup>8</sup> INEI, Nota de prensa, Pobreza afectó al 25,9 % de la población del país en el año 2021, 5 de mayo 2022, p. 1. Disponible en: <https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-no-072-2022-inei.pdf>

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> UNICEF, Niñas, niños y adolescentes en el Perú. Análisis de su situación al 2020, Resumen Ejecutivo, 2021, Lima, p. 13.

<sup>11</sup> Según Saad *et al.*, "El bono demográfico es como una fase de equilibrio entre las edades la misma que resulta una oportunidad para el desarrollo. Ocurre cuando cambia favorablemente la relación de dependencia entre la población en edad productiva (jóvenes y adultos) y aquella en edad dependiente (niños y personas mayores) con un mayor peso relativo en la primera en relación con la segunda. Una mayor proporción de trabajadores no solo representa una reducción del gasto en personas dependientes, sino que tiende a impulsar el crecimiento económico a través del incremento en el ingreso y la acumulación acelerada del capital". Saad *et al.*, *Juventud y Bono Demográfico Organización Internacional de la Juventud Cepal*, Organización Iberoamericana de Juventud (OIJ), Centro Latinoa-

en la reducción de la pobreza y el desarrollo sostenible. Al 2019, el Consejo Nacional de la Juventud estimó que la población joven representaba a cerca de 8 millones;<sup>12</sup> asimismo, la población adulta mayor, según data del INEI, representa 12.7%, es decir, 4 millones 140 mil personas son mayores de 60 años.<sup>13</sup>

Por otro lado, al 2019, del total de niñas, niños y adolescentes (en adelante, NNA) según sexo, señala que 4 millones 878 mil son asignados hombres y 4 millones 774 mil mujeres.<sup>14</sup>

En el año 2019, respecto a la situación de pobreza y exclusión social de los NNA, el INEI, con base en la información obtenida de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG), señala que 31% NNA, de 0 a 5 años, se encuentran en situación de pobreza.<sup>15</sup> Sobre la realización de actividad económica, 2 millones 200 mil (25.8%) NNA de 5 a 17 años realizaron alguna actividad económica<sup>16</sup> y el 35.5% se encuentra en situación de pobreza.<sup>17</sup> La situación de pobreza se vio agudizada por el contexto de pandemia. Así, al 2021, del total de personas que se encontraban en situación de pobreza, 42.1% eran NNA.<sup>18</sup>

Otro dato importante sobre la situación de los NNA es sobre el acceso al seguro de salud; se advierte que 26.45% de las niñas entre 15 a 19 años no cuenta con un seguro frente a 28.05% de niños.<sup>19</sup> En cuanto a la desnu-

---

mericano y Caribeño de Demografía (CELADE) – División de Población de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2012, pp. 17.

<sup>12</sup> *Ibidem.* pp. 47.

<sup>13</sup> INEI. En el Perú existen más de cuatro millones de adultos mayores, 25 de agosto de 2020, N° 121, [Nota de Prensa]. INEI. [https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/noticias/np121\\_2020.pdf](https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/noticias/np121_2020.pdf)

<sup>14</sup> INEI. Perú tiene una población de 9 millones 652 mil niñas, niños y adolescentes al primer semestre de 2019. [https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/noticias/np207\\_2019.pdf](https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/noticias/np207_2019.pdf)

<sup>15</sup> *Op. cit.* INEI, 2020, p. 45.

<sup>16</sup> *Ibidem.* p. 46.

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> INEI & CIES, Diálogos CIES Perú Sostenible: Las Nuevas Cifras de Pobreza 2021, 2022, p.11.

<sup>19</sup> Ministerio de Educación [MINEDU]. Brechas de Género y Generación. 2020, p. 34. <https://juventud.gob.pe/wp-content/uploads/2020/09/Gu%C3%ADa-de-brecha-de-genero.pdf>

trición crónica infantil en niñas y niños de 0 a 5 años, 11.3% fueron niñas y 12.9%, niños.<sup>20</sup>

La violencia contra niños, niñas y adolescentes es una de las problemáticas que requieren acciones urgentes en el Perú. Según la Encuesta Nacional sobre las Relaciones Sociales (ENARES) 68.5% de niñas y niños de 9 a 11 años señaló haber sufrido violencia física o psicológica alguna vez en su hogar.<sup>21</sup> De esta cifra, al 68.1% lo golpearon con correa, sogá, palo u otros; al 59% lo jalar el cabello u orejas, al 21% le dan cachetadas o nalgadas, al 12% lo patean, muerde o propinan puñetazos, y al 4.5% lo queman, atacan con cuchillo o arma, entre otros.<sup>22</sup> Así también, el 58.5% de personas a nivel nacional toleran la violencia hacia las niñas, niños y adolescentes.<sup>23</sup>

Respecto a los derechos sexuales y reproductivos de NNA, se advierte que la tasa de embarazo adolescentes es aún alta, así se tiene que 14.6% de adolescentes de 15 a 19 años estuvo alguna vez embarazada; y 11.7% ya era madre y 2.9% estaba gestando por primera vez.<sup>24</sup> En 2021, se registró un total de 21,846 partos de niñas y adolescentes entre menos de 11 y 17 años, una cifra superior a la registrada en 2020 (20,462). Casi la mitad de las adolescentes que dieron a luz en 2021 tenía 17 años (47% o 10,260). Las cifras descienden de manera proporcional según la edad: 16 años (6,958 o 34%), 15 años (3200), 14 años (1078), 13 años (296), 12 años (46) y menores de 11 años (8).

<sup>20</sup> INEI. Encuesta Demográfica y de Salud Familias - ENDES 2020. p. 239. [https://proyectos.inei.gob.pe/endes/2020/INFORME\\_PRINCIPAL\\_2020/INFORME\\_PRINCIPAL\\_ENDES\\_2020.pdf](https://proyectos.inei.gob.pe/endes/2020/INFORME_PRINCIPAL_2020/INFORME_PRINCIPAL_ENDES_2020.pdf)

<sup>21</sup> Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Violencia hacia niñas y niños de 9 a 11 años, 2021, p.1. Disponible en: <https://observatorioviolencia.pe/wp-content/uploads/2021/02/ENARES-violencia-hacia-ninas-y-ninos.pdf>

<sup>22</sup> *Ibidem*, p.2.

<sup>23</sup> Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Tolerancia social hacia la violencia, creencias, actitudes e imaginarios que toleran o justifican la violencia, ENARES 2019, 2021, pp.4. Disponible en: <https://observatorioviolencia.pe/wp-content/uploads/2021/02/ENARES-Tolerancia-social.pdf>

<sup>24</sup> *Ibidem*. p. 129.

## **B. Incorporación del derecho Internacional de los derechos humanos en el derecho interno**

El artículo 55 de la Constitución Política del Perú refiere que los tratados celebrados por el Estado que se encuentran en vigor forman parte del derecho nacional. Así también, la Cuarta Disposición Final y Transitoria del mismo texto refiere que las normas relativas a derechos y 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 materias ratificadas por el Perú.

Si bien la Constitución de 1993 no contiene una disposición taxativa que señale que los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional, el Tribunal Constitucional, en interpretación del alcance del artículo 55 de la Constitución, indicó que, de una interpretación sistemática de todo el contenido del texto constitucional se puede concluir que los tratados de derechos humanos, de los cuales el Estado es parte, no solo integran el ordenamiento jurídico peruano, además gozan de rango constitucional y son vinculantes a todos los poderes públicos. Así señaló qué:

25. Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. En efecto, conforme al artículo 55 de la Constitución, los "tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional." En tal sentido, el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, este Tribunal ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano, "son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado". Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador.



26. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las "normas con rango constitucional" se encuentran los "Tratados de derechos humanos"<sup>25</sup>.

Ello implica, entonces, que todos los poderes públicos —Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial— no solo deben emplear como parámetro de interpretación y garantía de los derechos fundamentales el marco normativo nacional, sino también les corresponde guiarse de lo dispuesto por los tratados de derechos humanos y las interpretaciones que hacen de estos los órganos de tratados que los interpretan.<sup>26</sup>

En esa línea, en el ámbito de la administración de justicia existe no solo un deber por parte del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial de ejercer un control de constitucionalidad de las normas, los actos, violación de derechos fundamentales o conflictos entre poderes; sino también, deben ejercer el control de convencionalidad. El mismo que también se desprende de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana. Este control de convencionalidad, según el Tribunal Constitucional,<sup>27</sup> supone la armonización del derecho interno al marco normativo internacional en materia de derechos humanos vinculante al Estado peruano.

El Tribunal Constitucional, siguiendo lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, indica que la facultad de ejercer el control de convencionalidad debe ser ejecutada por los jueces y juezas locales a fin de evitar que las controversias escalen a las instancias supranacionales cuya intervención

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, Caso Colegio de Abogados de Arequipa y otro, 25 de abril de 2006, fundamento jurídico 25 y 26.

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 04617-2021-PA/TC, Panamericana Televisión S.A, 6 de mayo de 2013, fundamento jurídico 7.

<sup>27</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 13.

es subsidiaria.<sup>28</sup> Por consiguiente, añade que existe una responsabilidad de los órganos de administración de justicia de garantizar derechos fundamentales reconocidos en el derecho internacional, para lo cual, de ser necesario, el Estado deberá adecuar, suprimir o crear mecanismos que garanticen plenamente estos derechos.<sup>29</sup>

### **C. Reconocimiento constitucional de los derechos de las niñas, niños y adolescentes**

La Constitución de 1979, anterior a la vigente, incluyó en su artículo 8 la protección del niño y adolescente por parte del Estado frente al abandono económico, corporal o moral.<sup>30</sup> La vocación de este artículo deja ver que el niño y niña eran considerados como objetos de protección frente a situaciones específicas de abandono. El 3 de agosto de 1990, pocos meses después de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), el Perú ratificó este tratado mediante Resolución Legislativa 25278<sup>31</sup> emitida por el Congreso de la República, con este acto se comprometió a adecuar su ordenamiento jurídico interno a este instrumento.

Este hito pudo haber tenido un impacto en el proceso de reforma constitucional de la Constitución de 1992 y 1993, no obstante, no lo tuvo. Empero, es importante resaltar que la propuesta de incorporar los mecanismos de protección de la CDN en los debates del Congreso Constituyente Democrático no estuvo ausente.<sup>32</sup> No obstante, dicha propuesta

<sup>28</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 12.

<sup>29</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 13.

<sup>30</sup> Constitución Política del Perú de 1979, Perú, artículo 8.

<sup>31</sup> Artículo 8. El niño, el adolescente y el anciano son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral. eso de la República del Perú, Perú, Resolución Legislativa N.º 25278, publicada en el Diario Oficial el 22 de noviembre de 1990.

<sup>32</sup> Según los Diarios de Debates la agrupación política Frente Independiente Moralizador propuso incorporar un capítulo especial denominado de "De la Infancia" con el objeto de dar cumplimiento de la CDN y estipular específicamente la obligatoriedad que tienen los poderes públicos de implementar las medidas a favor de la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Así, el congresista constituyente Sambuceti Pedraglio señaló: "(...) Sabemos que la Carta Política del Perú

no tuvo acogida y, al igual que el texto constitucional anterior, las niñas, niños y adolescentes son también considerados como objetos de protección y no sujetos de derecho y libertades. Así, la Constitución de 1993, en el artículo 4,<sup>33</sup> referido a la protección de la familia y promoción del matrimonio, señala que "la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño (*sic*) y al adolescente (...) en situación de abandono".

Es decir, las fórmulas establecidas en la Constitución de 1979 y de 1993 no muestran una diferencia sustantiva en cuanto a la garantía integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Mucho menos, por ejemplo, se les considera como sujetos y sujetas de derechos y libertades; tampoco se incorpora textualmente el principio del interés superior del niño y de la niña como lineamiento que guíe la acción del Estado en la norma constitucional. A pesar de ello, la implementación de la CDN se ha producido,

---

es una Constitución declarativa, de tal manera que si incluyéramos un capítulo de la infancia o de la niñez no solucionaríamos realmente el problema, pero sí podríamos comenzar a avanzar en su solución dando un marco legal para que el Estado pueda asignarle los recursos que este marco le proporcionaría. Es decir, se requiere un contexto jurídico para que la prioridad de asignación de recursos a la niñez por parte del Estado sea posible. Los considerandos del proyecto son los siguientes:

"Que la niñez peruana en el ámbito mundial es una de las más golpeadas por la crisis económica y hay factores que confluyen con el problema de la crisis, como son el problema del terrorismo, la sobrepoblación —en el caso, por ejemplo, de Lima—, la malnutrición y la mortalidad infantil.

Que, habiendo suscrito el Perú, en el año 1990, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, donde, entre otras cosas, se compromete a adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en ésta y adoptar las medidas políticas del más alto nivel para solucionar el problema de la niñez o de la infancia.

Que los planes de acción por infancia que presentó el Perú no han tenido efecto por falta de un adecuado marco legal que lo sustentara, lo que ha motivado que los organismos del Estado debieron haber actuado no lo hicieran al no sentirse obligados por ley alguna.

Que, para tales efectos, deben ser considerados artículos en la nueva Constitución política, donde se contemplen exclusivamente los derechos de los niños y las obligaciones del Estado y la sociedad civil para con ellos.

Demostrando así la voluntad del Perú de asumir plenamente las responsabilidades contraídas al firmar el texto de la citada Convención, para que así de una vez por todas los organismos del Estado responsables tengan una obligación y traten de cumplir las metas de los planes de acción por la infancia (...)". Ver: Congreso Constituyente Democrático, Diario de los Debates, Debate Constitucional – 1993, Comisión de Constitución y de Reglamento, Tomo I 18-01-93 al 01-03-93, pp. 620 y 621. Disponible en: <https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/ComiConstRegla/TomoCompleto/TomoI.pdf>

<sup>33</sup> "Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley".

principalmente, a partir de la generación de marcos legislativos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. El mismo que, como se desarrollará más adelante, señaló que la CDN tiene rango constitucional y vincula a todos los poderes del Estado.

Entre las principales normas que han aterrizado los estándares de la CDN en el marco normativo peruano tenemos el Código de Niños y Adolescentes de 1992.<sup>34</sup> Esta es la primera norma que recoge el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño ya que, a diferencia del texto constitucional, reconoce de forma expresa a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, libertades y de protección específica.<sup>35</sup> Entre los aspectos más importantes a resaltar se encuentran las normas que señalan que para la interpretación y aplicación del Código se deberán aplicar como fuentes los principios de la Constitución Política, la CDN y demás convenios internacionales que versen sobre la materia que hayan sido ratificados por el Perú.<sup>36</sup> Así también, el "interés superior".<sup>37</sup> Posteriormente, mediante Ley 27337 se aprobó el Nuevo Código de Niños y Adolescentes,<sup>38</sup> el mismo que continuó con lo ya desarrollado en el Código de 1992; es decir, reforzó el quiebre de paradigma del enfoque "control-protección" que valoraba a las niñas y niños como objetos de protección afirmando la doctrina de la protección integral.<sup>39</sup>

Al ser la prevalencia y tolerancia al castigo hacia niñas y niños un problema permanente en el Perú, se aprobó la Ley 30403,<sup>40</sup> que prohíbe el

<sup>34</sup> Presidencia de la República del Perú, Decreto de Ley 26102, Aprueban el Código de Niños y Adolescentes, 24 de diciembre de 1992.

<sup>35</sup> *Ibidem*, artículo II.

<sup>36</sup> *Ibidem*, artículo VI.

<sup>37</sup> *Ibidem*, artículo 27.

<sup>38</sup> Congreso de la República del Perú, Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, 2 de agosto de 2000, artículo 2. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detalenorma/H682689>

<sup>39</sup> Seminario Hurtado & Buendía Casafranca, "El derecho a la participación judicial de los niños, niñas y adolescentes en el Sistema Judicial Peruano: avances y desafíos", *Revista Persona y Familia*, Facultad de Derecho de la Universidad Femenina Sagrado Corazón, vol. 8, enero-diciembre, 2019, p. 215. Disponible en: <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/1962/2265>

<sup>40</sup> Congreso de la República del Perú, Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes, Ley 30403.

uso del castigo físico y humillante contra las niñas, niños y adolescentes, e incorpora el derecho a un buen trato en el Código de los Niños, Niñas y Adolescentes.<sup>41</sup> Ello con el objetivo de promover la crianza positiva para lograr la prevención, atención y erradicación del castigo físico y humillante.<sup>42</sup> Esta ley fue reglamentada a través del Decreto Supremo 003-2018-MIMP.<sup>43</sup>

En el año 2016 se aprueba una de las leyes más significativas, la Ley 30466, la cual establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés del niño,<sup>44</sup> en el marco de lo establecido por la CDN y su Observación General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Finalmente, en el año 2021, mediante Decreto Supremo 008-2021-MIMP, se aprobó la Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030. Esta es la primera política de Estado anunciada como una apuesta desde la multisectorialidad.

En conclusión, existe un marco normativo significativo e importante respecto a los derechos de los NNA que han coadyuvado al proceso de constitucionalización jurisprudencial de estos; no obstante, se advierten temas

<sup>41</sup> *Ibidem*, Primera Disposición Complementaria Modificatoria.

"Artículo 3-A. Derecho al buen trato

Los niños, niñas y adolescentes, sin exclusión alguna, tienen derecho al buen trato, que implica recibir cuidados, afecto, protección, socialización y educación no violentas, en un ambiente armónico, solidario y afectivo, en el que se le brinde protección integral, ya sea por parte de sus padres, tutores, responsables o representantes legales, así como de sus educadores, autoridades administrativas, públicas o privadas, o cualquier otra persona.

El derecho al buen trato es recíproco entre los niños, niñas y adolescentes."

<sup>42</sup> Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030, Decreto Supremo N° 008-2021-MIMP, 24 de junio de 2021, p. 10. Disponible en: <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/PNMNNA-2030.pdf>

<sup>43</sup> Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Aprueban Reglamento de la Ley 30403, Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes, Decreto Supremo N° 003-2018-MIMP, 2 de junio de 2018. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-reglamento-de-la-ley-n-30403-ley-que-prohibe-el-u-decreto-supremo-n-003-2018-mimp-1657575-1/>

<sup>44</sup> Congreso de la República del Perú, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, Ley 30466, 17 de junio de 2016. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1155778>

ausentes en su regulación tales como por ejemplo estándares referidos a educación sexual, garantía de derechos sexuales y reproductivos, reconocimiento de su autonomía en la toma de decisiones médicas, entre otros.

#### **D. Jurisprudencia relevante en materia del reconocimiento de derechos de las niñas y niños**

A partir del año 2007 el Tribunal Constitucional, el máximo órgano de interpretación constitucional, ha construido una línea jurisprudencial importante que ha robustecido el reconocimiento constitucional de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en armonía con la CDN. Si bien una gran cantidad de sentencias han explorado el derecho a la educación y el derecho a una familia, se advierten sentencias significativas en ámbitos vinculados al reconocimiento de su libertad y autonomía como aquella que reconoce la titularidad de los y las adolescentes del derecho a la libertad sexual.

En esta sección se expondrán las decisiones del Tribunal Constitucional que han abonado de forma más sustantiva en la incorporación de los estándares de garantía de la CDN en el ordenamiento jurídico peruano. Por ese motivo, no han sido consideradas aquellas sentencias que redundan en estándares ya desarrollados en jurisprudencia previa.

#### **I. Interés superior del niño y la niña**

Desde 1997 a la fecha, el Tribunal Constitucional del Perú ha emitido 117 sentencias en las que se aborda de forma progresiva el interés superior del niño y la niña, aunque en la mayoría de estos pronunciamientos no se advierte un desarrollo sustantivo. Sin embargo, hay pronunciamientos significativos que han permitido su reconocimiento expreso como un principio-derecho con rango constitucional y desarrollado su contenido, los cuales han sido considerados como paradigmáticos y

sirven como punto de referencia para el resto de pronunciamientos. A continuación, se señalarán las sentencias más relevantes.

En la jurisprudencia constitucional el principio-derecho del interés superior del niño, niña y adolescente (en adelante PISNNA) ha sido reconocido, de forma implícita, en el artículo 4o. de la Constitución Política del Perú (en adelante CPP) en el cual, según refiere, se asienta la *doctrina de la protección integral*, la que supone un cambio de paradigma ya que:<sup>45</sup> (i) reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y no como meros objetos de protección con todos los derechos, libertades y garantías,<sup>46</sup> (ii) impone la obligación de la sociedad y el Estado de la adopción de políticas públicas diferenciadas para NNA; (iii) considera que no son los NNA quienes se encuentran en una situación irregular, sino que son las instituciones quienes no se encuentran en condiciones para satisfacer sus necesidades; (iv) propone el diseño de un sistema de responsabilidad penal especial para los NNA quienes se encuentren en conflicto con la ley penal; así como (v) un sistema de responsabilidad penal juvenil que asegure el derecho a la igualdad; y (vi) la privación de la libertad de forma excepcional, bajo un régimen especial, en armonía con la CDN.

Este principio, según refiere el Tribunal, fue consolidado en la CDN, lo cual ha llevado un proceso de cambio estructural en el sistema de protección de la infancia y adolescencia, del cual el Perú es parte.<sup>47</sup>

En septiembre del 2004 se publica la sentencia STC Exp. N° 0052-2004-AA/TC. Este fue el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el que hace mención al principio del interés superior del niño, niña y adolescente. En esta sentencia se acude al artículo 3.1 de la CDN para

<sup>45</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 03247-2008-PHC/TC, publicada el 14 de agosto de 2008, fundamento jurídico 10. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03247-2008-HC%20Resolucion.pdf>

<sup>46</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 4.

<sup>47</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 6.

reconocer que la aplicación del PISNNA es una obligación estatal y desarrolla este principio aplicado a los procesos judiciales. Posteriormente, en la STC Exp. 03744-2007-PHC/TC el Tribunal profundiza su desarrollo y esboza una suerte de lineamiento de cómo aplicar este principio en los procesos judiciales que les involucran. Así, en interpretación del artículo 4o. de la CPP, señala que los órganos jurisdiccionales deben procurar *especial y prioritaria* atención en la afectación a sus derechos.<sup>48</sup> Esta obligación debe ser especial en la medida que un NNA "no se constituye en una parte más del proceso sino que posee características particulares",<sup>49</sup> incorporando así la necesidad de la aplicación del enfoque diferenciado y la consideración de sus necesidades en el análisis de las actuaciones procesales.

En cuanto a la atención *prioritaria* refiere que "el interés superior del niño y adolescente tiene precedencia"<sup>50</sup> por sobre aquellas actuaciones o procesos en los que no se encuentren comprometidos los derechos de NNA. Si bien esta sentencia puede ser considerada como la pionera en cuanto al desarrollo del PISNNA, no incluye entre sus fundamentos a la CDN.<sup>51</sup>

En la STC 02132-2008-PA/TC el PISNNA ha sido definido como un principio constitucional de especial valor con fuerza normativa superior para la elaboración de normas, su interpretación y aplicación, el cual, además, es vinculante al Estado y a la sociedad en su conjunto. Se señala también que su materialización supone que los intereses y derechos fundamentales de los NNA deben ser priorizados por sobre los intereses de sus padres, madres o cuidadores(as), la sociedad y el Estado. Así, señaló que:

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> Para mayor abundamiento respecto al desarrollo jurisprudencial del PISNNA revisar: Exp. N° 6165-2005-HC/TC, fundamento jurídico 12. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06165-2005-HC.pdf> y Exp. N° 02132-2008-PA/TC, p. 7. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.html>



10. 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 sus derechos fundamentales.

11. 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.<sup>52</sup>

En ese sentido, cualquier medida o acto que se adopte debe velar por la vigencia de los derechos de los niños y niñas y la preferencia de sus intereses,<sup>53</sup> el cual debe anteponerse frente a cualquier otro interés.<sup>54</sup>

Una garantía procesal que emana del PISNNA es el abordaje diferenciado que la justicia constitucional debe realizar cuando los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean examinados en este fuero. En ese sentido, el TC ha señalado que la justicia debe ser tuitiva, finalista y anti-formalista.<sup>55</sup> Ello implica, en el análisis de casos, que los jueces y juezas

<sup>52</sup> *Ibidem*, fundamentos jurídicos 10 y 11.

<sup>53</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en 00325-2012-PHC/TC, publicada el 29 de octubre de 2013, fundamento jurídico 4. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00325-2012-HC.html>

<sup>54</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en Exp. N° 02079-2009-PHC/TC, publicada el 9 de septiembre de 2010, fundamento jurídico 13. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02079-2009-HC.html>

<sup>55</sup> Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 04937-2014-PHC/TC, publicada el 15 de enero de 2019, fundamento jurídico 4. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/04937-2014-HC.pdf>

deban flexibilizar y adecuar las normas para lograr la aplicación más favorable a los intereses de niñas, niños y adolescentes.<sup>56</sup> Así el Tribunal ha indicado que:

5. Ya ha establecido además este Tribunal como doctrina jurisprudencial que el principio del interés superior del niño comprende, entre otras cosas, una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable con el fin de dar solución a la controversia reclamada, siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata de niños, niñas y adolescentes que necesitan especial cuidado y tienen prelación de sus intereses frente al Estado (cfr. Sentencia 4058 2012-PA/TC).<sup>57</sup>

También ha referido que el PISNNA supone que la aplicación e interpretación de las reglas procesales al interior de un proceso judicial deben realizarse de manera en la que mejor se optimice el derecho de los NNA a obtener un pronunciamiento sobre el fondo de forma oportuna y celeré; no siendo compatible con este principio<sup>58</sup> la dilación injustificada de estos.<sup>59</sup>

## II. Autonomía progresiva

Aunque el Tribunal Constitucional no ha desarrollado en profundidad el contenido del principio-derecho a la autonomía progresiva de los NNA, en la STC N° 00008-2012-PI/TC<sup>60</sup> que despenaliza las relaciones sexuales

<sup>56</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 5.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N° 0052-2004-AA/TC, 1 de septiembre de 2004, pp.5. Disponible en: <https://jurisprudencia.sedtc.gob.pe/sentencia/00052-2004-aa>

<sup>59</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 04179-2014-PHC/TC, publicada el 25 de mayo de 2016, fundamento jurídico 10. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/04179-2014-HC.pdf>

<sup>60</sup> Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 00008-2012-PI/TC, Sentencia del Pleno Jurisdiccional, 12 de diciembre de 2012. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00008-2012-AI.pdf>

consentidas entre y con adolescentes entre 14 a 18 años, reconoce que adolescentes de 14 a 18 años son titulares del derecho a la libertad sexual, y por tanto, son capaces para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad,<sup>61</sup> ello al amparo del *principio de evolución de facultades de los NNA* según el artículo 5 de la CDN. Así, señala que el reconocimiento de este principio "ocupa un lugar central en el equilibrio entre el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como protagonistas activos de su propia vida".<sup>62</sup>

En cuanto a la autodeterminación sexual se señala, además, como parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, el Tribunal, citando el artículo 17 de la CDN, señala que para garantizar este derecho los y las adolescentes deben acceder a información completa, actualizada, oportuna, veraz y debe ser provista por el Estado.<sup>63</sup>

El Tribunal también reconoce el derecho que tienen los NNA de expresar su opinión libremente y a ser escuchados en todos los procesos y aspectos que les involucren;<sup>64</sup> y hace suyo el artículo 12 de la CDN para sustentar este derecho. Esta instancia ha indicado que los órganos que sean competentes para conocer procedimientos judiciales o administrativos en los que involucren a NNA o sus intereses, estos deben adoptar todas las medidas necesarias para recoger sus opiniones, considerando su edad y grado de madurez.

### **III. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la vida privada y familiar**

El derecho de los NNA a tener una familia y a no ser separados de ella en contra de su voluntad ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional

<sup>61</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 22.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 84.

<sup>64</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el expediente N° 02302-2014-PHC/TC, publicada el 30 de mayo de 2017. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/02302-2014-HC.pdf>

en reiterada jurisprudencia. Sin embargo, es en la STC N° 01817-2009-PHC/TC desarrolla en extenso de este derecho haciendo suyo el contenido del artículo 9.1 y 9.3 de la CDN. Señala así que, este derecho es un derecho constitucional implícito<sup>65</sup> que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana,<sup>66</sup> a la identidad, integridad, libre desarrollo de la personalidad y bienestar reconocidos en los artículos 1 y 2, inciso 1, de la CPP.<sup>67</sup>

En cuanto a su contenido, señala que los NNA tienen derecho a tener una familia y vivir con ella, aun cuando sus padres y madres se encuentren separados, siempre que su permanencia en el seno familiar no les genere daño a su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud.<sup>68</sup> *Contrario sensu*, el Tribunal ha referido que los NNA necesitan para su crecimiento y bienestar el afecto de su familia, con especial énfasis en sus padres y madres, por lo que privarles de ello, sin mediar una razón justificada, viola este derecho. Así, estipuló que

15 . En buena cuenta, el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños.

De ahí que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados

<sup>65</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 03910-2019-PHC/TC, publicada el 15 de diciembre de 2020, fundamento jurídico 3. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/03910-2019-HC.pdf>

<sup>66</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 00358-2016-PHC/TC, publicada el 7 de marzo de 2019, fundamento jurídico 3. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00368-2016-HC.pdf>

<sup>67</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, publicada el 7 de octubre de 2009, fundamento jurídico 15.

<sup>68</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 15.

de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar.

En este orden de ideas, resulta válido concluir que la familia debe ser la primera en proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así como en adoptar y ejecutar directamente medidas dirigidas a favorecer, de la manera más amplia, desarrollo y bienestar del niño. Por ello, cualquier decisión familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño. Y es que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud.<sup>69</sup>

El TC, de forma oportuna, refirió también que si bien este derecho garantiza que los NNA permanezcan en custodia de sus padres y madres, existen situaciones en las que, para garantizar su mejor interés, la separación es una excepción necesaria.<sup>70</sup> En dichas circunstancias la decisión de separación debe estar justificada por el interés superior de los NNA,<sup>71</sup> preferentemente debe ser temporal,<sup>72</sup> y debe garantizarse su crecimiento sin suprimir sus vínculos emocionales o afectivos con sus padres y madres en pro de su desarrollo integral,<sup>73</sup> salvo que este contacto sea contrario a sus intereses.<sup>74</sup>

---

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 16.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en 00325-2012-PHC/TC, publicada el 29 de octubre de 2013, fundamento jurídico 4.

<sup>73</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el expediente N° 04937-2014-PHC/TC, publicada el día 15 de enero de 2019, fundamento jurídico 19. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/04937-2014-HC.pdf>

<sup>74</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el expediente N° 00325-2012-PHC/TC, publicada el día 29 de octubre de 2013, fundamento jurídico 6. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00325-2012-HC.html>

El Tribunal también ha referido que la separación arbitraria de los NNA de su padre, madre o familia configura una vulneración a la integridad psíquica y a la prohibición de someterles a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes,<sup>75</sup> haciendo suyos los considerandos de la Opinión Consultiva 17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

En cuanto el derecho a la identidad de los NNA, el Tribunal ha señalado que debe ser leído a la luz del PISNNA recogido en el artículo 3o. de la CDN, por lo que su garantía supone que, en un proceso de determinación de filiación, el cual ha adquirido la calidad de cosa juzgada con la ausencia de una prueba científica, este pueda volver a ser revisado y con la debida actuación de prueba genética.<sup>76</sup> Así, la institución de la cosa juzgada no puede superponerse al derecho a la identidad, en la medida que este derecho entraña la necesidad de que los niños, niñas y adolescentes puedan conocer quién es su progenitor y, de ser el caso, conservar su apellido.<sup>77</sup>

#### **IV. Derecho a gozar de un sistema de justicia especializada para niños, niñas y adolescentes en conflicto de la ley penal**

El derecho a gozar de un sistema de justicia especializada para niños, niñas y adolescentes ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como una de las medidas que materializa el PISNNA.<sup>78</sup> Este derecho se basa en la consideración de que los y las adolescentes son sujetos de

<sup>75</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 9.

<sup>76</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 00550-2008-AA/TC, publicada el 7 de septiembre de 2010, fundamento jurídico 19 y 20. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00550-2008-AA.html#:~:text=La%20prohibici%C3%B3n%20de%20revivir%20procesos,los%20efectos%20de%20cosa%20juzgada>.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 04179-2014-HC, publicada el 25 de mayo de 2016, fundamento jurídico 6. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/04179-2014-HC.pdf>

derechos y de obligaciones.<sup>79</sup> No obstante, la justicia juvenil debe ser el último eslabón de una política integral en materia de infancia y adolescencia.<sup>80</sup>

El máximo intérprete de la Constitución ha sostenido que los procesos que se sigan contra NNA deben respetar las garantías de la administración de justicia contempladas en la CPP, el Código de Niñas, Niños y Adolescentes y la CDN, así como las leyes vigentes sobre la materia.<sup>81</sup> En consecuencia, sólo podría pensarse que un sistema especializado es jurídicamente compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la CDN siempre que éste entrañe una naturaleza garantista<sup>82</sup> y que sus disposiciones guarden conformidad con la doctrina de la protección integral reconocida en el artículo 4o. de la CPP y el artículo 37 de la CDN.<sup>83</sup>

Ello implica asegurar el respeto de los derechos de los NNA, incluyendo la excepcionalidad de las medidas de privación de libertad e internamiento, la adopción de medidas socio-educativas, el respeto a los derechos de defensa, garantías procesales, la confidencialidad y la reserva del proceso.<sup>84</sup> También ha referido que el sistema especializado debe estar compuesto por órganos jurisdiccionales especializados y diferenciados de los correspondientes a las personas mayores de edad.<sup>85</sup>

En consecuencia, el sistema de justicia especializada debe seguir determinados parámetros; los cuales, acorde con lo desarrollado por la

---

<sup>79</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 03247-2008-HC, publicada el 14 de agosto de 2008, fundamento jurídico 11.

<sup>80</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 12.

<sup>81</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 04179-2014-HC, publicada el 25 de mayo de 2016, fundamento jurídico 7.

<sup>82</sup> *Op. cit.*, Exp. N.º 03247-2008-HC, fundamento jurídico 14.

<sup>83</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 03386-2009-PHC/TC, publicada el 13 de agosto de 2009, fundamento jurídico 13. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03386-2009-HC.pdf>

<sup>84</sup> *Op. cit.*, Exp. N.º 03247-2008-HC, fundamento jurídico 20.

<sup>85</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 13.

Observación General N° 10 del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño respecto a los derechos del niño en la justicia de menores, son:<sup>86</sup> (i) la garantía del principio de igualdad y no discriminación,<sup>87</sup> el mismo que impone la obligación de que todos los NNA deban recibir un trato igualitario independiente de su raza, sexo, cultura entre otros; (ii) el respeto a su opinión,<sup>88</sup> por lo que las instancias judiciales deben asegurar que la participación de los NNA no genere represalias y sea lo menos revictimizante posible; (iii) el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo<sup>89</sup> que deben ser garantizados por el Estado a través de políticas públicas destinadas a la prevención de la infracción de la ley penal así como, en concordancia con la CDN, la prohibición de la prisión perpetua y el favorecimiento a que la privación de la libertad dure el menor tiempo posible; (iv) la garantía de la dignidad de los NNA,<sup>90</sup> este derecho-principio en el ámbito de la justicia juvenil, está compuesta por tres elementos: el trato acorde al sentido de dignidad y valor del NNA; un trato que fortalezca el respeto de los derechos humanos y las libertades de terceras personas y un trato que tenga en cuenta la edad del NNA; y, (v) el respeto al debido proceso,<sup>91</sup> el cual debe prestar especial atención en la presunción de inocencia, la información sin demora y directa de los cargos, asistencia jurídica u social apropiada, el acceso a procesos sumarios con la participación directa de sus padres, el respeto a su vida privada y a la imparcialidad del proceso.

El Tribunal también señala, recogiendo el artículo 37 de la CDN, que la privación de la libertad de un NNA debe ser considerada como una medida de *ultima ratio*; y, en casos en los que ésta sea necesaria, el Estado adquiere una mayor responsabilidad,<sup>92</sup> por lo que debe garantizar, en la

---

<sup>86</sup> *Op. cit.*, Exp. N° 03247-2008-HC, fundamento jurídico 11.

<sup>87</sup> *Ibidem.*

<sup>88</sup> *Ibidem.*

<sup>89</sup> *Ibidem.*

<sup>90</sup> *Ibidem.*

<sup>91</sup> *Ibidem.*

<sup>92</sup> *Op. cit.* Exp. N° 03386-2009-PHC/TC, fundamento jurídico 22.



máxima medida posible, su supervivencia y desarrollo; lo que abarca su formación física, mental, espiritual, moral, psicológica y social a fin de que esta disposición excepcional no afecte su proyecto de vida.<sup>93</sup>

Por tanto, para que la limitación de la libertad se lleve a cabo conforme a lo dispuesto por el PISNNA, ésta debe desarrollarse en establecimientos especiales que respondan a las necesidades particulares de los NNA, lo que requiere que se encuentren separados del régimen de las personas adultas.<sup>94</sup> También ha referido que, el internamiento debe realizarse en un centro cercano al domicilio y a la familia del niño, niña y adolescente.<sup>95</sup>

En cuanto a los principios que deben orientar las políticas de los centros de internamiento para NNA en conflicto con la ley penal, el Tribunal refiere que los establecimientos deben:<sup>96</sup> (i) permitir su rehabilitación tomando en cuenta sus necesidades de intimidad, oportunidades de socialización y de participar de actividades de esparcimiento;<sup>97</sup> (ii) deben otorgar a los NNA programas de educación y de formación, propiciar atención médica y nutricional de acuerdo con su desarrollo;<sup>98</sup> (iii) los programas de reinserción deben incluir la participación de la familia y su comunidad;<sup>99</sup> (iv) el uso de la fuerza sólo puede ser de forma excepcional, en situaciones de extrema gravedad, y nunca se hará uso de ésta como medio de castigo;<sup>100</sup> (v) garantizar que los NNA tengan la posibilidad de presentar peticiones o quejas ante las autoridades, así como a recibir información del resultado de las mismas;<sup>101</sup> (vi) contar con inspectores calificados e independientes para realizar visitas de inspección, espontáneas, sin previo aviso y reservadas;<sup>102</sup> y (vii) mantener contacto

<sup>93</sup> *Op. cit.*, Exp. N° 03247-2008-HC, fundamento jurídico 11.

<sup>94</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 16.

<sup>95</sup> *Op. cit.* Exp. N° 03386-2009-PHC/TC, fundamento jurídico 28.

<sup>96</sup> *Op. cit.* Exp. N° 03247-2008-HC, fundamento jurídico 18.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

con su familia por medio de correspondencia, visitas, salvo en situaciones excepcionales.<sup>103</sup>

## V. Derecho a la intimidad de las niñas víctimas de violencia sexual

Si bien no se identifica una línea jurisprudencial constitucional significativa sobre la protección de los NNA víctimas de violencia sexual, el derecho a la intimidad de los NNA ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional.<sup>104</sup> Según esta instancia, este derecho debe ser garantizado a la luz del PISNNA; ello implica que la garantía de este derecho debe adaptarse a las circunstancias y necesidades especiales de los niños, niñas y adolescentes.<sup>105</sup> Este derecho implica, según señala el TC, que

17. (...) Así, por ejemplo, una situación que pertenezca al ámbito íntimo de los niños y adolescentes no debería ser divulgada sin el previo consentimiento de los padres o los representantes. Así, ellos tendrán que autorizar la difusión de determinada información del menor, siempre que tal divulgación no implique daños o perjuicio al menor. Sin embargo, existen casos en los que la intimidad de los niños y adolescentes no podrá ser divulgada, ni siquiera cuando se cuente con la autorización de los padres. Este supuesto ha sido claramente configurado en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, cuyo texto vigente al momento de los hechos establecía que: Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación.<sup>106</sup>

La garantía del derecho a la intimidad de los NNA reviste características singulares cuando se trata de víctimas de violación sexual, en esos casos,

<sup>103</sup> *Op. cit.* Exp. N° 03386-2009-PHC/TC, fundamento jurídico 14.

<sup>104</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 01071-2018-PDH/TC, publicada el 8 de febrero de 2021. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01071-2018-HD.pdf>

<sup>105</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 17.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

en aplicación del PISNNA, su protección involucra, especialmente, el resguardo de su identidad. Por lo que no sólo existe para los medios de comunicación una prohibición de divulgar los nombres y apellidos de la víctima, esta se extiende a la difusión de cualquier información que pueda conllevar a su identificación;<sup>107</sup> tales como la publicación del nombre o imagen de sus padres, madres, vecinos o cualquier otra persona que tenga relación con la víctima, así como su dirección domiciliaria o imágenes de ésta.<sup>108</sup>

## VI. Derecho a la educación

El derecho a la educación de los NNA ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la STC. N.º 4646-2007-PA/TC, el cual hace suyo el artículo 28 de la CDN, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y su Observación General N.º 13 que desarrolla el contenido del derecho a la educación.<sup>109</sup> Este derecho tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana, y es un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales,<sup>110</sup> desde esa perspectiva, promueve el conocimiento, el aprendizaje, la práctica de las ciencias, técnica, artes, educación física y el deporte, y prepara para la vida, el trabajo y fomenta la solidaridad.<sup>111</sup>

De igual forma, ha señalado que el contenido constitucionalmente protegido en la CPP está determinado por<sup>112</sup> el acceso a una educación adecuada (art. 16); libertad de enseñanza (art. 13); la libre elección del

<sup>107</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 20 y 21.

<sup>108</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 22.

<sup>109</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en Exp. N.º 4646-2007-PA/TC, publicada el 17 de octubre de 2007, fundamento jurídico 30, 31 y 32. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04646-2007-AA.pdf>

<sup>110</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de pleno 727/2021, recaída en el Exp. N.º 00943-2017-PA/TC, publicada el 27 de febrero de 2020, fundamento jurídico 5. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00943-2017-AA.pdf>

<sup>111</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 6.

<sup>112</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en Exp. N.º 02595-2014-PA/TC, publicada el 20 de septiembre de 2016, fundamento jurídico 4. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/02595-2014-AA.pdf>

centro docente (art. 13); el respeto a la libertad de conciencia de los y las estudiantes (art. 14); el respeto a la identidad de sus educandos y educandas (art. 15); el buen trato psicológico y físico (art. 15); la libertad de cátedra (art. 18); la libertad de creación de centros educativos (arts. 17 y 18). Ha reconocido también que los padres y madres tienen la facultad de escoger los centros de educación y participar de su proceso formativo.<sup>113</sup>

En cuanto al contenido normativo de este derecho, esta instancia hecha mano del artículo 13 del PIDESC y señala que la educación en todas sus formas y niveles debe tener las siguientes características:<sup>114</sup> (i) *la disponibilidad*, referida a la cantidad suficiente de instituciones y programas de enseñanza; (ii) *accesibilidad*, deben ser accesibles a todas y todos sin discriminación y debe estar al alcance económico, por lo que la enseñanza primaria debe ser gratuita y debe implementarse de forma gradual la gratuidad de la educación secundaria y superior; (iii) *adaptabilidad*, la educación debe adaptarse a las necesidades y particularidades de los contextos culturales y sociales.

El Tribunal señala que este derecho debe ser garantizado en forma progresiva y en condiciones de igualdad,<sup>115</sup> el cual importa obligaciones estatales que deben ser implementadas por los Estados, tales como:<sup>116</sup> (i) la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todas y todos;<sup>117</sup> (ii) hacer la enseñanza superior accesible, sobre la base de la capacidad, por medios apropiados<sup>118</sup> y (iii) adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir la deserción escolar.<sup>119</sup>

---

<sup>113</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp.02018-2015-PA/TC, publicada el 19 de octubre de 2016, fundamento jurídico 24. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/02018-2015-AA.pdf>

<sup>114</sup> *Op. cit.*, Exp. N.º 4646-2007-PA/TC, fundamento jurídico 32.

<sup>115</sup> *Op. cit.*, Exp. N.º 4646-2007-PA/TC, fundamento jurídico 41.

<sup>116</sup> *Ibidem.*

<sup>117</sup> *Ibidem.*

<sup>118</sup> *Ibidem.*

<sup>119</sup> *Ibidem.*

El derecho a la educación de los NNA también ha sido considerado como un deber de los padres, madres y cuidadores(as) y, especialmente, del Estado en la medida que éste debe garantizar una formación que respete su identidad, el buen trato psicológico y físico;<sup>120</sup> así como el acceso a un centro educativo y garantizar medidas necesarias para impedir que existan limitaciones para recibir educación, por razón de su situación económica, de discapacidad u otros motivos.<sup>121</sup>

En concordancia con lo anterior, respecto al interés superior de los NNA en el ámbito educativo el Tribunal señaló que:

El deber de educar a los hijos que se ha impuesto a los padres de familia conforme al artículo 13 de la Constitución, está en correlación con el derecho de los hijos de ser educados. No solo se trata de un deber de los padres para con sus hijos, sino también de un derecho —el de educación— que cabe oponer y exigir al Estado: "El educando tiene derecho a una formación que respete su identidad, así como al buen trato psicológico y físico" (segundo párrafo del artículo 15 de la Constitución). Si la Constitución ha establecido que los padres tienen el deber de brindar educación a sus hijos, respecto del Estado ha declarado que este está en la obligación de proteger especialmente al niño y al adolescente (Art. 4). Naturalmente esta protección especial implica primeramente la obligación de permitirle ingresar a un centro educativo, así como que se adopten todas las medidas necesarias y oportunas destinadas a impedir que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas (Art. 16).<sup>122</sup>

Desde esa perspectiva, el Tribunal reconoce que el derecho a la educación, en armonía con el PISNNA, también supone la garantía del derecho a la

<sup>120</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N.º 0052-2004-AA/TC, publicada el 1 de septiembre de 2004, fundamento jurídico 3. Disponible en: [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vkOgA\\_krhowJ:https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00052-2004-AA.html+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe&client=firefox-b-d](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vkOgA_krhowJ:https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00052-2004-AA.html+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe&client=firefox-b-d)

<sup>121</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 3 y 4.

<sup>122</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 3.

matrícula y la continuidad en los estudios no puede verse restringida por factores arbitrarios como, por ejemplo, la falta de pago de deudas educativas o represalias debido a conflictos entre los progenitores y las autoridades del colegio<sup>123</sup> o incidencias entre los participantes del proceso educativo.<sup>124</sup> La excepción a la limitación de matrícula o la continuidad del proceso educativo en un establecimiento educativo es que esta medida se encuentre ligada al comportamiento del o la estudiante, siempre que no sea posible otra fórmula distinta.<sup>125</sup>

En cuanto a la responsabilidad de las instituciones privadas que prestan servicios educativos el Tribunal ha referido que el deber de especial protección sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes también les vincula,<sup>126</sup> por lo que ello implica que los intereses de los NNA deban ser priorizados aun por sobre sus intereses económicos representados por las mensualidades impagas.<sup>127</sup> En este tipo de circunstancias, señala el TC, las instituciones deben garantizar el PISNNA bajo los parámetros del artículo 3 de la CDN, y adoptar procedimientos razonables que eviten que se trunque el proceso educativo de los NNA. Así, refirió que

En consecuencia, es evidente que el interés superior del niño, niña y adolescente debe ser observado también por las instituciones privadas que prestan servicios educativos. Si bien es cierto que la naturaleza misma de las instituciones educativas privadas hace que los padres o tutores adquieran un rol importante y un compromiso económico para garantizar el acceso y la continuidad del servicio educativo de sus hijos, no es menos cierto que por la magnitud del derecho que se ve involucrado —el de la educación— las instituciones prestadoras de este derecho-servicio

<sup>123</sup> *Op. cit.*, Exp. N.º 4646-2007-PA/TC, fundamento jurídico 56, 57, 59 y 62.

<sup>124</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N.º 02018-2015-PA/TC, publicada el 19 de octubre de 2016, fundamento jurídico 22. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/02018-2015-AA.pdf>

<sup>125</sup> *Ibidem.*

<sup>126</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia del Pleno 500/2021 recaída en el Exp. N.º 00538-2019-PA/TC, fundamento jurídico 11. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00538-2019-AA.pdf>

<sup>127</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 12.

deben priorizar el respeto del interés superior del niño, niña y adolescente, adoptando para ello, por ejemplo, procedimientos y medidas que, dentro del marco de lo razonablemente posible, eviten truncar el proceso educativo.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en una sentencia que no involucra directamente a NNA, ha señalado que el contexto de discriminación estructural contra las mujeres impone un deber especial del Estado en la formulación de medidas que favorezcan la accesibilidad a la educación inicial, primaria y secundaria de las niñas y adolescentes,<sup>128</sup> las mismas deben considerar una atención prioritaria de aquellas que se encuentran en estado de pobreza y ruralidad.<sup>129</sup>

## **E. Conclusiones**

El Perú fue uno de los primeros países en suscribir la CDN en 1990, no obstante, los estándares y el cambio de paradigma que supuso no fueron incluidos en la Constitución Política del Perú de 1993. Este texto constitucional taxativamente aún se afirma en la doctrina de la situación irregular de los niños, niñas y adolescentes, ya que no se les reconoce como sujetos de derecho, sino como objetos de protección en contexto de abandono. Sin embargo, esta consideración ha sido superada a través del desarrollo jurisprudencial y legislativo.

Es importante resaltar que existe un robusto marco normativo que incorpora los estándares principales de la CDN, generado a partir de la ratificación de este tratado. No obstante, existe una brecha entre la cantidad de normas al respecto y los impactos reales en las vidas de los niños y niñas, ya que el contexto de desprotección de la infancia y adolescencia no ha cambiado, sobre todo aquellos aspectos vinculados, por ejemplo,

---

<sup>128</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en Exp. N° 00853-2015-PA/TC, publicada el 14 de marzo de 2017, fundamento jurídico 34. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00853-2015-AA.pdf>

<sup>129</sup> *Ibidem*.

a la pobreza, a la violencia hacia los niños, niñas y adolescentes y su alta tolerancia; así como también las tasas alarmantes sobre embarazos forzados en niñas y adolescentes, la violencia sexual, entre otros.

La CDN goza de rango constitucional y ha sido incorporada al bloque de constitucionalidad para la interpretación y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes mediante el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional a partir de 2004. Ello, en aplicación del control de convencionalidad reconocido en la Cuarta Disposición Final de la CPP. Así el principio del interés superior del niño y la niña, mediante interpretación constitucional, se considera como contenido implícito en el artículo 4o.; el cual señala que existe una obligación de protección especial a los niños y niñas en situación de abandono.

Desde 1997 se advierten al menos 117 sentencias que abordan de forma progresiva el interés superior del niño y la niña; no obstante, es la STC N° 0052-2004-AA/TC la primera que desarrolla las implicancias del principio del interés superior del niño, niña y adolescente a partir del reconocimiento de la CDN. Pero se advierten 14 sentencias<sup>130</sup> que desarrollan el contenido de este principio como derecho y que irradian, hasta la fecha, todos los pronunciamientos del Tribunal en el que se abordan temáticas vinculadas a niños, niñas y adolescentes.

Los temas que más han sido abordados por el Tribunal Constitucional están vinculados al derecho a la vida familiar y responsabilidades parentales, así como el derecho a la educación. En cuanto al derecho a la vida familiar se advierten al menos 36 sentencias que abordan litigios sobre el derecho a no ser separado de su familia y vinculadas a la determinación de la filiación o tenencia. Sobre el derecho a la educación, los pronunciamientos se vinculan a la limitación en la matrícula o acceso a la

---

<sup>130</sup> Exp. N° 0052-2004-AA/TC; Exp. N° 03247-2008-PHC/TC; Exp. N° 02132-2008-PA/TC; Exp. N° 6165-2005-HC/TC; 02132-2008-PA/TC; Exp. N° 02079-2009-PHC/TC; Exp. N° 01817-2009-PHC/TC; 00325-2012-PHC/TC; Exp. N° 02132-2008-PA/TC; Exp. N° 1665-2014-HC; N° 04937-2014-PHC/TC; Exp. N° 04179-2014-PHC/TC; Exp. N° 1587-2018-PHC/TC.



continuidad de estudios; se advierte que, al menos 21 sentencias abordan este tema. Lo cual ha permitido que se desarrolle el contenido del derecho a la educación de los niños y niñas en armonía con el principio del interés superior, respecto al acceso y continuidad en las instituciones educativas.

Si bien los pronunciamientos del Tribunal no abordan de forma sustantiva temas emergentes como el reconocimiento del derecho a la identidad de género de los niños y niñas, la autodeterminación como límite de las responsabilidades parentales, entre otros, es importante reconocer el impacto significativo que ha tenido la CDN para el reconocimiento y garantía de los derechos de los niños y niñas en los asuntos abordados por el Tribunal Constitucional.

## **Bibliografía**

Congreso Constituyente Democrático, Diario de los Debates, Debate Constitucional —1993, Comisión de Constitución y de Reglamento, Tomo I 18-01-93 al 01-03-93, pp. 620 y 621. Disponible en: <https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/ComiConstRegla/TomoCompleto/TomoI.pdf>

Congreso de la República del Perú, Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, 2 de agosto de 2000, artículo 2. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682689>

Congreso de la República del Perú, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, Ley N° 30466, 17 de junio de 2016. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1155778>

Congreso de la República del Perú, Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes, Ley N° 30403.

García Belaunde, Domingo, "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", *Revista Advocatus*, Lima, Universidad de Lima, pp. 65-71.

INEI. Perú tiene una población de 9 millones 652 mil niñas, niños y adolescentes al primer semestre del presente año. 20 de noviembre de 2019. [https://m.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/noticias/np207\\_2019.pdf](https://m.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/noticias/np207_2019.pdf)

INEI. Encuesta Demográfica y de Salud Familias - ENDES 2020. pp. 239. [https://proyectos.inei.gov.pe/endes/2020/INFORME\\_PRINCIPAL\\_2020/INFORME\\_PRINCIPAL\\_ENDES\\_2020.pdf](https://proyectos.inei.gov.pe/endes/2020/INFORME_PRINCIPAL_2020/INFORME_PRINCIPAL_ENDES_2020.pdf)

INEI, Estado de la población peruana 2020, 2020. Disponible en: [https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1743/Libro.pdf](https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1743/Libro.pdf).

INEI. En el Perú existen más de cuatro millones de adultos mayores, 25 de agosto de 2020, N° 121, [Nota de Prensa]. INEI. [https://m.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/noticias/np121\\_2020.pdf](https://m.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/noticias/np121_2020.pdf)

INEI, Nota de prensa, Pobreza afectó al 25,9 % de la población del país en el año 2021, 5 de mayo 2022, pp.1. Disponible en: <https://m.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-no-072-2022-inei.pdf>.

INEI & CIES, Diálogos CIES Perú Sostenible: Las Nuevas Cifras de Pobreza 2021, 2022, p.11.

Ministerio de Educación [MINEDU]. Brechas de Género y Generación. 2020, p. 34. <https://juventud.gob.pe/wp-content/uploads/2020/09/Gu%C3%ADa-de-brecha-de-genero.pdf>

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Aprueban Reglamento de la Ley N° 30403, Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes, Decreto Supremo

N° 003-2018-MIMP, 2 de junio de 2018. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-reglamento-de-la-ley-n-30403-ley-que-prohibe-el-u-decreto-supremo-n-003-2018-mimp-1657575-1/>

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030, Decreto Supremo N° 008-2021-MIMP, 24 de junio de 2021, p.10. Disponible en: <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/PN MNNA-2030.pdf>

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Tolerancia social hacia la violencia, creencias, actitudes e imaginarios que toleran o justifican la violencia, ENARES 2019, 2021, pp.4. Disponible en: <https://observatorioviolencia.pe/wp-content/uploads/2021/02/ENARES-Tolerancia-social.pdf>

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Violencia hacia niñas y niños de 9 a 11 años, 2021, p.1. Disponible en: <https://observatorioviolencia.pe/wp-content/uploads/2021/02/ENARES-violencia-hacia-ninas-y-ninos.pdf>

Saad et. al., Juventud y Bono Demográfico Organización Internacional de la Juventud Cepal, Organización Iberoamericana de Juventud (OIJ), Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) – División de Población de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2012, p. 17.

Seminario Hurtado & Buendía Casafranca, "El derecho a la participación judicial de los niños, niñas y adolescentes en el Sistema Judicial Peruano: avances y desafíos", Revista Persona y Familia, Facultad de Derecho de la Universidad Femenina Sagrado Corazón, Vol. N° 8, Perú, Enero -diciembre 2019, p. 215. Disponible en: <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/1962/2265>

Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N° 0052-2004-AA/TC, 1 de septiembre de 2004, p.5. Disponible en: <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/00052-2004-aa>

Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, Caso Colegio de Abogados de Arequipa y otro, 25 de abril de 2006, fundamento jurídico 25 y 26.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en Exp. N.º 4646-2007-PA/TC, publicada el 17 de octubre de 2007, fundamento jurídico 30,31 y 32. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04646-2007-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 03247-2008-PHC/TC, publicada el 14 de agosto de 2008, fundamento jurídico 10. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03247-2008-HC%20Resolucion.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el expediente N° 05842-2006-HC, publicado el 07 de noviembre de 2008. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05842-2006-HC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 03386-2009-PHC/TC, publicada el 13 de agosto de 2009, fundamento jurídico 13. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03386-2009-HC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, publicada el 7 de octubre de 2009, fundamento jurídico 11. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 00550-2008-AA/TC, publicada el 7 de septiembre de 2010, fundamento

- jurídico 19 y 20. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00550-2008-AA.html#:~:text=La%20prohibici%C3%B3n%20de%20revivir%20procesos,los%20efectos%20de%20cosa%20juzgada>.
- Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en Exp. N° 02079-2009-PHC/TC, publicada el 9 de septiembre de 2010, fundamento jurídico 13. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02079-2009-HC.html>
- Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 00008-2012-PI/TC, Sentencia del Pleno Jurisdiccional, 12 de diciembre de 2012. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00008-2012-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en 00325-2012-PHC/TC, publicada el 29 de octubre de 2013, fundamento jurídico 4. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00325-2012-HC.html>
- Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 04617-2021-PA/TC, Panamericana Televisión S.A, 6 de mayo de 2013, fundamento jurídico 7.
- Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 04179-2014-PHC/TC, publicada el 25 de mayo de 2016, fundamento jurídico 10. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/04179-2014-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en Exp. N° 00853-2015-PA/TC, publicada el 14 de marzo de 2017, fundamento jurídico 34. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00853-2015-AA.pdf>.
- Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 02018-2015-PA/TC, publicada el 19 de octubre de 2016, fundamento

jurídico 22. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/02018-2015-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el expediente N° 02302-2014-PHC/TC, publicada el 30 de mayo de 2017. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/02302-2014-HC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en Exp. N° 02595-2014-PA/TC, publicada el 20 de septiembre de 2016, fundamento jurídico 4. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/02595-2014-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp.02018-2015-PA/TC, publicada el 19 de octubre de 2016, fundamento jurídico 24. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/02018-2015-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. Pleno Jurisdiccional. Expediente 0006-2018-PI/TC, publicado el 6 de noviembre de 2018, fundamento jurídico 24.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el expediente N° 04937-2014-PHC/TC, publicada el día 15 de enero de 2019, fundamento jurídico 19. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/04937-2014-HC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 04937-2014-PHC/TC, publicada el 15 de enero de 2019, fundamento jurídico 4. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/04937-2014-HC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el expediente N° 1272-2017-PA/TC, publicado el 05 de marzo de 2019. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01272-2017-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 00358-2016-PHC/TC, publicada el 7 de marzo de 2019, fundamento jurídico 3. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00368-2016-HC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de pleno 727/2021, recaída en el Exp. N° 00943-2017-PA/TC, publicada el 27 de febrero de 2020, fundamento jurídico 5. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00943-2017-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, Pleno. Sentencia 778/2020. Expediente 00002-2020-CC/TC, publicado el 19 de noviembre de 2020, fundamento jurídico 46.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 03910-2019-PHC/TC, publicada el 15 de diciembre de 2020, fundamento jurídico 3. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/03910-2019-HC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Exp. N° 01071-2018-PDH/TC, publicada el 8 de febrero de 2021. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01071-2018-HD.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en Exp. N.° 02309-2021-PA/TC, publicada el 30 de noviembre de 2021, fundamento jurídico 24. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02309-2021-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia del Pleno 500/2021 recaída en el Exp. N° 00538-2019-PA/TC, fundamento jurídico 11. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00538-2019-AA.pdf>

UNICEF, Niñas, niños y adolescentes en el Perú. Análisis de su situación al 2020, Resumen Ejecutivo, 2021, lima, p.13.





# **República Dominicana**

---

Elka M. Reyes Olivo\*

\* Jueza presidente de la Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas de la Provincia de Santo Domingo. Presidenta de la Asociación Jueces Dominicanos para la Democracia –JUDEMO, República Dominicana. Docente de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), y de la Escuela Nacional en la Judicatura (ENJ).

SUMARIO: A. Contexto nacional; I. Control de constitucionalidad; B. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno; C. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes; D. Jurisprudencia relevante sobre NNA; I. Interés superior del niño; II. Derecho a la educación; III. Derecho a la salud; IV. Derecho de igualdad; E. Conclusiones.

## **A. Contexto nacional**

La República Dominicana forma parte de las Antillas Mayores. Localizada en el mar Caribe, ocupa las dos terceras partes de la isla, conjuntamente con la República de Haití. Es el mayor segundo país caribeño en población y territorio, con 9,445,281 habitantes, según los registros del último censo nacional, realizado en 2010. Su extensión geográfica es de 48,442 kilómetros. La economía de este país se sustenta básicamente en las industrias de zonas francas y el turismo.

De conformidad con los últimos levantamientos y estadísticas conocidos sobre la distribución por sexo de los menores, al igual que en la población adulta, se constata que en la República Dominicana

la población femenina es menos numerosa que la población masculina. Para el 2015, las niñas del país se han estimado en alrededor de 1.7 millones, un poco menos numerosas que los niños (49.2 %), quienes se cifran en unos 1.8 millones (50.8%). La población

total de menores es de unos 3.5 millones, lo que representa un poco más de un tercio de la población total (35.0 %).<sup>1</sup>

En cuanto a la pobreza, en la población y en los hogares, se constató "que 2 de cada 5 personas en el país es pobre y esta pobreza está sobre representada entre los menores, pues se cifra en un 44.5%, es decir, 3.8 puntos porcentuales superior al promedio nacional, cifrado en 40.7%".<sup>2</sup> Las zonas rurales lideran la estadística de pobreza; es limitado el "acceso a transporte, agua potable, equipamientos, capital humano, tecnologías de información y comunicación y sanitario",<sup>3</sup> y, en una gran parte de los casos, a una vivienda digna, lo que definitivamente impacta en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

En cuanto a la educación para este colectivo, la situación es que en "el año escolar 2016 se encontraban fuera de la escuela 25,058 niños y niñas de 5 años; 60,745 de 6 a 11 años; 129,628 de adolescentes de 12 a 17 años. La situación de niños fuera de la escuela aumentó en las edades entre 6 y 14 años del 2015 al 2016, y a pesar de los esfuerzos la tendencia es desfavorable",<sup>4</sup> porcentaje que aumenta en los casos de niños, niñas y adolescente con algún tipo de discapacidad.<sup>5</sup> Respecto del sector salud, para 2019 se estimaba una desnutrición crónica de 6.9% en menores de 5 años de edad, en tanto que la cobertura de protección a la población infantil contra la tuberculosis, difteria, tétanos, tosferina, sarampión y poliomielitis oscilaba entre un 89 y 96%.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Oficina Nacional de Estadística, ONE, *Síntesis: Las niñas y adolescentes dominicanas. Compendio de indicadores con enfoque de género para la planificación social en favor de la niñez*, Santo Domingo, República Dominicana, Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo, 2016, p. 15.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>4</sup> Unicef. Explora Unicef en República Dominicana. Educación. Disponible en: <https://www.unicef.org/dominicanarepublic/educaci%C3%B3n>. [Consultado el 7 de abril de 2022].

<sup>5</sup> *Ibidem*, "La exclusión escolar se refleja con mayor severidad en los niños, niñas y adolescentes con discapacidad. El informe Niños Fuera de la Escuela 2017 destacó que el 62% de los niños y niñas de 3 a 5 años no asiste a la escuela; asimismo el 21% de los niños y niñas con discapacidad de 6 a 11 años, destacando que casi la mitad no sabe leer ni escribir y el 35% de los adolescentes de entre 12 a 17 años".

<sup>6</sup> República Dominicana, Ministerio de Salud Pública, Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud: "Indicadores Básicos de Salud República Dominicana 2020".

No obstante, entendemos que a pesar de las regulaciones legales, de los esfuerzos estatales y de la reducción estadística de la mortalidad infantil como consecuencia de los servicios hospitalarios infantiles y la gratuidad de la inmunización, el factor pobreza es una realidad que se impone y restringe el acceso a los servicios de salud, lo que en ocasiones sucede por falta de un transporte público, por la no gratuidad de medicamentos y hasta por la imposibilidad para los padres de llevar al hijo al hospital porque dejará de producir el pan de ese día y del día siguiente, o bien por el riesgo de ser sustituido en su puesto de trabajo.

## I. Control de constitucionalidad

De acuerdo con el artículo 4 de la Constitución, la República Dominicana es una democracia representativa, con un gobierno civil, republicano y democrático, dividido en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Estos tres poderes son independientes en el ejercicio de sus respectivas funciones, taxativamente señaladas en la Constitución y las leyes, e indelegables. Además, existen un Tribunal Constitucional y un Tribunal Superior Electoral, los cuales son órganos independientes de los demás poderes del Estado, y cuyos jueces, como los de la Suprema Corte de Justicia, son elegidos por el Consejo Nacional de la Magistratura.<sup>7</sup>

El Poder Judicial goza de autonomía funcional, administrativa y presupuestaria;<sup>8</sup> la ley dispone que se le asigne una partida mínima de 2.66% de los ingresos internos del Estado para su presupuesto anual.<sup>9</sup> Los jueces

Disponible en: <https://repositorio.msp.gob.do/bitstream/handle/123456789/2273/Indicadores%20B%c3%a1sicos%20de%20Salud%202020.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. [Consultado el 10 de abril de 2022].

<sup>7</sup> Artículo 3, Ley núm. 138-11, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, y deroga la Ley núm. 132-11, del 31 de mayo de 2011. G. O. 10623 del 28 de junio de 2011. Disponible en: <http://cnm.gob.do/Documents/GetDocument?reference=82c4db37-6d26-4771-81b6-b767d8a399f6>. [Consultado el 3 de abril de 2022].

<sup>8</sup> Ley núm. 46-97, mediante la cual la Oficina Nacional de Presupuesto asignará una partida global por la suma mensual correspondiente a la duodécima parte del Presupuesto de Ingresos y Ley de Gastos Públicos apropiada cada año, en favor del Poder Legislativo y del Poder Judicial. Gaceta Oficial 9948, del 28 de febrero de 1997. Disponible en: [https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY\\_46\\_97.pdf](https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY_46_97.pdf). [Consultado el 21 de septiembre de 2022].

<sup>9</sup> Ley núm. 194-04, sobre Autonomía Presupuestaria y Administrativa del Ministerio Público y de la Cámara de Cuentas de la República Dominicana, y establece el monto presupuestario de estos y

integrantes del Poder Judicial dominicano deben "ser independientes, imparciales, responsables, inamovibles y estar sometidos sólo a la Constitución y a las leyes. No pueden ser separados, suspendidos, trasladados removidos o jubilados, sino por alguna de las causas establecidas y con las garantías previstas en la ley".<sup>10</sup>

El máximo tribunal del Poder Judicial es la Suprema Corte de Justicia.<sup>11</sup> Actualmente, está compuesta por 17 jueces, que conforman tres salas. El gobierno administrativo y disciplinario del Poder Judicial está a cargo del Consejo del Poder Judicial, órgano presidido por el presidente de la Suprema Corte de Justicia y conformado por un representante de los distintos escalafones de la judicatura, es decir, un juez de la Suprema Corte de Justicia, un juez de corte de apelación, un juez de primera instancia y un juez de paz.<sup>12</sup> Estos tres últimos son elegidos por sus pares mediante voto directo.

El sistema de justicia dominicano concibe la especialización<sup>13</sup> como garantía de una tutela judicial efectiva; sus jurisdicciones especializadas son el Tribunal Superior Administrativo, los tribunales de trabajo, los tribunales de niños, niñas y adolescentes, los juzgados de paz especiales para asuntos municipales y los juzgados especiales de tránsito de vehículos.

En la República Dominicana el control de la constitucionalidad se realiza mediante dos sistemas: el difuso y el concentrado. El sistema difuso fue reconocido en la primera Constitución dominicana —del 6 de noviembre de 1844—, la cual proclama que "ningún Tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración general,

---

de los poderes Legislativo y Judicial. Art. 3. Disponible en: [https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY\\_194\\_04.pdf](https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY_194_04.pdf). [Consultado el 21 de septiembre de 2022].

<sup>10</sup> Constitución de la República Dominicana, artículo 155. Disponible en: <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/REP%C3%9ABLICA-DOMINICANA-Constitucion.pdf>. [Consultado el 4 de abril de 2022].

<sup>11</sup> *Ibidem*, art. 152.

<sup>12</sup> *Ibidem*, art. 155.

<sup>13</sup> *Ibidem*, "Art. 168.-La ley dispondrá de la creación de jurisdicciones especializadas cuando así lo requieran razones de interés público o de eficiencia del servicio para el tratamiento de esas materias".

sino en tanto que sean conformes a las leyes".<sup>14</sup> Actualmente, el artículo 188 de la carta sustantiva es el que permite este sistema: "Los tribunales de la República conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento".

Asimismo, el artículo 51 de la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de Procedimientos Constitucionales, establece:

Todo juez o tribunal del Poder Judicial apoderado del fondo de un asunto ante el cual se alegue como medio de defensa la inconstitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o acto, tiene competencia y está en el deber de examinar, ponderar y decidir la excepción planteada como cuestión previa al resto del caso.

Párrafo.- La decisión que rechace la excepción de inconstitucionalidad sólo podrá ser recurrida conjuntamente con la sentencia que recaiga sobre el fondo del asunto.

Materializando lo dispuesto en el precitado texto legal, el Tribunal Constitucional ha señalado que "el control de constitucionalidad difuso tiene efectos *inter partes*, por cuanto se trata de la interpretación que hacen los jueces respecto de una disposición normativa al juzgarla en un determinado caso, razón por la cual no surte efectos generales, contrario a lo que ocurre con el control concentrado de constitucionalidad, cuyos efectos son *erga omnes*".<sup>15</sup>

Es importante resaltar que esta garantía se hace extensiva a los tribunales de niños, niñas y adolescentes, los cuales tienen competencia en materia

<sup>14</sup> Constitución de la República Dominicana, artículo 125.

<sup>15</sup> Tribunal Constitucional, TC/0430/15, 13 de junio de 2011, sección 10 literal g, p.14. Expediente núm. TC-05-2014-0185, relativo al recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo interpuesto por Propano y Derivados, S.A., contra la sentencia núm. 214/2010, dictada por la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Francisco de Macorís el 6 de diciembre de 2010. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc043015/>. [Consultado el 22 de septiembre del 2022].

de amparo y a fin de garantizar —en caso de urgencia— los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, en razón de su especialidad, según lo dispuesto en la Ley 137-11:

Los tribunales o jurisdicciones especializadas existentes o los que pudieran ser posteriormente establecidos, deberán conocer también acciones de amparo, cuando el derecho fundamental vulnerado guarde afinidad o relación directa con el ámbito jurisdiccional específico que corresponda a ese tribunal especializado, debiendo seguirse, en todo caso, el procedimiento previsto por esta ley.<sup>16</sup>

Un segundo mecanismo de control es el sistema concentrado, que es reconocido por primera vez en la Constitución de 1924, en la que se atribuye competencia a la SCJ para decidir sobre asuntos "de interés general, sin que sea necesario una controversia judicial, cuando se trate de leyes, decretos, resoluciones y reglamentos atentatorios a los derechos individuales consagrados por la presente Constitución".<sup>17</sup> Actualmente, la carta magna expresa en su artículo 184 lo siguiente:

Habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria.

La competencia de atribución está contenida en el artículo 185<sup>18</sup> del precitado texto constitucional; tienen calidad para accionar de manera

<sup>16</sup> Artículo 74, Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, G. O. 10622 del 15 de junio de 2011. Disponible en: [https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY\\_137\\_11.pdf](https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY_137_11.pdf). [Consultado el 26 mayo de 2022].

<sup>17</sup> Constitución Política de la República de 1924, artículo 61 numeral 5, parte *in fine*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8879.pdf>. [Consultado el 23 de septiembre de 2022].

<sup>18</sup> *Ibidem*, artículo 185: "El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia: 1) Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente



directa, de conformidad con la Ley 137-11, "el Presidente de la República, una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y cualquier persona con un interés legítimo y jurídicamente protegido".

## **B. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno**

La Constitución de la República Dominicana (CRD) es la "norma suprema y fundamento jurídico"<sup>19</sup> del Estado dominicano. Se fundamenta "en el respeto a la dignidad humana"<sup>20</sup> y establece que es función esencial del Estado "la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva".<sup>21</sup>

Asimismo, la CRD reconoce las normas del derecho internacional de convenios debidamente ratificados, los cuales "rigen en el ámbito interno, una vez publicados de manera oficial",<sup>22</sup> de igual forma, acepta el "ordenamiento jurídico internacional que garantice el respeto de los derechos fundamentales, la paz, la justicia, y el desarrollo político, social, económico y cultural de las naciones".<sup>23</sup>

Al consagrar el derecho de igualdad, la norma suprema dominicana exige el trato igualitario y el gozo de los "derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política

---

protegido; 2) El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo; 3) Los conflictos de competencia entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares; 4) Cualquier otra materia que disponga la ley. Artículo 186.- Integración y decisiones. El Tribunal Constitucional estará integrado por trece miembros y sus decisiones se adoptarán con una mayoría calificada de nueve o más de sus miembros. Los jueces que hayan emitido un voto disidente podrán hacer valer sus motivaciones en la decisión adoptada".

<sup>19</sup> Constitución de la República Dominicana, artículo 6.

<sup>20</sup> *Ibidem*, artículo 5.

<sup>21</sup> *Ibidem*, artículo 8.

<sup>22</sup> *Ibidem*, artículo 26.

<sup>23</sup> *Idem*.

o filosófica, condición social o personal"<sup>24</sup> y exige al Estado "promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión".<sup>25</sup>

De conformidad con lo dispuesto en la CRD

La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: [...] 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado.<sup>26</sup>

En ese tenor, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana (CTRD) ha afirmado que los tratados y convenciones internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad,<sup>27</sup> y que constituyen el marco normativo de nuestro ordenamiento: "la Constitución, al igual que las normas que integran el bloque de la constitucionalidad constituyen el parámetro de constitucionalidad de todas las normas, actos y actuaciones producidos y realizados por todas las personas, instituciones privadas y órganos de los poderes públicos".<sup>28</sup> La doctrina afirma que el bloque de constitucionalidad está

<sup>24</sup> *Ibidem*, 39.

<sup>25</sup> *Ibidem*, 39.3

<sup>26</sup> *Ibidem*, artículo 74, numeral 3.

<sup>27</sup> En revisión constitucional establece en su motivación que analiza normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; las asume como disposiciones del bloque de constitucionalidad. Sentencia TC/0092/2019, 21 de mayo de 2019, sección 12.4, literales g-h, pp. 35-38. Expediente núm. TC01-2018-0043, relativo a la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por Namphi A. Rodríguez, Héctor Herrera Cabral y Fundación Prensa y Derecho, Inc. Contra el artículo 44, numeral 6, de la Ley núm. 33-18, de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos, del 13 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc009219/>. [Consultado el 23 de septiembre de 2022].

<sup>28</sup> Tribunal Constitucional, TC/0150/13, 12 de septiembre de 2013, sección 10.1.2, p. 13. Expediente núm. TC-01-2012-0072, relativo a la acción directa de inconstitucionalidad incoada por los señores Nadim Miguel Bezi Nicasio, Thelma Elba Nicasio vda. Bezi y Nadime Suzanne Bezi Nicasio, contra el artículo 53 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc015013/>. [Consultado el 22 de septiembre del 2022].

conformado no solo por las normas contenidas en la Constitución, sino también por aquellas contenidas en otras fuentes normativas explícitas o implícitas que por su naturaleza, en razón de los derechos que consagran, de los bienes que protegen o de las relaciones que regulan, tienen igual jerarquía que la Constitución, como son: la costumbre de orden constitucional, los tratados o convenciones internacionales y las decisiones o jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales, tanto nacionales como de orden internacional, que interpretan y aplican esas normas.<sup>29</sup>

El control preventivo a cargo del TCRD exige la remisión a este órgano de los tratados, convenios y pactos suscritos por el presidente de la República, para un control previo, y el TCRD deberá decidir en un plazo de "treinta días".<sup>30</sup> Si el tratado, convenio o pacto fuera reputado constitucional y "aprobado por el Congreso"<sup>31</sup> adquirirá jerarquía normativa y no podrá con posterioridad "ser cuestionado por inconstitucional ante el Tribunal Constitucional o cualquier juez o tribunal".<sup>32</sup> Es importante señalar que el TCRD nace con la reforma constitucional de 2010,<sup>33</sup> por lo que los tratados, pactos y convenciones internacionales ratificados con anterioridad no estaban sujetos a este control previo.

No obstante, algunos de los convenios, tratados y protocolos en materia de niños, niñas y adolescentes suscritos por el Estado dominicano con

<sup>29</sup> Vásquez Correa, Domingo R., "Los principios de la interpretación constitucional", en Escuela Nacional de la Judicatura. *Interpretación constitucional*. Santo Domingo, 2020, p. 68. Disponible en: <https://biblioteca.enj.org/bitstream/handle/123456789/78631/000015.pdf?sequence=1>. [Consultado 23 de septiembre de 2022].

<sup>30</sup> Artículo 56, Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales. G. O. 10622 del 15 de junio de 2011. Disponible en: [https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY\\_137\\_11.pdf](https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY_137_11.pdf) [Consultado el 20 de agosto de 2022]. Durante ese periodo, los tratados, convenciones y pactos podría entenderse que son infraconstitucionales, o bien que se encuentran en una estada momentánea de jerarquía infraconstitucional que termina con la conformidad constitucional adquiriendo jerarquía normativa incuestionable, sin embargo, en el momento de la remisión, es sólo una intención pues se exige su validación y aprobación por el Congreso. Por lo que la jerarquía dada en la CRD se mantiene. Por lo que se afirma que los tratados, pactos y convenios debidamente ratificados y aprobado tienen jerarquía constitucional.

<sup>31</sup> Ley 137-11, artículo 93, literal l.

<sup>32</sup> *Ibidem*, artículo 57.

<sup>33</sup> La Constitución vigente de la República Dominicana fue promulgada el 26 de enero del 2010, y publicada en la Gaceta Oficial núm. 10561.

anterioridad a la creación del TCRD no habían sido ratificados por el Congreso. Eso permitió que estos fueran sometidos al control preventivo del TCRD. Tal es el caso del Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la participación de los niños en los conflictos armados; al respecto, el TCRD decidió "declarar conforme con la Constitución el 'Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados' de fecha veinticinco (25) de mayo del año dos mil (2000)".<sup>34</sup>

De igual forma, en esa misma fecha declaró "conforme con la Constitución el Acuerdo de Cooperación entre el gobierno de la República Dominicana y SOS Kinderdorf International: tiene como propósito la contribución a la generación de una vida digna y productiva del niño, niña y adolescente a través del Estado, familia y sociedad",<sup>35</sup> al igual que el Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros miembros de la Familia, suscrito el 23 de noviembre de 2007.<sup>36</sup>

En esa misma atribución, el TCRD declaró no conforme con la CRD la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada el 15 de julio de 1989 en Montevideo, Uruguay. Al respecto, el TCRD señaló:

contradice el contenido de los instrumentos internacionales marco en la materia estudiada —la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional

<sup>34</sup> Tribunal Constitucional, TC/0004/12, 2 de marzo de 2012, pp. 5-6. Caso: Control preventivo de constitucionalidad del "Protocolo facultativo de la convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados", de fecha 25 de mayo del 2000. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc000412/>. [Consultado el 22 de septiembre del 2022].

<sup>35</sup> TC/0005/12, 2 de marzo del 2012, pp. 4-5. Caso: Control preventivo de constitucionalidad del "Acuerdo de Cooperación entre el gobierno de la República Dominicana y SOS Kinderdorf International" de fecha 3 de octubre del año 2011. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc000512/>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

<sup>36</sup> TC/310/18, 31 de agosto de 2018, pp. 51-52. Caso: control preventivo de constitucionalidad del "Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros miembros de la familia", hecho el 23 de noviembre de 2007. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc031018/>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

de Menores—, sino que también contraría lo consagrado en la Constitución dominicana, en su artículo 56; la Ley núm.136-03, sobre el Código para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, y el artículo 388 del Código Civil, en cuanto a quienes son las personas que son consideradas como menores de edad y, por ende, beneficiarios de las prerrogativas que pretende instaurar; pues, a la fecha, estas piezas jurídicas ofrecen a las personas menores de edad un radio de protección mucho mayor que el pretendido con el protocolo estudiado.<sup>37</sup>

La declaratoria de no conformidad con la Constitución impide la ratificación de la Convención en el Congreso.

### **C. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes**

La Constitución dominicana reconoce derechos fundamentales a los NNA; de manera explícita, el derecho a la igualdad,<sup>38</sup> a un nombre y un apellido,<sup>39</sup> a ser inscrito en el registro civil,<sup>40</sup> a la igualdad entre hijos,<sup>41</sup> a la salud<sup>42</sup> y a la educación.<sup>43</sup> Es indiscutible que como seres humanos tienen el goce y disfrute de los demás derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Es en la reforma constitucional de 2010 que, por primera vez, se reconocen constitucionalmente los derechos de los niños, niñas y adolescentes y el Estado asume el compromiso de garantizar y respetar los derechos de la infancia. Dota de rango constitucional de

<sup>37</sup> TC/760/17, 7 de diciembre del 2017, sección 8.18, pp. 31-32. Caso: control preventivo de constitucionalidad de la "Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", adoptada el 15 de julio de 1989 en Montevideo, Uruguay. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADA/sentencias/tc076017/>. [Consultado: 23 de septiembre de 2022].

<sup>38</sup> Constitución de la República Dominicana, artículo 39.

<sup>39</sup> *Ibidem*, artículos 55-7.

<sup>40</sup> *Ibidem*, artículos 55-8.

<sup>41</sup> *Ibidem*, artículos 55-9.

<sup>42</sup> *Ibidem*, artículo 61.

<sup>43</sup> *Ibidem*, artículos 63-3.

derechos humanos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y constitucionaliza el interés superior del niño, establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño. La CRD consagra lo siguiente:

La familia, la sociedad y el Estado, harán primar el interés superior del niño, niña y adolescente; tendrán la obligación de asistirles y protegerles para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, conforme a esta Constitución y las leyes.

En consecuencia:

1) Se declara del más alto interés nacional la erradicación del trabajo infantil y todo tipo de maltrato o violencia contra las personas menores de edad. Los niños, niñas y adolescentes serán protegidos por el Estado contra toda forma de abandono, secuestro, estado de vulnerabilidad, abuso o violencia física, psicológica, moral o sexual, explotación comercial, laboral, económica y trabajos riesgosos;

2) Se promoverá la participación activa y progresiva de los niños, niñas y adolescentes en la vida familiar, comunitaria y social;

3) Los adolescentes son sujetos activos del proceso de desarrollo. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta<sup>44</sup>.

De esta forma, la CRD hace formal reconocimiento del contenido de la Convención de los Derechos del Niño y concretiza la finalidad de esta convención al disponer la obligación que tienen el Estado y la sociedad de hacer primar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Esta disposición constitucional identifica "el interés superior de los niños,

---

<sup>44</sup> *Idem*.

niñas y adolescentes"<sup>45</sup> como principio rector en lo relativo a las personas menores de edad y lo convierte en un derecho exigible, cuya exigibilidad es extensiva a los órganos jurisdiccionales.

Este reconocimiento en el texto constitucional se produce dos décadas después de la ratificación y aprobación de la CDN por la República Dominicana. Sin embargo, la entrada en vigor de la CDN hace posible la distinción de un antes<sup>46</sup> y un después en el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En 1991, el Poder Legislativo de la República Dominicana ratifica la CDN, un paso importante que propicia la desconexión con la doctrina de situación irregular y da pie a una nueva doctrina, la doctrina de protección integral en la que niños y niñas serán vistos como objetos de necesidades, convirtiéndose en sujetos de derechos. Así, para dar cumplimiento de las disposiciones de la CDN, en 1994 se promulga la Ley 14-94, Código para el Sistema de Protección de Niños, Niñas y adolescentes, que exigía, entre otras cosas, la preservación de la salud psíquica y física, y establecía las bases para la defensa y protección de los niños, niñas y adolescentes.

Se tomó nueve años armonizar las políticas y prácticas sobre los niños, niñas y adolescentes con el contenido de la CDN, lo que se hizo realidad al promulgarse la Ley 136-06, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, cuyo objeto es "garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional el ejercicio y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales".<sup>47</sup> Para ese fin, este código define y establece "la

<sup>45</sup> *Idem*.

<sup>46</sup> Antes de 1991, todo lo relativo a los asuntos de niñas, niños y adolescentes era conocido de conformidad con las disposiciones legislativas ordinarias —Código Civil y Código Penal—. En 1941 se promulgó la Ley 603, que crea los Tribunales Tutelares de Menores, cuyo fin era sustraer a niñas, niños y adolescentes de la justicia ordinaria, y su fundamento era la doctrina de situación irregular. Ahí nace la justicia especializada para menores de edad en la República Dominicana.

<sup>47</sup> Ley 136-03, Código para el Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, artículo 1. Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/LEY%20136-03%20-%20Codigo%20para%20el%20Sistema%20de%20Protecci%C3%B3n%20y%20los%20Derechos%20Fundamentales%20de%20Ni%C3%B1os%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20Republica%20Dominicana.pdf>. [Consultado el 25 de julio de 2022].

protección integral de estos derechos regulando el papel y la relación del Estado, la sociedad, las familias y los individuos con los sujetos desde su nacimiento hasta cumplir los 18 años de edad".<sup>48</sup>

La Ley 136-03 desarrolla todos los derechos de la CDN, en cumplimiento del compromiso estatal asumido al ratificar dicha convención, y amplía significativamente el catálogo de derechos de niños, niñas y adolescentes existente hasta entonces. Su contenido se desarrolla en cuatro libros. El primero hace referencia a los principios que servirán para armonizar e interpretar las disposiciones relativas a los niños, niñas y adolescentes dominicanos, consagrando que ante cualquier duda sobre la edad siempre deberá "presumirse la minoridad",<sup>49</sup> garantizando la jurisdicción y el procedimiento especializado. De igual forma, reconoce el principio de igualdad y no discriminación y de manera imperativa exige al Estado y a la sociedad "asegurar con prioridad absoluta"<sup>50</sup> los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, y que en toda su interpretación se tome en cuenta el "interés superior del niño",<sup>51</sup> presentando los elementos mediante los cuales se determina dicho interés.

Igualmente, esta ley reconoce como derechos fundamentales de los niños el derecho a la vida, al nombre y a la nacionalidad; a ser inscrito en el registro civil, a relacionarse con sus progenitores y con sus abuelos, a la cultura, al deporte, a tiempo libre y recreación. Reconoce el derecho a la integridad personal, a la restitución de derechos, a que se denuncie el abuso en su contra, a la libertad, a opinar y ser escuchado, a participar, a la intimidad, a la diversión, a la regulación de la publicidad, a la protección de la imagen, a la información, a la salud, a la protección laboral y a la educación. Desarrolla, además, todo lo relativo a las políticas, programas y financiamiento del sistema nacional de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes, y establece prohibiciones de

---

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> *Ibidem*, principio III.

<sup>50</sup> *Ibidem*, principio VI.

<sup>51</sup> *Ibidem*, principio V.



comercialización, prostitución y pornografía, así como la entrada de NNA a los lugares en los que se consume bebidas alcohólicas, a las casas de juegos o a los moteles si no están acompañados, y a que se les vendan armas, explosivos, bebidas alcohólicas, billetes de loterías, material pornográfico y cualquier producto o sustancia que pueda crearle dependencia física o psíquica.

El segundo libro de la Ley 136-03 aborda el derecho familiar en lo relativo al concepto y procedimiento de la filiación, la autoridad parental, guarda y régimen de visitas, adopción y sus modalidades, derecho de alimentos, conformación del Consejo de Familia y autorizaciones de viajes a NNA.

A su vez, en el libro tercero de la Ley 136-07 se desarrolla el sistema penal adolescente. Al reconocer a niñas, niños y adolescentes como "sujetos de derecho",<sup>52</sup> se asume la protección integral de los menores en conflicto con la ley penal, de conformidad con lo estipulado en la CDN. En ese sentido, dispone un procedimiento procesal penal garantista, en el que los derechos fundamentales de los menores en conflicto con la ley penal dominicana estén debidamente garantizados en su doble condición de seres humanos y menores de edad. Entre las disposiciones generales de la justicia penal de la persona adolescente destacan el "principio de grupos etéreos (sic)",<sup>53</sup> el de "presunción de minoridad"<sup>54</sup> y el de la "prohibición de extradición de adolescentes". Como principios de garantías procesales de la justicia penal adolescente pueden señalarse los siguientes: "justicia especializada",<sup>55</sup> "respeto del procedimiento especial",<sup>56</sup> "legalidad y lesividad",<sup>57</sup> "de confidencialidad",<sup>58</sup> "de contradictoriedad del proceso",<sup>59</sup> "de participación",<sup>60</sup> "de privación de libertad en un centro

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, artículo 1.

<sup>53</sup> *Ibidem*, artículo 223.

<sup>54</sup> *Ibidem*, artículo 224.

<sup>55</sup> *Ibidem*, artículo 228.

<sup>56</sup> *Ibidem*, artículo 229.

<sup>57</sup> *Ibidem*, artículo 230.

<sup>58</sup> *Ibidem*, artículo 231.

<sup>59</sup> *Ibidem*, artículo 232.

<sup>60</sup> *Ibidem*, artículo 233.

especializado"<sup>61</sup> y "aplicación de principios [del] Código Procesal Penal",<sup>62</sup> además, a la persona adolescente imputada se le "reconocen derechos desde la detención"<sup>63</sup>, imputación o inicio de la investigación.

Otras características de la justicia penal de la persona adolescente son el principio de mínima intervención mediante el establecimiento de soluciones alternas para el término anticipado del conflicto, así como la exigencia de que quienes intervienen (defensa técnica, policía judicial, Ministerio Público, el juez de la ejecución de la sanción y el equipo multidisciplinario adscrito a los tribunales) estén especializados y sensibilizados en lo relativo a los niños, niñas y adolescentes.

El libro cuarto de la Ley 136-03 contiene lo relativo al Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI) —creación, integración, dirección, funcionamiento composición, directorios municipales, financiamiento—, a la participación ciudadana y el procedimiento sobre las medidas de protección y restitución de derechos, así como al proceso especial para la colocación del menor en familia sustituta.

Resulta importante destacar que el Código Penal dominicano protege a los NNA. Ilícitos penales como el infanticidio<sup>64</sup> —homicidio contra recién nacidos—, actos de tortura y barbarie,<sup>65</sup> violencia intrafamiliar en presencia de NNA,<sup>66</sup> violación sexual,<sup>67</sup> incesto<sup>68</sup> y proxenetismo<sup>69</sup> contemplan una sanción mayor —en ocasiones, la pena capital— cuando la víctima es un niño, niña o adolescente. De igual forma, bajo el título de crímenes y delitos contra las personas se regulan las conductas ilícitas

<sup>61</sup> *Ibidem*, artículo 234.

<sup>62</sup> *Ibidem*, artículo 235.

<sup>63</sup> *Ibidem*, artículo 246.

<sup>64</sup> Código Penal de la República Dominicana, artículo 300. Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Penal%20de%20la%20Rep%C3%ABlica%20Dominicana.pdf>. [Consultado: 27 de septiembre de 2022].

<sup>65</sup> *Ibidem*, artículos 303-4.

<sup>66</sup> *Ibidem*, artículo 309-3 literal d.

<sup>67</sup> *Ibidem*, artículo 331.

<sup>68</sup> *Ibidem*, artículo 332-1.

<sup>69</sup> *Ibidem*, artículo 334-1, párr. primero.

que constituyen atentados a NNA, tales como "secuestros, traslados, ocultación y abandono de niños, niñas y adolescentes, abandono de familia, atentados al ejercicio de la autoridad del padre y de la madre y atentados a la filiación".<sup>70</sup>

Los NNA encuentran protección específica en otras leyes especiales que sancionan conductas tales como "el atentado sexual, la pornografía infantil y la adquisición y posesión de pornografía infantil"<sup>71</sup> cuando se realice por medio de un sistema de información, así como "la captación, el transporte, el traslado, la acogida o receptación de personas, niños, adolescentes, mujeres, recurriendo a la amenaza, fuerza, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder, situaciones de vulnerabilidad, concesión o receptación de pagos o beneficios".<sup>72</sup> Por otro lado, se extiende la protección al crear medidas de prevención y seguridad en el transporte de NNA<sup>73</sup> y exigir al Estado que destine los recursos necesarios para "los albergues y centros de atención para niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos [...] para los servicios relacionados con el VIH/SIDA y se garantice la alimentación adecuada, la atención médica".<sup>74</sup>

La Constitución política de la República Dominicana reconoce el derecho a la salud como un derecho fundamental<sup>75</sup> y lo ha desarrollado mediante la Ley General de Salud, núm. 42-01, que establece en su artículo 31, literal c, que es deber del Estado "velar por la priorización de las atenciones maternas e infantiles y promover la prevención de la morbilidad materna e infantil".

<sup>70</sup> *Ibidem*, artículos 345 al 357.

<sup>71</sup> Ley núm. 53-07, sobre Crímenes y Delitos de Alta Tecnología, artículos 23 y 24. Disponible en: [https://www.oas.org/juridico/PDFs/repdom\\_ley5307.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/repdom_ley5307.pdf). [Consultado el 28 de septiembre del 2022].

<sup>72</sup> Ley núm. 137-03 sobre Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas, artículo 3. Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/Ley%20N%C2%B0%20137-03%20Sobre%20Tr%C3%A1fico%20Il%C3%ADcito%20de%20Migrantes%20y%20Trata%20de%20Personas%20Republica%20Dominicana.pdf>. [Consultado el 28 de septiembre de 2022].

<sup>73</sup> Ley núm. 63-17, de Movilidad, Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial de la República Dominicana, artículos 63.3, 69, 71 párr. 1, 73. Disponible en: <https://intranet.gob.do/phocadownload/SobreNosotros/MarcoLegal/Leyes/MARCO%20LEGAL-LEY%2063-17%20SOBRE%20TRANSITO,%20TRANSPORTE,%20Y%20SEGURIDAD%20VIAL.pdf>. [Consultado el 28 de septiembre de 2022].

<sup>74</sup> Ley 135-11, Marco Jurídico VIH Sida, artículo 68. Disponible en: LEY DE VIH/SIDA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA (msp.gob.do). [Consultado el 28 de septiembre del 2022].

<sup>75</sup> Constitución de la República Dominicana, artículo 61.

Esta protección integral contempla un sistema de garantías que permite proteger de manera efectiva los derechos fundamentales de los niñas, niñas y adolescentes en la "jurisdicción especializada"<sup>76</sup> y ante "todo juez o tribunal"<sup>77</sup> de derecho común en que se ventile un proceso de NNA. Así lo reconoce<sup>78</sup> la Ley Orgánica y de Procedimientos Constitucionales.

#### **D. Jurisprudencia relevante sobre NNA**

Antes de la creación del TCRD, la Suprema Corte de Justicia era el ente que poseía las atribuciones constitucionales para conocer de las acciones relativas a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes. A pesar de la existencia actual de un Tribunal Constitucional, que ha sido muy productivo en la protección de los derechos fundamentales, se observa que en sus 10 años de funcionamiento resultan escasas las sentencias en la materia de niños, niñas y adolescentes. Puede verificarse que la mayor parte de las acciones —cerca de 100— en esta materia son acciones en revisión de amparo, declaradas inadmisibles por existir otras vías en la ley adjetiva que regula la materia para el reclamo del derecho que se alega conculcado.

En la República Dominicana los tribunales de primer y segundo grado han sido protagonistas en la tutela de los derechos de NNA. Puede afirmarse que la jurisprudencia en la materia es incipiente. Por ello es frecuente que en las decisiones de los tribunales la protección de derechos de NNA se apoye en derechos y principios, pero sin el desarrollo de doctrina. Así, para este apartado, la selección de jurisprudencia se realiza sobre la base de dos criterios: 1) la selección de sentencias en que el tribunal desarrolla expresa y directamente, aunque sea mínimo, alguna dimensión de un principio o derecho de los NNA; 2) la identificación de sentencias en las que se aplican derechos reconocidos en la CDN e incorporados al ordenamiento jurídico dominicano. Esto incluye decisiones de tribunales de

---

<sup>76</sup> Ley 136-03, art. 325.

<sup>77</sup> Ley 137-11, art. 51.

<sup>78</sup> *Ibidem*, art. 74.

primera instancia y jurisdicciones especializadas. Conforme a estos criterios, se presentan desarrollos jurisprudenciales relativos al interés superior del niño y la niña, derecho a la salud, educación y derecho a la igualdad.

## **I. Interés superior de la niñez**

La Constitución reconoce el interés superior de la niñez (ISN) en el artículo 56 y la norma infraconstitucional que lo desarrolla es la Ley 136-03, en su principio V, estableciendo que para determinarlo en una situación concreta se debe apreciar:

- a) La opinión del niño, niña y adolescente;
- b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño, niña y adolescente y las exigencias del bien común;
- c) La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo;
- d) La indivisibilidad de los derechos humanos y, por tanto, la necesidad de que exista equilibrio entre los distintos grupos de derechos de los niños, niñas y adolescentes y los principios en los que están basados, de acuerdo a lo establecido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño;
- e) La necesidad de priorizar los derechos del niño, niña y adolescente frente a los derechos de las personas adultas.<sup>79</sup>

La observación de esos factores demanda que en este apartado se presenten jurisprudencias relativas al ISN, así como las que hacen referencia

---

<sup>79</sup> Ley 136-03, principio V.

a la opinión de NNA y las que priorizan sus derechos frente a los de las personas adultas, por formar parte del mismo principio en el ordenamiento jurídico.

La Suprema Corte de Justicia es la primera en referirse al principio del interés superior del niño, al señalar:

interés superior del niño consagrado como norma fundamental por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño tiene su origen en la doctrina universal de los derechos humanos, y como tal, es un principio garantista de estos derechos; que los niños, niñas y adolescentes como personas humanas en desarrollo tienen iguales derechos que todas las demás personas, y por consiguiente, es preciso regular los conflictos jurídicos derivados de su incumplimiento, y de su colisión con los derechos de los adultos; que el interés superior del niño permite resolver conflictos de derecho recurriendo a la ponderación de esos derechos en conflicto, y en ese sentido, siempre habrá de adoptarse aquella medida que asegure al máximo la satisfacción de los mismos que sea posible y su menor restricción y riesgo.<sup>80</sup>

En ocasión de una demanda por retención ilícita de menores, la Corte de NNA del Distrito Nacional, al motivar su rechazo a la demanda, utiliza la CDN para reforzar sus motivaciones, y denomina el interés superior del niño como un principio rector guía de los procesos de familia, señalando:

obviamente se han creado vínculos afectivos fuertes que en modo alguno se deben desvanecer con una separación, que al que más afectaría es al indicado menor de edad, por tal razón para ser conforme con el principio rector guía de los procesos de familia, que es el interés superior del niño, de conformidad con el art. 56 de la Constitución de la República Dominicana y 3 de la Convención

---

<sup>80</sup> SCJ, Cámara Civil y Comercial, 3 de junio de 2009, B. J. núm. 1183.

de los Derechos del Niño, principio jurídico que además es una regla y norma de interpretación en favor de los menores de edad.<sup>81</sup>

En otro departamento judicial, la corte de apelación, en el caso de una sentencia impugnada, contentiva de una demanda en restitución de menores,<sup>82</sup> identifica el principio del interés superior del niño como regla de fin y realiza la protección de los derechos de los niños en litis sobre la base de un razonamiento finalista en el que es necesario determinar la mayor satisfacción de los derechos de los niños, no solamente en el presente sino en una mayor dimensión, y sostiene que

CONSIDERANDO: Que, en la especie se trata de prever una situación futura consistente en: Cómo será el desarrollo de las menores VDV Y CS en caso de que se ordene su restitución al Estado de Venezuela, permaneciendo dichas menores con su padre señor JULIO CÉSAR BARRIOS ESCALANTE y con una madrastra y cómo será el desarrollo de estas si se rechaza la restitución, permaneciendo las menores con su madre señora ANALUZ CEDEÑO VENTURA. CONSIDERANDO: Que, de lo expuesto en el considerando anterior se colige, que en el presente caso se trata de aplicar una regla de fin, por estar envuelto el interés superior del niño, que implica la más amplia satisfacción de los derechos del niño, niña o adolescente. CONSIDERANDO: Que, conforme al esquema argumentativo basado en el razonamiento finalista, la adecuada justificación de la decisión judicial debe hallarse atendiendo a los fines que persiga una norma jurídica [...] CONSIDERANDO: Que, de lo expuesto precedentemente se evidencia que en la especie debe de prevalecer el interés superior de los Niños, Niñas y Adolescentes, en este caso, de las menores VDV Y CS.<sup>83</sup>

<sup>81</sup> Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional, sentencia civil núm. 472-01-2021-SCON-00016, expediente núm. 447-01-2021-ECON-00072, 5 de agosto de 2021, pp. 21-22.

<sup>82</sup> En virtud del Convenio de La Haya de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, y regulado, mediante Resolución 480-2008 del 6 de marzo de 2008, dictada por la Suprema Corte de Justicia, la cual establece el procedimiento para conocer de la solicitud de restitución de la persona menor de edad trasladada de manera ilícita a la República Dominicana.

<sup>83</sup> Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Francisco de Macorís en atribuciones de Corte de Niños, Niñas y Adolescentes, sentencia civil 013-14, 20 de agosto de 2014, núm. único: 451-13-01337(01).

El TCRD sostiene que en los procesos disciplinarios de menores de edad debe primar el ISN:

en la aplicación de dicho proceso disciplinario contra quienes sean sujetos del mismo, no debe perderse de vista el cumplimiento de las disposiciones del artículo 56 de la Constitución, que regula la protección de las personas menores de edad, que exige hacer primar siempre el interés superior del niño, niña y adolescente, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.<sup>84</sup>

El TCRD, en esa misma sentencia, sugiere a los tribunales dulcificar el rigor de la norma acogiendo atenuantes, aun cuando no estén consagradas en la ley, a fin de hacer primar el interés superior del niño:

Independientemente de que en un proceso disciplinario, en sentido general, el juez deba imponer las sanciones que estén previstas en la norma, cuando se trate de procesos de ese tipo ejecutados contra personas menores de edad, dado que, aún en la aplicación de sanciones, debe primar el interés superior del niño, niña y adolescente, como lo manda la disposición constitucional precedentemente citada, no debe descartarse, aunque no esté previsto en la norma disciplinaria a aplicar, que pueda y deba tomarse en consideración, para la atenuación de la sanción, y aún para su no aplicación, circunstancias como la del arrepentimiento espontáneo, la falta de intención, etc., cuando el cumplimiento del interés superior del menor sujeto al proceso disciplinario demande la consideración en el mismo de tales circunstancias.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Tribunal Constitucional, TC/0643/16, 6 de diciembre de 2016, expediente núm. TC-05-2015-0136, relativo al recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo incoado por Educación Integral S.R.L. (EISA), Mc School, contra la sentencia núm. 03946, dictada por la Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional el 22 de mayo de 2015, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc064316/>. [Consultado el 27 de septiembre de 2022].

<sup>85</sup> *Ibidem*, sección 10.6.



Un aspecto importante resulta de los conflictos de derechos que obligan a los jueces a realizar una ponderación de derechos, debiendo determinar qué derecho prevalece en el caso de la especie. Respecto de los conflictos de derechos de menores en colisión con los derechos de los adultos, el TCRD dominicano ha dado prioridad a los derechos de niños, niñas y adolescentes. El caso nace con la negativa de Ministerio Público de devolver el arma a quien poseía varias denuncias de violencia intrafamiliar. El accionante hizo entrega voluntaria del arma a las autoridades. En ese tenor, el TCRD prioriza los derechos de niños, niñas y adolescentes sobre aquellos de las personas adultas en los casos en que exista confrontación de derechos y decide al respecto "que retención o incautación del arma que se encuentra justificada por el hecho de que existe un proceso penal abierto en contra de este último, por hechos relacionados con violencia intrafamiliar".<sup>86</sup>

También, el TCRD, máxima autoridad en materia de derechos fundamentales, ha establecido que los derechos de la niñez tienen un peso primordial sobre los demás derechos reconocidos en la Constitución dominicana. Así, ha expresado que "el interés del menor está protegido frente a otros intereses que puedan tener las instituciones o cualquier adulto; se persigue que la persona menor de edad encuentre la mayor protección y que esta se exprese de manera integral";<sup>87</sup> de igual forma, hace primar los intereses del niño frente al derecho de visitas de una madre, aun cuando la suspensión de visitas impide el adecuado desarrollo del lazo afectivo madre e hijo, exponiendo:

<sup>86</sup> Tribunal Constitucional, TC/109/13, 4 de julio de 2013, sección 10.1.s, p. 16, expediente TC-05-2012-0048, relativo al recurso de revisión constitucional de sentencias en materia de amparo, incoado por Denny F. Silvestre Zorrilla, procurador fiscal adjunto del Distrito Nacional contra la sentencia número 67-2012, dictada por la Segunda Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional el 9 de mayo de 2012, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc010913/>. [Consultado el 30 septiembre de 2022].

<sup>87</sup> Tribunal Constitucional, TC/0265/14, sección 11.j, pp. 14, expediente TC-05-2013-0148, relativo a la revisión al recurso de amparo de la sentencia núm. 1903/2013, dictada en fecha 21 de junio de 2013 por la Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional, incoada por Hilda Josefina Bergés Abreu de López y Ricardo Alberto López Concepción, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc026514/>. [Consultado el 29 de septiembre de 2022].

que el juez del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de Puerto Plata tomó en consideración las reglas del debido proceso, de la tutela judicial efectiva y los derechos del menor, primando en todo caso el interés superior del niño; en tal virtud, la suspensión de manera temporal del régimen de visitas a Maribel Burgos Díaz respecto del menor Thomas Javier, ordenada por el juez de amparo —por considerar que las actuaciones de la madre atentaban contra la integridad, seguridad y bienestar del menor—partiendo del principio del interés superior del niño, no contraviene en modo alguno las disposiciones respecto a la obligación de mantenimiento del vínculo del niño con su madre.<sup>88</sup>

De igual manera, la SCJ limita la norma infraconstitucional del derecho a visitas haciendo primar el ISN:

en el sentido de que las visitas se realicen en la casa del padre, sin intervención de las personas designadas por la madre titular de la guarda, decisión que, ..., se fundamenta no solo en el deseo expresado por el padre, sino en el interés superior del niño, que parte, en la especie, de la necesidad de fomentar el acercamiento, el desarrollo armónico y el trato afectuoso entre el padre y la hija, y evitar el desarraigo frente al padre; que si es cierto que la doctrina y la jurisprudencia han evolucionado en el sentido de admitir que al padre o la madre que no ostenta la guarda, se le permita que el menor pueda ser trasladado a la casa del beneficiario del derecho de visita y permitir en ese lugar estancias más o menos largas con el objeto de lograr que las visitas sean más gratas para su beneficio, esta solución no podría aplicarse en los casos en que, como en la especie, se plantea el traslado de una niña de muy corta edad, sujeta a múltiples cuidados especiales.<sup>89</sup>

<sup>88</sup> Tribunal Constitucional, TC/0629/17, 3 de noviembre de 2017, sección 10.A.1, pp. 25, expediente núm. TC-08-2014-0036, relativo al recurso de casación y demanda en suspensión de ejecución de sentencia interpuesto por Maribel Burgos Díaz contra la sentencia civil núm. 509/2010, dictada por el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de Puerto Plata el 17 de septiembre de 2010, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc062917/>. [Consultado el 30 de septiembre de 2022].

<sup>89</sup> Suprema Corte de Justicia, sentencia impugnada: Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes de Santo Domingo, del 25 de septiembre del 2002, sentencia de fecha 23 de julio del 2003, núm. 42, sección considerandos, p. 4.

El TCRD, en otra sentencia, recurre a su propio precedente, en cuyas motivaciones reitera la prevalencia de los derechos de los NNA sobre los derechos de los adultos:

Esta sede constitucional se ha pronunciado sobre la protección de las personas menores de edad en su Sentencia TC/0760/17, mediante la cual definió al «menor de edad» como toda persona que, por encontrarse en una etapa de formación, no cuenta con la edad, grado de madurez y capacidad de discernimiento suficientes para poder ejecutar los actos propios de una persona con plena capacidad jurídica y aptitud para procurar en justicia la satisfacción efectiva de sus derechos. Asimismo, este fallo expresó que, a raíz de dicha vulnerabilidad, el constituyente ha previsto una protección reforzada a su favor, con el fin de velar por la protección de sus derechos fundamentales frente a las vulneraciones que puedan suscitarse en la vida en sociedad. Además, el indicado fallo precisó que la protección consagrada en el referido art. 56 tiene como marco de referencia el principio del interés superior del niño, niña y adolescente, el cual nace y se rige por los diversos tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado dominicano. Sobre este principio se ha referido este tribunal en múltiples ocasiones, dictaminando que el mismo instituye la protección de los intereses del menor frente a los que puedan tener las instituciones o un adulto, de manera que se procure la mayor protección en su beneficio.<sup>90</sup>

En la República Dominicana, el "derecho a opinar y ser escuchado"<sup>91</sup> no sólo permite al tribunal garantizar el derecho a opinar, sino que también es determinante para garantizar adecuadamente el interés superior del

<sup>90</sup> Tribunal Constitucional, TC/0675/18, de fecha 10 de diciembre de 2018, sección 11.h, pp. 19-20, expediente núm. TC-05-2017-0110, relativo al recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo interpuesto por el Comité de Retiro de la Policía Nacional contra la sentencia núm. 00163-2016, dictada por la Tercera Sala del Tribunal Superior Administrativo el 18 de abril de 2016, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc067518/>. [Consultado el 30 de septiembre de 2022].

<sup>91</sup> Ley 136-03, artículo 16.

niño. Por ello, de la opinión del niño, niña o adolescente —conjuntamente con otros elementos ya mencionados— se determinará el interés superior del niño. Al parecer, es el caso del tío materno que ostentaba de hecho la guarda del menor desde el fallecimiento de su hermana y madre del niño en litis. Éste demanda en guarda contra el padre del niño, quien residía en el extranjero. Ambas partes poseían condiciones habitacionales adecuadas y capacidad para garantizar de manera efectiva los derechos fundamentales del menor. El padre fundamentaba su demanda en su derecho de tutor legal del menor, ya que la madre había fallecido. En esas circunstancias, el tribunal considera lo establecido en los artículos 3.1<sup>92</sup> y 27<sup>93</sup> de la Convención de los Derechos del Niño, así como otras normas y principios del ordenamiento dominicano. La decisión de la corte fue mantener la guarda al tío materno, prestando especial atención al derecho del menor a opinar y ser escuchado, así como al hecho de que la condición económica de quien demanda y el nivel de desarrollo del país de residencia no son determinantes para ostentar la guarda, sino el bienestar emocional del menor:

CONSIDERANDO: Que a criterio del tribunal subsisten tanto el equilibrio emocional y aspectos psicológicos, así como el desarrollo integral del niño RICHARD EZEQUIEL ante cualquier otra circunstancia o actuación pues de nada valdría contar con los mejores niveles de educación y habitacional en los países más desarrollados del mundo, cuando las emociones que son el eje central y motivador de los seres humanos, se encuentran en estado de riesgo o peligro de sucumbir.<sup>94</sup>

Este derecho a opinar ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia, que ha señalado que "los tribunales deben tener en cuenta la opinión

<sup>92</sup> Convención de los Derechos del Niño, artículo 3.1.

<sup>93</sup> *Ibidem*, 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".

<sup>94</sup> Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de San Cristóbal, 27 de agosto de 2009, sentencia civil contenciosa núm. 01258-09, p. 51, parte *in fine*.

personal del niño".<sup>95</sup> Pero también lo ha regulado, estableciendo en cuáles circunstancias el tribunal puede desconocer esta exigencia de que sea oída y tomada en cuenta la opinión del menor de edad: "El tribunal puede desestimar el pedimento de que se oiga al niño, no obstante que la ley indique que deba ser escuchado, si estima que dicha comparecencia pueda perjudicarlo",<sup>96</sup> aspecto que quedará a la soberana apreciación de los jueces.

Garantizando este derecho, el TCRD ampara a dos adolescentes sancionados por un centro educativo por faltas disciplinarias. La sanción consistía en la no participación en el acto de graduación. El TCRD sujeta el juicio disciplinario al debido proceso de ley y violación al derecho de defensa, ya que los adolescentes fueron sancionados sin haber sido escuchados, y expresa: "El órgano disciplinario, para que se garantizara en provecho de los menores involucrados el derecho de defensa, en cumplimiento del debido proceso y en observancia de las normas infraconstitucionales citadas, que obligaban a que los mismos fueran oídos antes de la aplicación contra ellos de las sanciones".<sup>97</sup>

## II. Derecho a la educación

El TCRD ha iniciado el desarrollo de una línea jurisprudencial en torno al derecho fundamental a la educación, específicamente en la dimensión de la accesibilidad a la educación. En una interesante sentencia ha indicado que la falta de pago de la colegiatura no puede ser causa de discri-

<sup>95</sup> Guzmán Ariza, Fabio, *Repertorio de la jurisprudencia civil, comercial e inmobiliaria de la República Dominicana (2001-2014)*, Santo Domingo, Editora Judicial, 2015, pp. 611-612. SCJ, 1.ª Sala, 21 de diciembre de 2011, núm. 43, B.J. 1213; 1.ª Cám. 30 de abril de 2003, núm. 15, B.J. 1109, pp. 221-227.

<sup>96</sup> *Ibidem*, SCJ, 1.ª Cám., 28 de junio 2006, núm. 17, B.J. 1147, pp. 227-235.

<sup>97</sup> Tribunal Constitucional, TC/0643/16, 6 de diciembre de 2016, sección 10.14, p. 25, expediente núm. TC-05-2015-0136, relativo al recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo incoado por Educación Integral S.R.L. (EISA), Mc School, contra la sentencia núm. 03946, dictada por la Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional el 22 de mayo de 2015, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc064316/>. [Consultado el 27 de septiembre de 2022].

minación o sanción, y ha recordado la existencia de una vía idónea para accionar. Al respecto, señala:

que la prohibición de expulsar a los niños, niñas y adolescentes de los centros educativos por falta de pago de los padres no está impuesta a los profesores, sino a los centros de enseñanza, protegiéndose con ello el derecho a la educación y evitando que los niños sean usados como medio para constreñir a los padres a cumplir con su obligación de pago. Además, el propio artículo 49, acápite g), que se ataca en inconstitucionalidad, faculta a los afectados por la falta de pago a emplear medidas adicionales con relación a la conducta de los padres responsables para cobrar las deudas en que estos hayan incurrido respecto de tarifas escolares no honradas.<sup>98</sup>

En esa misma sentencia, respecto del reclamo de que la ley no puede regular la tarifa de la provisión de un servicio de educación de los colegios privados, el TCRD, primero, puntualiza cómo debe entenderse el concepto de educación, y refiere lo siguiente:

La educación representa un bien de interés general y colectivo, que cumple con una función social, a diferencia de los objetivos que se persiguen con las transacciones comerciales en el mercado económico, razón por la cual no puede pretenderse, tal como lo propone la parte accionante, trasladar y aplicar el contenido de la libertad de mercado o empresa al caso de la prestación del servicio de la educación privada con fines de lucro, aduciendo el ejercicio de una libertad exenta del control estatal.<sup>99</sup>

<sup>98</sup> Tribunal Constitucional, TC/0058/13, 15 de abril del 2013, sección 10.1.10, pp. 18-19, expediente núm. TC-01-2012-0062, relativo a la acción directa de inconstitucionalidad incoada por la Asociación de Instituciones Educativas Privadas del Distrito 15-03 (AINEP) contra los acápites F y G del artículo 48 de la Ley 136-03, del 7 de agosto de 2003; el artículo primero de la Ley 86-00, del 26 de septiembre de 2000; la resolución especial dictada por el Consejo Nacional de Educación de fecha 6 de julio de 2011; y las disposiciones contenidas en la Circular núm. 14, dictada por el Ministerio de Educación en fecha 1.º de mayo de 2012, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc005813/>. [Consultado el 29 de septiembre de 2022].

<sup>99</sup> *Ibidem*, sección, 10.2.7, p. 21.

Segundo, establece que el acceso a la educación es lo que permite al Estado regular y condicionar a los centros educativos, al indicar:

el ámbito económico en el que se desenvuelve o se realiza la enseñanza privada con fines lucrativos debe ser regido por principios, reglas y criterios especiales y diferentes de aquellos que se aplican a las actividades empresariales, en atención a la naturaleza y fines que se persiguen con la educación. De ahí que la Ley No. 86-00, ha sido implementada con el objeto de moderar y regular la forma en que se practican los referidos aumentos, en atención al mandato artículo 63 constitucional: (...), razón por la cual corresponde al Estado reglar e inspeccionar el funcionamiento de los centros educativos, tanto públicos como privados, así como condicionar, como ocurre en la especie, el aumento de las tarifas que cobran los colegios privados por el servicio que ofrecen, con lo cual se garantiza un mayor acceso a educación de calidad.<sup>100</sup>

El TCRD hace prevalecer el derecho al acceso a la educación de las niñas, al hacer posible la reinscripción en un centro educativo. La negativa del centro se sustentaba en las faltas cometidas por la madre, y esta corte afirma que "La alegada o cierta conducta inadecuada de la madre ante el colegio, su directora o profesores, no podía resultar perjudicial para las menores, menos aún para extrañarlas de su habitual ambiente educativo".<sup>101</sup>

Refiere, en esa misma sentencia, que la actuación del centro educativo constituye una sanción para las niñas: "La no reinscripción de las menores constituye en sí misma una sanción que produce sus efectos sobre

<sup>100</sup> *Ibidem*, sección, 10.2.8.

<sup>101</sup> Tribunal Constitucional, TC/0184/13, 11 de octubre de 2013, sección 10 literal x, p. 16, expediente núm. TC-05-2011-0005, relativo al recurso de revisión constitucional en materia de amparo incoado por Johanna Martina Félix Rosario y Héctor Emmanuel Ramírez Santiago, en representación de las menores IMRF y DYRF, contra la sentencia núm. 1202-2011, de fecha 10 de agosto de 2011, dictada por la Sala Civil del Primer Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc018413/>. [Consultado: 29 de septiembre].

estas y conspira contra su desarrollo armónico integral que consagra el artículo 56 de la Constitución de la República"<sup>102</sup>, y que lo que resulta "coherente con los principios *pro homine*, *pro libertatis*, en consonancia con el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, es que dichas menores sean amparadas y reintegradas al centro educativo de referencia".<sup>103</sup>

Asimismo, el TCRD ha sostenido que la situación de los padres no debe afectar la dimensión educativa, pues sería discriminación. Es el caso en el que el padre del niño era investigado por el ilícito de lavado de activos y el órgano investigativo notificó al centro sus obligaciones como sujeto obligado. Como requisito para permitir la reinscripción, el centro educativo exigió a los padres demostrar el origen lícito del dinero que utilizarían para pagar. El centro no aceptaba el pago de la reinscripción sin la prueba. Los padres no obtemperaron a la exigencia y el niño no pudo matricularse para el año escolar. La alta corte amparó al menor argumentando lo siguiente:

Es evidente que en el caso que nos ocupa, el derecho a la educación del niño JCCE está siendo afectado única y exclusivamente por una condición referente a sus padres, lo que objetivamente supone una discriminación. Máxime porque la exigencia impuesta para su matriculación excede los requisitos ordinarios dispuestos por el Carol Morgan School para el resto de los niños vinculados a dicha institución educativa.<sup>104</sup>

Podría afirmarse que el TCRD ha entendido que los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos adquieren una significación especial cuando se trata de este colectivo. Manifestó, en esa misma decisión,

<sup>102</sup> *Ibidem*, bb, p. 17.

<sup>103</sup> *Ibidem*, cc.

<sup>104</sup> Tribunal Constitucional, TC/0239/21, 27 de agosto de 2021, sección 10.35, p. 47, expediente núm. TC-05-2019-0144, relativo al recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo incoado por JCCE, menor de edad representado por sus padres, la señora María Cristina Echeverri Díaz y el señor Jean Edouard Conille Dabourze, contra la sentencia núm. 447-02-2019-SCON-00093, de fecha 16 de mayo de 2019, por la Sala Civil del Segundo Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc023921/>. [Consultado el 29 de septiembre de 2022].



que "es pertinente señalar que el derecho a la educación adquiere una significación especial cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, por fuerza del interés superior que el artículo 56 de la Constitución".<sup>105</sup>

En otro caso, un adolescente se comportó inadecuadamente y fue expulsado de un centro educativo. El accionante solicitó la suspensión de la sentencia que amparaba al niño y que se ordenara la inmediata reinserción del adolescente al centro. En alzada se pretendía la suspensión de la ejecución de la sentencia. El TCRD estableció su competencia y decidió proteger el derecho a la educación, argumentando que

no existen circunstancias excepcionales que justifiquen la suspensión de la ejecución de la sentencia recurrida; muy por el contrario, lo coherente con los principios *pro homine*, *pro libertatis* y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes es que se garantice el derecho fundamental a la educación de la menor C.R.L., mientras se determina si con ocasión de la sanción que le fue aplicada se respetaron las normativas que rigen la materia y las garantías del debido proceso.<sup>106</sup>

El TCRD, al confrontar el derecho a la educación con el derecho a huelga de los profesores, sobrepone el derecho a la educación, entendiendo que "Las suspensiones reiteradas de docencia por la huelga convocada por la ADP<sup>107</sup>, lesionan gravemente su derecho a la educación y son víctimas de discriminación fáctica en la medida en que los estudiantes de colegios privados disfrutaban de programas completos, cursos y exámenes a tiempo, sin ningún tipo de interrupción".<sup>108</sup>

<sup>105</sup> *Ibidem*, sección 10.24, p. 44.

<sup>106</sup> Tribunal Constitucional, TC/0013/13, 11 de febrero de 2013, sección 9.h, pp. 9-10, expediente TC-07-2012-0003, relativo a la demanda en suspensión de ejecución interpuesta por Educación Integral S. R. L. (EISA), operadora del Centro Educativo MC School, contra la sentencia núm. 1811/2012, dictada por la Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional, el 13 de septiembre de 2012, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc001313/>. [Consultado el 30 de septiembre de 2022].

<sup>107</sup> Asociación Dominicana de Profesores (ADP), seccional Barahona.

<sup>108</sup> Tribunal Constitucional, TC/0064/19, 13 de mayo de 2019, sección 11.4.s, p.49, expediente núm. TC-05-2017-0124, relativo al recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo y

En esa misma decisión expone lo siguiente:

No puede colocarse en un plano superior el derecho que tienen los docentes de utilizar la huelga para reivindicar mejores condiciones de vida y de trabajo. En otras palabras, el servicio público y social de la educación tiene primacía sobre un derecho a huelga en la función pública, cuyo ejercicio deberá ser regulado por el Estado, con la finalidad de hacer realidad la preponderancia del derecho a la educación.<sup>109</sup>

Resulta también interesante una sentencia del TCRD en que los progenitores solicitaban inscribir a su hijo en una escuela de mayor proximidad a su hogar, acción rechazada al comprobarse que los menores tenían acceso a la educación en otro centro. Sin embargo, el TCRD dicta una sentencia exhortativa, con el fin de prevenir que en el futuro ese y otros niños se encuentren afectados en el acceso a la educación si se comprobare la sobrepoblación del lugar. A tal fin, decide:

EXHORTA al Estado dominicano, vía el Ministerio de Educación y la Oficina Nacional de Estadísticas, a realizar un minucioso estudio poblacional sectorial que permita determinar la cantidad de aulas que en cada caso corresponda, crear las plazas profesoriales requeridas, así como adquirir los equipos y materiales indispensables para la materialización del proceso enseñanza-aprendizaje en condiciones de la más elevada dignidad.<sup>110</sup>

---

solicitud de suspensión de ejecución de sentencia interpuesto por la Asociación Dominicana de Profesores (ADP), seccional Barahona, y su presidente municipal, señor Miguel Ángel Feliz, contra la sentencia núm. 0105-2017-S.amp.00026, dictada por la Primera Sala de la Cámara Civil, Comercial y de Trabajo del Juzgado de Primer a Instancia de Barahona el 21 de marzo de 2017, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc006419/>. [Consultado el 30 de septiembre de 2022].

<sup>109</sup> *Ibidem*, sección 11.4.s, p.52.

<sup>110</sup> Tribunal Constitucional, TC/0221/16, 4 de junio de 2016, sección dispositiva, p.16, expediente núm. TC-05-2015-0033, relativo al recurso de revisión constitucional en materia de amparo interpuesto por Luis Ortiz Vargas y Jennifer Beltré Catillo contra la sentencia núm. 96/2014, dictada por el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de San Juan de la Maguana el 15 de diciembre de 2014, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc022116/> [consultado el 30 de septiembre de 2022].

### III. Derecho a la salud

La jurisprudencia del TCRD en materia del derecho a la salud enfatiza la protección reforzada de los grupos vulnerables, al que pertenecen los niños, niñas y adolescentes, sobre todo cuando se trata de la vida y la salud. Haciendo referencia a las disposiciones de la CDN, pero también a la jurisprudencia latinoamericana, se asegura de que le sea restaurada la cobertura internacional al niño que padece una enfermedad catastrófica, señalando que

La atención del paciente encuentra una protección reforzada cuando se trate de personas que requieran especial atención como son los menores de edad, individuos con capacidades diversas, personas de la tercera edad o aquéllas que padezcan de enfermedades catastróficas, vale decir, de enfermedades incluidas en la categoría de alto costo y máximo nivel de complejidad. En ese orden, ha considerado la Corte de Colombia que "cuando las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones límites que los agobian."<sup>111</sup>

Otro caso es el de una compañía de seguros de salud que notifica a los padres de un menor que reducirá drásticamente el monto de la cobertura de su póliza. La aseguradora aduce que el caso de la condición clínica del niño obedecía a una enfermedad congénita. Al momento del alumbramiento la madre estaba asegurada y el niño fue asegurado bajo la misma póliza. El TCRD confirma la sentencia recurrida, en aplicación al anterior precedente,<sup>112</sup> que ordenó el cese de las amenazas contra los derechos

<sup>111</sup> Tribunal Constitucional, TC/0111/19, 27 de mayo de 2019, sección 11.34, p 36, expediente núm. TC-05-2018-0070, relativo al recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo interpuesto por Alfredo Vidal Rosed contra la sentencia núm.030-2017-SEN-00342, dictada por la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo el 2 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc011119/> [consultado 28 de septiembre 2022].

<sup>112</sup> Tribunal Constitucional, TC/0213/19, 17 de julio de 2019, sección 11.14, pp. 30-31, expediente núm.TC-05-2019-0019, relativo al recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo

fundamentales del niño F. J., haciendo cumplir la cobertura correspondiente al contrato de seguro.

En un caso, la Sala Civil del Distrito Judicial de Santo Domingo hace primar el derecho a la vida de una recién nacida sobre el derecho fundamental a la libertad de culto del padre y la madre. Fundamentándose en los textos constitucionales, así como en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, decide sobreponer el derecho a la vida de la niña sobre el derecho a la libertad de cultos de los progenitores, y sostiene:

el tribunal luego de valorar el informe médico depositado así como las pretensiones de todas las partes del proceso, ha constatado que la salud y la vida de la menor de edad se encuentran en riesgo ante el cuadro clínico presentado desde su nacimiento, actualmente mostrando una hemoglobina de 7g/dl, siendo la transfusión de sangre la única vía para garantizar el procedimiento quirúrgico al que debe ser sometida para salvar su vida. Si bien la Constitución protege y garantiza el derecho a la libertad de culto de las personas, en este caso, se trata de garantizar el derecho a la vida y a la salud de una menor de edad de un mes de nacida, que no tiene facultad de elegir, correspondiéndole al Estado y sus instituciones procurar el ejercicio efectivo de esos derechos haciéndole prevalecer sobre los derechos instituidos para las personas adultas aún sean sus padres, procediendo acoger la presente acción de amparo, tal como se hará constar en el dispositivo de esta decisión.<sup>113</sup>

#### IV. Derecho de igualdad

En una primera sentencia, el accionante —nacido fuera del matrimonio— no fue reconocido por el padre en el registro civil. Había cumplido la

---

incoado por la compañía Seguros Sura, S.A., contra la sentencia núm. 447-02-2018-SCON-00214, del 3 de diciembre de 2018, dictada por la Sala Civil del Segundo Tribunal de la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc021319/> [Consultado el 29 de septiembre de 2022].

<sup>113</sup> Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial Santo Domingo, sentencia civil núm. 02546/2020, expediente núm. 642-2020-ENNC-02339, 9 de octubre de 2020, p. 8.

mayoría de edad y se le negaba el derecho a llevar el apellido de su padre. En el ordenamiento jurídico existían normas contradictorias que regulaban la prescriptibilidad de accionar en reconocimiento paterno de hijos extramatrimoniales. En revisión, el TCRD protege el derecho a la identidad biológica, el derecho a conocer sus orígenes y la realidad de su ascendencia, sobre la base de derechos de igualdad, y declara nula la sentencia anterior señalando: "ordena el envío del presente expediente por ante la Suprema Corte de Justicia, para que interprete y aplique los artículos 211 y 486 de la Ley No. 136-03, en el sentido de que las acciones en reclamación judicial de filiación son imprescriptibles".<sup>114</sup> La nulidad y envío se decidieron para que la SCJ aplicara su propio precedente:

que debe observarse, que dicha dualidad en las mencionadas normas constituye una violación al principio de la igualdad de todos ante la ley; que en consecuencia, con la entrada en vigencia de la Ley núm. 136-03, que derogó las leyes núms. 985 y 14-94, ya citadas, consigné la imprescriptibilidad de la acción con relación a todos los hijos, creando uniformidad en la legislación y al mismo tiempo, permite aplicar el criterio de igualdad de todos ante la ley.<sup>115</sup>

Sobre la base de una protección especial a NNA, y sobre el contenido de los principios del ISN y de prioridad absoluta, fue dictada la Resolución 116/2010, que regula el Procedimiento para Obtener Declaraciones de Personas en Condición de Vulnerabilidad.<sup>116</sup> El artículo 3 de esta norma

<sup>114</sup> Sentencia TC/0059/13, TC/0059/13, 15 de abril de 2013, sección 11.1.n, p. 19, expediente núm. TC-04-2012-0025, relativo al recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional y a la demanda en suspensión de ejecutoriedad de sentencia, incoado por los señores Rafael Arias y Rosaida Arias en fecha 9 de noviembre del dos 2011 contra la sentencia núm. 258-2011, dictada por la Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc005913/> [consultado el 29 de septiembre de 2022].

<sup>115</sup> *Ibidem*, sección 11.1.1, pp. 17-18.

<sup>116</sup> Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, "Resolución núm.116/2010, que reglamenta el procedimiento para obtener las declaraciones de las personas en condiciones de vulnerabilidad, víctimas o testigos en los centros de entrevistas", modifica el artículo 3 y agrega párrafo al artículo 21 de la Resolución núm. 3687-2007, Protocolo anexo, de fecha 18 de febrero de 2010, art. 3, pp. 4, disponible en: <https://ojd.org.do/wp-content/uploads/2020/06/Resolucio%CC%81n-nu%CC%81m.116-2010-que-reglamenta-el-Procedimiento-para-obtener-las-declaraciones-de-las-personas-en-condiciones-de-vulnerabilidad-vi%CC%81ctimas-o-testigos-en-los-centros-de-entrevistas.pdf-C.pdf> [consultado el 26 de septiembre 2022].

establecía la imposibilidad para la defensa de obtener el DVD o material con declaraciones de los NNA, sin perjuicio del acceso al material cuantas veces considerara necesario, pero dentro del Centro de Entrevistas para Personas en Condición de Vulnerabilidad. La parte accionante alegaba violación del derecho a la defensa del imputado, y también el derecho a la igualdad y al debido proceso, por no tener acceso al citado material probatorio en condiciones de igualdad. El TCRD, en su decisión, ajusta la dimensión de protección dada en la Resolución 116/201 a la intimidad del NNA —como uno de los aspectos para determinar el ISN—, a fin de que esa protección no afecte el derecho de defensa de los imputados en procesos en que la víctima sea un NNA, señalando:

se debe condicionar la entrega del material haciéndose los debidos ajustes, a fin de que el derecho a la intimidad no sea violentado. En este sentido, condiciona la entrega de dicho DVD a que la imagen del menor sea pixelada y se omita su nombre, sugiriendo poner solo la abreviatura para su debida identificación. De esa manera se protege tanto el interés superior del niño, el derecho a la intimidad, la dignidad humana y no se violenta el debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a la igualdad, y por consecuencia, se hace una debida administración de la justicia constitucional.<sup>117</sup>

En otro proceso, la accionante fundamentaba su acción en la violación al derecho de presunción de inocencia, a la libertad de tránsito y al derecho a la igualdad, pues las sentencias penales dictadas en materia de NNA son ejecutorias, lo que no sucede en la jurisdicción ordinaria, en la que el imputado permanece en libertad. En ese tenor, el TCRD estableció lo siguiente:

---

<sup>117</sup> Tribunal Constitucional, TC/0919/18, 10 de diciembre de 2018, sección 10 literal j, pp. 17-18, expediente núm. TC-05-2018-0158, referente al recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo interpuesto por Miguelina Ramos Jiménez contra la sentencia núm. 371-2018-SSEN-00028, dictada por la Cuarta Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Santiago el 8 de febrero de 2018, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc091918/> [Consultado: 26 de septiembre del 2022].

en la especie ha quedado evidenciada la inexistencia del primer requisito del test de igualdad al tratarse de situaciones distintas, que impiden colocar en igualdad de condición ante la justicia penal a un adulto y a un menor de edad, en razón a que respecto de cada uno existe un régimen de justicia penal totalmente distinto en su naturaleza, su finalidad y en su ejecución; especialmente en atención al carácter especializado de la justicia penal de los niños niñas y adolescentes, distinto al sistema de derecho común aplicable a los adultos.<sup>118</sup>

Justifica la ejecutoriedad de la sentencia en una acción positiva, al tratarse de una intervención socioeducativa, con fines de trabajar en la conducta y en el fortalecimiento de los valores de convivencia y educación del menor o adolescente y orientadas a evitar que su desviación social primaria alcance niveles irreversibles.

En ocasión de esta sentencia, la doctrina ha señalado: "Con este planteamiento no estamos negando que la esencia del derecho penal de la persona adolescente es, además de penal, educativa; pero, esto no representa una disminución de los derechos de los menores de edad, ni de las garantías que determinan el debido proceso de ley".<sup>119</sup>

## E. Conclusiones

En este capítulo se aborda la evolución de los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes en la República Dominicana en los últimos años. Asimismo, se procura determinar el impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño en el ordenamiento jurídico dominicano.

<sup>118</sup> Tribunal Constitucional, TC/0035/17, 31 de enero del año 2017, sección 11.7, p. 22, expediente núm. TC-01-2007-0006, relativo a la acción directa de inconstitucionalidad incoada por la licenciada Rosanna Ramos Reyes, defensora pública de Niños, Niñas y Adolescentes del Departamento Judicial de La Vega, contra el artículo 315, párrafo I, del Código para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, Ley núm. 136-03, del 7 de agosto de 2003, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc003517/> [consultado el 28 de septiembre de 2022].

<sup>119</sup> Sabino Ramos, Juan de las Nieves, "El proceso penal de la persona adolescente", en Poder Judicial, *Biblioteca básica de la jurisdicción de niños niñas y adolescentes: justicia penal de la persona adolescente*/ Juan de las Nieves Sabino Ramos, Francisco Antonio Pérez Lora, Santo Domingo, Poder Judicial, 2020, v.2, ISBN: 978-9945-585-59-9, pp. 205.

La Convención fue ratificada por la República Dominicana en 1991 y los derechos de los niños, niñas y adolescentes fueron reconocidos constitucionalmente en 2010. No obstante, en virtud del rango constitucional de los pactos, convenciones y tratados internacionales debidamente ratificados, esos derechos eran exigibles desde su ratificación, lo cual dio lugar al nacimiento de un sistema de protección mediante la Ley 14-94, que creó el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Posteriormente, esta ley fue derogada y adecuada a las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño con la promulgación de la Ley 136-03, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, que amplía significativamente el catálogo de derechos de niños, niñas y adolescentes existente hasta entonces. Este sistema de protección integral transforma el ordenamiento al introducir disposiciones que garantizan la protección efectiva de estos derechos y crear los mecanismos indispensables para su eficacia.

A pesar de la labor del Tribunal Constitucional dominicano, con alta productividad en la protección de derechos fundamentales, las decisiones en la materia de niños, niñas y adolescentes resultan escasas.

Se analizaron decisiones de las jurisdicciones especializadas —primer y segundo grado— y se determinó que los más reclamados son los derechos relativos al principio del interés superior del niño, a la educación, a la salud y a la igualdad.

El análisis de esta jurisprudencia revela que tanto el Tribunal Constitucional de la República Dominicana como los demás tribunales especializados, al decidir los procesos relativos a niños, niñas y adolescentes, recurren permanentemente a las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya incorporación al ordenamiento jurídico se realiza de manera conjunta con las demás normas que regulan la materia.

Por tanto, puede afirmarse que la Convención sobre los Derechos del Niño ha tenido un impacto positivo y relevante en la República Dominicana,



ya que estos derechos son tutelados adecuadamente siguiendo las directrices de esta convención y las opiniones consultivas dictadas al efecto.

En la República Dominicana la jurisprudencia constitucional en materia de NNA es incipiente. El principio del interés superior del niño, el derecho a la educación, el derecho a opinar y a ser escuchado, la priorización de los derechos de los NNA sobre el derecho de los adultos y el derecho a la vida son las áreas donde existe mayor desarrollo jurisprudencial.

Finalmente, se constata que el Estado dominicano asume estos derechos de manera responsable al proveer y facilitar las condiciones y los mecanismos para la efectiva protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

## **Bibliografía**

Banco Mundial, "El Banco Mundial en la República Dominicana", disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/country/dominicanrepublic/overview#1> [Consultado el 7 de abril de 2022].

Buaiz V., Yuri Emilio, "La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones", disponible en: [https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores\\_en\\_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf](https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf) [Consultado el 27 de mayo de 2022].

Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Francisco de Macorís en atribuciones de Corte de Niños, Niñas y Adolescentes, sentencia civil 013-14, 20 de agosto de 2014, núm. único: 451-13-01337(01).

Código Penal de la República Dominicana, Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Penal%20de%20la%20Rep%C3%ABlica%20Dominicana.pdf> [Consultado el 27 de septiembre de 2022].

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Conferencia Estadísticas de las Américas y de la Cepal. Grupo Sobre Estadísticas De Niñez Y Adolescencia: uso de censos en el monitoreo de la situación de la niñez y adolescencia en América Latina y el Caribe, agosto, 2019, disponible en: [https://rtc-cea.cepal.org/sites/default/files/document/files/censos\\_monitoreo\\_ni%C3%B1ez.pdf](https://rtc-cea.cepal.org/sites/default/files/document/files/censos_monitoreo_ni%C3%B1ez.pdf) [Consultado el 26 de mayo de 2022].

Constitución de la República Dominicana. Disponible en: <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/REP%C3%9ABLICA-DOMINICANA-Constitucion.pdf> [Consultado el 4 de abril de 2022].

Constitución Política de la República Dominicana, 1924.

Convención de los Derechos del Niño.

Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional, sentencia civil núm. 472-01-2021-SCON-00016, expediente núm. 447-01-2021-ECON-00072, 5 de agosto de 2021.

Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional, sentencia civil núm. 472-01-2021-SCON-00031, expediente núm. 447-02-2019-ECON-00427, 17 de diciembre de 2021.

Corte IDH, caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo), 19 de noviembre del año 1999, párr. 46; sentencia del caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, 8 de septiembre del año 2005, párr. 34; Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto del año 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

Corte IDH, caso Furlan y Familiares vs. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 31 de agosto del año 2012, párr. 126.

Corte IDH, caso de las niñas Yean y Bosico y Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana, Supervisión de Cumplimiento de Sentencias y Competencia, Resolución de 12 de marzo de 2019.

Espejo Yaksic, Nicolás, "Los derechos de los niños", disponible en: <https://justiciaysociedad.uc.cl/wp-content/uploads/2019/01/OBLIGATORIA-ESPEJO-derechos-de-los-nin%cc%83os-Espejo.pdf> [Consultado el 2 de junio de 2022].

Guzmán Ariza, Fabio, *Repertorio de la jurisprudencia civil, comercial e inmobiliaria de la República Dominicana (2001-2014)*, Santo Domingo, Editora Judicial, 2015.

Ley 136-03, Código para el Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/LEY%20136-03%20-%20Codigo%20para%20el%20Sistema%20de%20Protecci%C3%B3n%20y%20los%20Derechos%20Fundamentales%20de%20Ni%C3%B1os%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20Republica%20Dominicana.pdf> [Consultado el 26 de mayo de 2022].

Ley 327-98 sobre Carrera Judicial, disponible en: [http://www.oas.org/juridico/PDFs/Mesicic5\\_RepDo\\_RespuestaC\\_Ane7.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/Mesicic5_RepDo_RespuestaC_Ane7.pdf) [Consultado el 3 de abril de 2022].

Ley núm. 135-11, Marco Jurídico VIH Sida, disponible en: LEY DE VIH/ SIDA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA ([msp.gob.do](http://msp.gob.do)) [Consultado el 28 de septiembre del 2022].

Ley núm. 137-03, sobre Tráfico Ilícito De Migrantes y Trata De Personas, disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/Ley%20N%C2%B0%20137-03%20Sobre%20Tr%C3%A1fico%20Il%C3%ADcito%20de%20Migrantes%20y%20Trata%20de%20Personas%20Republica%20Dominicana.pdf> [Consultado el 28 de septiembre de 2022]

Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales. G. O. núm. 10622 del 15 de junio de 2011, artículo 74, disponible en: [https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY\\_137\\_11.pdf](https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY_137_11.pdf) [Consultado el 26 mayo de 2022].

Ley núm. 194-04, Sobre Autonomía Presupuestaria y Administrativa del Ministerio Público y de la Cámara de Cuentas de la República Dominicana, y establece el monto presupuestario de éstos y de los Poderes Legislativos y Judicial. Art. 3, disponible en: [https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY\\_194\\_04.pdf](https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY_194_04.pdf) [Consultado el 21 de septiembre de 2022].

Ley núm. 46-97, mediante la cual la Oficina Nacional de Presupuesto asignará una partida global por la suma mensual correspondiente a la duodécima parte del Presupuesto de Ingresos y Ley de Gastos Públicos apropiada cada año, en favor del Poder Legislativo y del Poder Judicial. Gaceta Oficial núm. 9948, del 28 de febrero de 1997), disponible en: [https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY\\_46\\_97.pdf](https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY_46_97.pdf) [Consultado el 21 de septiembre de 2022].

Ley núm. 53-07, sobre Crímenes y Delitos de Alta Tecnología, disponible en: [https://www.oas.org/juridico/PDFs/repdom\\_ley5307.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/repdom_ley5307.pdf) [Consultado el 28 de septiembre del 2022].

Ley núm. 63-17, de Movilidad, Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial de la República Dominicana, disponible en: <https://intransit.gob.do/phocadownload/SobreNosotros/MarcoLegal/Leyes/MARCO%20LEGAL-LEY%2063-17%20SOBRE%20TRANSITO,%20TRANSPORTE,%20Y%20SEGURIDAD%20VIAL.pdf> [Consultado el 28 de septiembre de 2022].

Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, núm. 138-11, y deroga la Ley núm. 132-11, de fecha 31 de mayo de 2011. G. O.

núm. 10623 del 28 de junio de 2011. Art. 3, disponible en: <http://cnm.gob.do/Documents/GetDocument?reference=82c4db37-6d26-4771-81b6-b767d8a399f6> [Consultado el 3 de abril de 2022].

Oficina Nacional de Estadística (ONE) (2016), "Síntesis: Las niñas y adolescentes dominicanas. Compendio de indicadores con enfoque de género para la planificación social en favor de la niñez", Santo Domingo: Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo, julio 2015, pp. 15.

Oficina Nacional de Estadística (ONE), disponible en: <https://www.one.gob.do/datos-y-estadisticas/temas/censos/poblacion-y-vivienda/2010/> [Consultado el 8 de abril de 2022].

República Dominicana, Ministerio de Salud Pública, Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud: "Indicadores Básicos de Salud República Dominicana 2020", disponible en: <https://repositorio.msp.gob.do/bitstream/handle/123456789/2273/Indicadores%20B%c3%a1sicos%20de%20Salud%202020.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Consultado el 10 de abril de 2022].

Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de la Vega, sentencia civil núm. 453-01-2019-SCON-00046, 6 de mayo de 2019.

Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de San Cristóbal, sentencia civil contenciosa núm. 01258-09, 27 de agosto de 2009.

Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial Santo Domingo, sentencia civil núm. 02546/2020, expediente núm. 642-2020-ENNC-02339, 9 de octubre de 2020.

Suprema Corte de Justicia, 1.<sup>a</sup>Cám., 28 de junio 2006, núm. 17, B.J. 1147, pp. 227-235.

Suprema Corte de Justicia, Cámara Civil y Comercial, 3 de junio de 2009.

Tribunal Constitucional dominicano, TC/0059/13, 15 de abril de 2013.

Tribunal Constitucional dominicano, TC/0004/12, 2 de marzo de 2012.

Tribunal Constitucional dominicano, TC/0005/12.

Tribunal Constitucional dominicano, TC/0184/13, 11 de octubre de 2013.

Tribunal Constitucional dominicano, TC/0221/16, 4 de junio de 2016.

Tribunal Constitucional dominicano, TC/0239/21, 27 de agosto de 2021.

Tribunal Constitucional dominicano, TC/0643/16, 6 de diciembre de 2016.

Tribunal Constitucional dominicano, TC/0675/18, 10 de diciembre de 2018.

Tribunal Constitucional dominicano, TC/109/13, 4 de julio de 2013.

Tribunal Constitucional dominicano, TC/310/18, 31 de agosto del 2018.

Tribunal Constitucional dominicano, TC/760/17, 7 de diciembre del 2017.

Tribunal Constitucional dominicano, TC/256-14, 4/11/2014, Acción directa de inconstitucionalidad incoada en fecha 25 de noviembre de 2005 contra el Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (suscrito por el presidente de la República el 19 de febrero de 1999).

Tribunal Constitucional dominicano, TC/430-2015, 30/10/2015, expediente núm. TC-05-2014-0185, relativo al recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo interpuesto por Propano y Derivados, S. A., contra la Sentencia núm. 214/2010, dictada por

la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Francisco de Macorís el 6 de diciembre de 2010.

Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de San Juan, sentencia civil administrativa núm. 109/2016, expediente núm. 457-2016-00115, 31 de agosto de 2016.

Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de Monte Cristi, sentencia adm. núm. 455-2022-SSEN-00006, expediente núm. 455-2022-ENNC-00020, 29 de abril de 2022.

Unicef. "Explora Unicef en República Dominicana, "Educación", disponible en: <https://www.unicef.org/dominicanrepublic/educaci%C3%B3n> [Consultado el 7 de abril de 2022].





# Uruguay

---

Javier Palummo Lantes\*

Marielen Moreira Olarán\*\*

\* Abogado y doctor en Derecho, miembro experto y vicepresidente del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

\*\*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (abogada) egresada de la Udelar; maestranda de la Maestría en Infancia y Políticas Públicas de la Udelar (Uruguay).

A. Introducción; B. Algunos datos estadísticos generales; C. Principales características de la estructura estatal; D. La incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento interno; E. Reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento interno; F. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los fallos jurisprudenciales; I. Aspectos generales de la aplicación de la CDN en la jurisprudencia reciente; II. Interés superior de la niña, el niño o el adolescente; III. Autonomía progresiva; IV. Derecho a ser oído y tomado en cuenta; V. Derecho a la vida y a la salud; VI. Derecho a la vida familiar y derechos/responsabilidades parentales; VII. Derecho a la educación; G. Consideraciones finales.

## **A. Introducción**

En el presente trabajo se procura dar cuenta de la forma en la cual el Estado uruguayo ha consagrado la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en su Constitución, en sus normas internas y en la práctica de sus tribunales superiores. Para este propósito ha sido necesario analizar la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico interno, y la aplicación de los diferentes estándares normativos en la práctica jurisprudencial.

La labor desarrollada no es parte de un estudio exhaustivo, sino de una selección de algunas de las principales sentencias de los tribunales referidos. Se ha procurado desarrollar en forma equilibrada diferentes temáticas de modo de poder dar un panorama general del proceso de constitucionalización de los derechos de la infancia y la adolescencia en Uruguay.

## B. Algunos datos estadísticos generales

La población total de Uruguay conforme al último censo es de 3,286,314 personas,<sup>1</sup> 1,708,461 son mujeres y 1,577,416, varones. Desde 2003 Uruguay registra valores de la tasa global de fecundidad "por debajo del reemplazo" (esto es, valores inferiores a 2.1 hijos por mujer) lo que lo coloca en el conjunto de países de baja fecundidad.

Las personas mayores de 65 años son 14% de la población total. El total de niños, niñas y adolescentes de 0 a 17 años asciende a 870,399.<sup>2</sup> Los niños y niñas de 0 a 12 años representan aproximadamente 19% de la población de Uruguay (610,435). A saber: los niños y niñas de 0 a 3 años representan 5.32% (174,897); de 4 a 5 años, 2.76% (90,722) y de 6 a 12 años, 10.49% (344,816).<sup>3</sup>

En cuanto a la maternidad adolescente, el porcentaje de mujeres que son madres entre los 15 y los 19 años es de 3.6% en el ámbito nacional. La fecundidad adolescente es más alta entre quienes tienen carencias críticas (con 1 necesidad básica insatisfecha es de 11.1%; con 2 o más es de 22.4%) y bajos niveles educativos (cerca de 25% de adolescentes con menos de 6 años de educación y 3% que tienen entre 10 y 12 años de estudio).<sup>4</sup> La tasa de embarazo adolescente está en descenso, lo que impacta directamente en el descenso total de los nacimientos del país.

<sup>1</sup> Véase Instituto Nacional de Estadística, Resultados del Censo de Población 2011: población, crecimiento y estructura por sexo y edad, 2011, p. 1. Disponible en <https://www.ine.gub.uy/documents/10181/35289/analisispais.pdf>. [Consultado el 12 de septiembre de 2022].

<sup>2</sup> Calvo, Juan José (coord.), "Jóvenes en Uruguay: demografía, educación, mercado laboral y emancipación", en *Atlas sociodemográfico y de la desigualdad del Uruguay*, fascículo 4, Programa de Población Unidad Multidisciplinaria, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de la República, 2014, p. 8. Disponible en [https://www.ine.gub.uy/c/document\\_library/get\\_file?uuid=11218473-1455-4179-9d10-dc980d652836&groupId=10181](https://www.ine.gub.uy/c/document_library/get_file?uuid=11218473-1455-4179-9d10-dc980d652836&groupId=10181). [Consultado el 12 de septiembre de 2022].

<sup>3</sup> Montti, Oriana, *Cuidados en Primera Infancia. Análisis descriptivo de los datos del censo 2011*. Disponible en [http://guiaderecursos.mides.gub.uy/innovaportal/file/23304/1/13.05\\_-\\_snc\\_informe\\_censo\\_-\\_infancia.pdf#:~:text=El%20total%20de%20ni%C3%B1os%20y,de%20la%20poblaci%C3%B3n%20de%20Uruguay](http://guiaderecursos.mides.gub.uy/innovaportal/file/23304/1/13.05_-_snc_informe_censo_-_infancia.pdf#:~:text=El%20total%20de%20ni%C3%B1os%20y,de%20la%20poblaci%C3%B3n%20de%20Uruguay). [Consultado 12 de setiembre de 2022], p. 4.

<sup>4</sup> Batthyany, Karina y Genta, Natalia, "Diagnóstico prospectivo en brechas de género y su impacto en el desarrollo. Tendencias demográficas de la población uruguaya", Oficina de Planeamiento y Presupuesto. Presidencia, 2016, p. 9. Disponible en [https://www.opp.gub.uy/sites/default/files/inline-files/Genero\\_demografia.pdf](https://www.opp.gub.uy/sites/default/files/inline-files/Genero_demografia.pdf). [Consultado el 5 de octubre de 2022].

### **C. Principales características de la estructura estatal**

Uruguay se caracteriza por ser un Estado constitucional de derecho, soberano, "libre e independiente de todo poder extranjero";<sup>5</sup> de carácter unitario y que contempla cierto grado de descentralización territorial. La Constitución vigente data de 1966, y se ha reformado en cuatro oportunidades desde el retorno a la democracia (1989, 1994, 1996 y 2004). Una de las características del texto constitucional es su reducido nivel de rigidez y la posibilidad de que sean desarrollados procesos de reformas mediante la iniciativa ciudadana.<sup>6</sup>

Desde el punto de vista de su organización adopta la forma republicana democrática,<sup>7</sup> puede entenderse que el régimen es semirrepresentativo, pues, pese a que funciona como un régimen representativo, existen institutos de democracia directa, como referéndum, iniciativa popular y plebiscito, que se emplean excepcionalmente.

El Poder del Estado se divide en tres poderes independientes.

El Poder Ejecutivo es ejercido por el presidente de la república actuando con el ministro o ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros.<sup>8</sup> Algunas de las competencias del Poder Ejecutivo destacables son: la conservación del orden y tranquilidad en lo interior y seguridad en lo exterior; el mando superior de las fuerzas armadas; publicar y circular sin demora las leyes emanadas del Poder Legislativo, hacerlas ejecutar y expedir reglamentos para su ejecución en caso de ser necesario; poner objeciones o hacer observaciones a los proyectos de ley que le remita el Poder Legislativo, y suspender u oponerse a su promulgación; proponer a las cámaras del Poder Legislativo proyectos de ley o modificaciones a las leyes ya

---

<sup>5</sup> Constitución de la República, Uruguay, art. 2.

<sup>6</sup> *Ibidem*, art. 331.

<sup>7</sup> *Ibidem*, art. 82.

<sup>8</sup> *Ibidem*, art. 149.

dictadas; tomar medidas prontas de seguridad en los casos graves de ataque exterior o conmoción interior; concluir y suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo, entre otras competencias previstas en la Constitución.<sup>9</sup>

El Poder Legislativo está organizado bicameralmente y compuesto de cuatro órganos: Cámara de Representantes, Cámara de Senadores, Asamblea General y la Comisión Permanente.

Por último, el Poder Judicial, que es en general considerado independiente y autónomo.<sup>10</sup> La principal función que tiene el Poder Judicial es la jurisdiccional y está organizado en el ámbito nacional en un órgano supremo (Suprema Corte de Justicia), tribunales y juzgados. Los órganos de mayor jerarquía mantienen un sistema colegiado, en tanto su integración es pluripersonal, y los órganos de menor jerarquía (juzgados) son unipersonales.

En definitiva, el ejercicio del poder jurisdiccional compete a los siguientes órganos de acuerdo con el orden jerárquico que se detalla.

La Suprema Corte de Justicia es el órgano superior del Poder Judicial, integrada por 5 miembros. La competencia del órgano de justicia no sólo se circunscribe al ejercicio de la función jurisdiccional, sino que también desarrolla función administrativa y legislativa, tal como lo enumera el artículo 239 de la Constitución.<sup>11</sup> El control de constitucionalidad es parte

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, art. 168.

<sup>10</sup> La Constitución de la República en los artículos 233 a 261 regula la función, competencias y organización del Poder Judicial, sin perjuicio de la reglamentación que otras leyes realizaron al respecto, por ejemplo, la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales (Ley N° 15.750) del 24 de junio de 1985, entre otras.

<sup>11</sup> La Constitución le atribuye el ejercicio de función administrativa, a saber: "la superintendencia directiva, correctiva, consultiva y económica sobre los Tribunales, Juzgados y demás dependencias del Poder Judicial" (numeral 2°), lo que no implicaría inferir en la función jurisdiccional de los Tribunales y Juzgados; así como también tendrá competencia en designaciones de miembros de Tribunales de Apelaciones, Jueces Letrados, defensores de oficio y de los funcionarios (que no fueren jueces) del Poder Judicial (numerales 2° a 7°). Según el numeral 3° del artículo 239 de la Constitución la Suprema Corte de Justicia tiene iniciativa en los proyectos de presupuestos del Poder Judicial, los que debe enviar al Poder Legislativo en el marco de las competencias que ejerce en función legislativa.

de la competencia originaria de la SCJ, en tanto los artículos 256 a 261 de la Constitución regulan la "declaración de inconstitucionalidad de la ley".

En Uruguay el control de constitucionalidad está asignado a un solo órgano en ejercicio de la función jurisdiccional. Es la Suprema Corte de Justicia quien tiene la competencia exclusiva y originaria para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y los decretos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción,<sup>12</sup> por lo que se trata entonces de un sistema concentrado. La sentencia de la Suprema Corte de Justicia tiene el efecto de declarar la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la ley o decreto departamental con fuerza de ley en su jurisdicción en el caso concreto.

Para ello, la declaración de inconstitucionalidad podrá declararse por razones de forma o de contenido<sup>13</sup> y podrá ser solicitada por tres vías diferentes.

Por primera posibilidad es la denominada "vía de acción", en este caso la persona interesada acciona directamente ante la Suprema Corte de Justicia sin necesidad de que exista ningún proceso judicial en trámite. La segunda es la "vía de excepción", en este caso la inconstitucionalidad se solicita en el marco de un procedimiento judicial pendiente. La tercera

---

Por otra parte, el Presidente del órgano tiene la facultad de "concurrir a las comisiones parlamentarias, para que con voz y sin voto, participe de sus deliberaciones cuando traten de asuntos que interesen a la Administración de Justicia, pudiendo promover en ellas el andamio de proyectos de reforma judicial y de los Códigos de Procedimientos".

<sup>12</sup> "Los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción son actos legislativos, expresión de función legislativa ejercida por los órganos legislativos de los Gobiernos Departamentales. (...) Así lo dispone el Art. 273 'La Junta Departamental ejercerá las funciones legislativas y de contralor en el Gobierno Departamental. Su jurisdicción se extenderá a todo el territorio del departamento'. Se descentraliza la función legislativa y este órgano puede crear actos legislativos departamentales, algunos los llaman Leyes departamentales, Justino Jiménez de Aréchaga opina que no hay descentralización de la función legislativa. los actos de las Juntas Departamentales llamados decretos con fuerza de Ley en su jurisdicción por la Constitución son reglamentos administrativos de las Juntas, la Constitución solo ha descentralizado la función administrativa. Jiménez De Aréchaga, La Constitución Nacional Tomo IX pág. 120 y 122." En Borche Alonso, Alejandro, "La publicación de los decretos de los gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción", *Revista de Derecho Público*, año 23, núm. 45, 2014, pp. 37-55.

<sup>13</sup> Constitución de la República, Uruguay, art. 256.

es la "vía de oficio", la que procede cuando el juez o el tribunal que interviene sobre un asunto considera que una norma que están aplicando es inconstitucional. En ese caso es posible elevar las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia para que se pronuncie.<sup>14</sup>

En definitiva, puede destacarse que el control de constitucionalidad sólo pertenece al Poder Judicial, reservado únicamente a la Suprema Corte de Justicia y, en determinados casos, también puede ser ejercido por el Poder Legislativo en los supuestos de anulación de la ley.

#### **D. La incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento interno**

La Constitución contiene tres normas que han sido especialmente relevantes para considerar el carácter constitucional de los derechos humanos.

El artículo 7 realiza una enumeración de derechos no taxativa sino enunciativa.<sup>15</sup> El artículo 72<sup>16</sup> refiere a la no taxatividad de la enumeración de los derechos reconocidos. Estos artículos ponen en evidencia una clara opción por la tesis iusnaturalista que es plasmada en la Constitución, en tanto se admite la existencia de derechos preexistentes que son reconocidos por la norma constitucional.

Por último, el artículo 332 de la Constitución dispone:

"Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, art. 258.

<sup>15</sup> "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general."

<sup>16</sup> "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno."



suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas".

Este último artículo complementa en forma global el esquema de protección al que nos referimos antes, otorgando a las normas de protección una ejecutividad propia y mandatando al juez o al poder administrador a su aplicación aún ante la falta de elementos normativos que le indiquen el camino a seguir. De esta forma no podrá alegarse la imposibilidad de proteger el goce de un derecho, sobre la base de la falta de la determinación de su alcance o forma de ejecución en la práctica.

Al estudiar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se han planteado dos interrogantes: la primera es cuál sería la independencia o conexión entre ambos sistemas jurídicos, y, la segunda, cuál sería la jerarquía entre las normas internas y las emanadas del derecho internacional.

Al respecto se han postulado dos posiciones o teorías: la monista y la dualista. La tesis monista propone la unidad entre el derecho internacional y el derecho interno y establece la incorporación automática de las normas internacionales al derecho interno luego de haber sido ratificadas por los Estados. Mientras que la tesis dualista sostiene que el derecho internacional y el derecho nacional son dos ordenamientos jurídicos diferentes que funcionan de forma independiente sin injerencias. Para que una norma se incorpore al derecho interno, debía realizarse un acto expreso de transformación de la legislación interna distinto a la ratificación.

En el Uruguay ha primado la posición monista que admite la incorporación automática de normas internacionales en su orden interno.

#### **a) Procedimiento para la aprobación de tratados internacionales**

La Constitución hace referencia al procedimiento para la negociación, aprobación y ratificación de los tratados. El artículo 168, numeral 20,

prevé expresamente que corresponde al Poder Ejecutivo "concluir y suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo". También se hace referencia al respecto en el artículo 85, numeral 7, en lo que concierne a la competencia de la Asamblea General para decretar y aprobar por mayoría absoluta de cada cámara "los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones y contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras".

Esta aprobación legislativa suele contener un único y escueto artículo por el que se aprueba el tratado, y se trata de leyes particulares ya que no pueden ser objeto de modificación parlamentaria, sino que se aprueba o se rechaza. En cuanto al procedimiento legislativo (sin perjuicio de que la mayoría exigida por la Constitución para la aprobación), no presenta diferencias con el procedimiento ordinario (o común) para la expedición de las leyes, incluso, a falta de texto expreso en contrario, cabe admitir la posibilidad de que el Poder Ejecutivo, una vez sancionado el proyecto de ley, formule observaciones u oponga objeciones al mismo.<sup>17</sup>

### **b) Jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno**

Ahora bien, una vez que un tratado internacional es incorporado en el derecho interno corresponde analizar cuál sería la jerarquía que tendría la norma. La Constitución de Uruguay no contiene ningún artículo que otorgue especial jerarquía a los tratados del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, parte de la doctrina ha sostenido que los derechos inherentes a la personalidad humana o derivadas de la forma republicana de gobierno que son consagrados en los tratados internacionales y que no se encuentran enumerados en la Constitución adquirirían rango constitucional. De acuerdo con esta posición generalizada en el ámbito local, en el ordenamiento jurídico uruguayo los derechos humanos no previstos expresamente en la Constitución, pero que han sido

---

<sup>17</sup> Aguirre Ramírez, Gonzalo, "Derecho legislativo", en Risso Ferrand, Martín, *Teoría General de la Ley*, t. I, Montevideo, FCU, 1997, pp. 161.

recogidos por los tratados internacionales ratificados por el país, serán incorporados al derecho positivo con rango supralegal y jerarquía constitucional en virtud de la enumeración no taxativa, amplia y flexible de derechos que realiza el artículo 72 de la Constitución.

La circunstancia de que el artículo 72 de la Constitución realice una enumeración de derechos, pero sin excluir otros derechos no mencionados, permite que se amplíen los derechos humanos protegidos, siempre y cuando fueren inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno.

En este caso, entonces, no caben dudas de que los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>18</sup> tendrían una jerarquía constitucional, habiéndose producido su "constitucionalización". Lo mismo pasaría con sus tres protocolos facultativos: el Relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados,<sup>19</sup> el Relativo a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y Utilización de los Niños en la Pornografía,<sup>20</sup> y el Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones.<sup>21</sup> Todos estos instrumentos son parte del ordenamiento jurídico y los derechos allí reconocidos tendrían rango constitucional.

Sin embargo, actualmente esta modalidad de constitucionalización ha sido superada por la noción de "bloque de derechos humanos" o "bloque de constitucionalidad", lo que implica una cierta equiparación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>22</sup> "Este 'bloque' se conforma con los derechos de reconocimiento explícito en las disposiciones constitucionales o convencionales aplicables y los implícitos".<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Ratificada por Ley 16.137 del 28 de septiembre de 1990.

<sup>19</sup> Ratificado por Ley 17.483 del 22 de mayo de 2002.

<sup>20</sup> Ratificado por Ley 17.559 del 27 de septiembre de 2002.

<sup>21</sup> Ratificado por Ley 19.304 del 12 de enero de 2015.

<sup>22</sup> Risso Ferrand, Martín, "El derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos", en Tomé, Miguel (coord.), *El Derecho entre dos siglos*, t. I, Montevideo, UCUDAL, 2015, p. 209.

<sup>23</sup> Garat Delgado, María Paula, *Los derechos fundamentales ante el orden público: una reformulación actual en el constitucionalismo español y uruguayo*, tesis de doctorado, Universidad de Sevilla, 2019, p. 313.

El concepto "bloque de constitucionalidad" ha sido recogido por la jurisprudencia nacional, tanto por los Tribunales de Apelaciones como por la Suprema Corte de Justicia a partir de 2009, en ese año fue dictada la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 365/2009 de 19 de octubre de 2009, en el caso Sabalsagaray.<sup>24</sup> A partir de dicho momento, la noción mencionada ha sido invocada de forma recurrente en la jurisprudencia referida a las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en la última dictadura, así como en materia de derecho del trabajo, pero no tanto, por los Tribunales de Familia que fallan en las cuestiones relativas a niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, ello no obsta a que pueda observarse que al momento de proteger los derechos de los NNA la jurisprudencia de estos tribunales reconoce la jerarquía del derecho internacional de los derechos humanos tal como lo señala la doctrina más reciente.

### **E. Reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento interno**

Es posible afirmar que no hay previsión constitucional expresa que regule y proteja los derechos de la niñez y la adolescencia. La Constitución tutela a la familia y, dentro de ella, a los niños y niñas que la integran en forma genérica. El artículo 40 de la Constitución establece que "La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad". A su vez, el artículo 41 señala que

El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten. La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia

---

<sup>24</sup> Formento, Augusto y Delpiazzo, José Miguel, "Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas", *Revista Derecho*, vol. 9 núm. 18, 2010, pp. 101-113. Disponible en: <https://sitiosdememoria.uy/sabalsagaray-curuchet-nibia-gloria>.

y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.

El artículo 42 consagra la protección de la maternidad en tanto dispone "Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él. La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo". Por último, el artículo 43 prevé que "La ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial en que se dará participación a la mujer".

Los referidos artículos fueron incorporados a la Constitución uruguaya en la reforma constitucional de 1934, significando un cambio radical en la parte dogmática, pues el Estado asumió un papel activo debiendo brindar apoyo económico o social a la familia y la maternidad. También incorporó los "deberes" de cuidar de la salud y educar a los hijos. En algunas de estas disposiciones se introdujeron como normas programáticas las cuales implican una "acción futura del Estado dirigidas a elevar el nivel de vida de los habitantes". Por ejemplo, se incorporó la definición de familia como "la base de la sociedad" en el artículo 40, pero en otras se encomienda la regulación a la sanción de leyes posteriores. Estas normas han sido seguidas de leyes que siguen o deben seguir los lineamientos constitucionales.<sup>25</sup>

La Constitución de la República y los tratados internacionales tendrían la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico, de conformidad con lo señalado por el artículo 72 de la Carta, conformando un bloque de constitucionalidad. Lo que incluiría la CDN, así como a otros instrumentos relevantes que refieren a los derechos de niños y adolescentes, por ejemplo, el Convenio de la OIT N° 138 sobre la edad mínima de admisión al

---

<sup>25</sup> Sentencia N° 301/2020, TAF 2ª, Cap. Considerando" 3.

trabajo (aprobado por Decreto ley 14.567 de 30 de agosto de 1976), la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>26</sup> a Convención Interamericana sobre Tráfico y Protección de Menores,<sup>27</sup> Convenio de la OIT N° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil,<sup>28</sup> la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias,<sup>29</sup> la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores,<sup>30</sup> la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción,<sup>31</sup> así como los tres protocolos de la CDN antes mencionados, entre otros.

Desde esta perspectiva interpretativa, en un nivel jerárquico inferior se encuentran las leyes nacionales y los decretos departamentales con fuerza de ley dentro de dicha jurisdicción. Allí habría que colocar a las diversas leyes que refieren a los derechos de los niños y adolescentes, como es el caso del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA, Ley 17.823 de 7 de septiembre de 2004).

El CNA recogió en sus artículos el derecho a la vida, la salud, igualdad, educación, dignidad, identidad, imagen, recreación, descanso y libertad;<sup>32</sup> derecho a la participación y a ser oído y tomado en cuenta;<sup>33</sup> el principio de interés superior del niño;<sup>34</sup> el principio de la autonomía progresiva de la voluntad;<sup>35</sup> derecho a la privacidad, información y acceso a los servicios de salud;<sup>36</sup> derecho al disfrute de sus padres y familia y la prohibición de

<sup>26</sup> Ratificada por Ley 15.737 del 8 de marzo de 1985.

<sup>27</sup> Ratificada por Ley 16.860 del 9 de setiembre de 1997.

<sup>28</sup> Ratificado por Ley 17.298 del 15 de marzo de 2001.

<sup>29</sup> Ratificada por Ley 17.334 del 17 de mayo de 2001.

<sup>30</sup> Ratificada Ley 17.335 del 17 de mayo de 2001.

<sup>31</sup> Ratificada por Ley 18.336 del 21 de agosto de 2008.

<sup>32</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, Uruguay, art. 9.

<sup>33</sup> *Ibidem*, arts. 8 y 9. Asimismo, la nueva redacción dada al artículo 119 del CNA por el artículo 1 de la Ley 19.747 prevé los deberes y responsabilidades de la defensa del niño, niña o adolescente para la protección de sus derechos vulnerados y amenazados. Dichas responsabilidades reafirman el derecho a la participación del NNA y las condiciones necesarias requeridas para garantizar el mismo según el artículo 12 de la CDN y las Observación General núm. 12 del Comité de los Derechos del Niño.

<sup>34</sup> *Ibidem*, art. 6.

<sup>35</sup> *Ibidem*, art. 8.

<sup>36</sup> *Ibidem*, arts. 11 y 11 bis.

castigo físico,<sup>37</sup> y la prohibición de formar parte en conflictos armados.<sup>38</sup> Esta norma ha tenido como objetivo explícito adecuar la normativa interna a los estándares de la CDN. En efecto, en la discusión parlamentaria fueron hechas múltiples referencias a la "incorporación a nuestro derecho de tratados internacionales y regionales de protección a la infancia y la adolescencia".<sup>39</sup>

Finalmente, en un nivel jerárquico inferior al anterior se encuentran los decretos del Poder Ejecutivo y las Acordadas del Poder Judicial. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia a través de la Acordada núm. 7.647 del 1 de abril de 2009 incorporó al derecho uruguayo las Reglas de Brasilia, que prevén la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes al participar en los procesos judiciales.

## **F. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia uruguaya**

La utilización de los tratados internacionales de derechos humanos, y en especial los relativos a los derechos de la infancia y la adolescencia, es relativamente usual en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores.

En los siguientes apartados serán consideradas algunas de las sentencias más relevantes en relación con una serie de núcleos temáticos. En especial son considerados los pronunciamientos que implican un cierto desarrollo conceptual. Las sentencias citadas han sido dictadas por la Suprema Corte de Justicia (SCJ), así como por dos únicos Tribunales de Apelaciones de Familia (TAF) del país.

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, arts. 12 y 12 bis.

<sup>38</sup> *Ibidem*, art. 13.

<sup>39</sup> Poder Legislativo, Código de la Niñez y Adolescencia, Carpeta 697/2001, Repartido 745, diciembre 2003.

Los TAF tienen una posición especialmente destacada en el desarrollo de una jurisprudencia en relación con los derechos de niños, niñas y adolescentes en el país, dado que constituyen el órgano jurisdiccional que entiende con competencia nacional en las apelaciones tanto de los juzgados de familia común como de los juzgados de familia especializados, pero además le corresponde entender como tribunal superior en los casos tramitados ante la justicia de adolescentes.<sup>40</sup> Por otro lado, son los tribunales los que tienen la última palabra en los procesos de amparo regulados por el artículo 195 del CNA.<sup>41</sup>

## **I. Aspectos generales de la aplicación de la CDN en la jurisprudencia reciente**

El uso de la CDN, así como de otros instrumentos internacionales para fundamentar decisiones judiciales, se enmarca en la discusión antes referida sobre el reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes en el derecho interno. Las sentencias suelen referir a la incorporación de la CDN al ordenamiento jurídico por intermedio de la ley 16.137, lo que implica "efectivizar los derechos de los niños y adolescentes conforme la integración que permiten los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución de la República".<sup>42</sup>

Tal como se verá, la idea de un carácter constitucional de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia es recurrentemente mencionado en las decisiones judiciales. Incluso la Suprema Corte de Justicia ha llegado a sostener que

---

<sup>40</sup> A la justicia de familia especializada le corresponde entender en régimen de urgencia en los asuntos de niños, niñas y adolescentes amenazados o vulnerados en sus derechos, así como en los casos relativos a situaciones de violencia, o algunos asuntos regulados en la ley de salud mental, entre otros aspectos.

<sup>41</sup> El régimen de la acción de amparo no admite la interposición de un recurso posterior ante la Suprema Corte de Justicia.

<sup>42</sup> Sentencia 389/2011, TAF 1º, cap. Considerando III, párr. 4.



la propia Constitución de la República refiere al interés superior del niño. Cuando en su art. 40 inc. 1 se establece que el cuidado y la educación de los hijos para que estos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de sus padres, no se hace otra cosa que afirmar ese interés del menor, o sea, que su interés es o debe ser el criterio básico, fundamental o cardinal para decidir sobre su suerte.<sup>43</sup>

Luego se plantea que el Código de la Niñez de la Adolescencia fue aprobado en "cumplimiento de los compromisos asumidos por el Uruguay al ratificar la Convención",<sup>44</sup>

[como] consecuencia del cumplimiento por parte del país de los compromisos asumidos [...] en Instrumentos Internacionales como lo son, entre otros: la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 16.137); el Pacto de San José de Costa Rica (ley 15.737); Protocolo de San Salvador (ley 16.519); la Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing"); Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), y las recomendaciones que realiza la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena respecto de los Derechos del Niño (1993).<sup>45</sup>

El vínculo entre el derecho internacional de los derechos humanos y la aprobación de la normativa nacional referida a los derechos de la infancia y la adolescencia es explícito en la jurisprudencia, así como en la normativa. El artículo 4 del CNA establece que para la interpretación de dicho Código "se tendrán en cuenta las disposiciones y principios generales que informan la Constitución de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño, leyes nacionales y demás instrumentos internacionales que obligan al país".

<sup>43</sup> Sentencia 778/2014, SCJ, cap. Considerando VII, párr. 3.

<sup>44</sup> Sentencia 389/2011, TAF 1º, cap. Considerando III, párr. 4.

<sup>45</sup> Sentencia 223/2010, TAF 1º, cap. Considerando IV) párr. 1 Ver también: Sentencia 303/2020, TAF 2º, cap. Considerando II.

En términos generales, la ratificación de la CDN y la aprobación del CNA es considerado por diversas sentencias como un marco normativo conforme el cual niños, niñas y adolescentes "deben ser tratados como lo que son, sujetos de derecho", "sin perjuicio de que por su condición de personas en desarrollo tienen derecho a medidas especiales de protección por parte de la familia, el Estado y la Sociedad".<sup>46</sup> La idea de la "la protección de la niñez y adolescencia como interés supremo",<sup>47</sup> que estuvo presente en la discusión parlamentaria ha sido recogida en la fundamentación de buena parte de las sentencias a partir de la aprobación del CNA. Las sentencias, así, justifican la existencia de medidas especiales de protección en el marco de la interpretación del principio de igualdad.

Esto es, los miembros de la familia, nacidos intrínsecamente iguales entre sí, requieren una protección especial a fin de preservar precisamente el principio que todas las constituciones y pactos internacionales de Derechos Humanos consagran: el principio de igualdad, cuando, su estado de vulnerabilidad —desigualdad— indica que el tratamiento igualitario, sea en la ley como en el proceso, redundaría en una solución desigual.<sup>48</sup>

## II. Interés superior de la niña, el niño o el adolescente

La jurisprudencia uruguaya de forma recurrente fundamenta sus fallos en la CDN, en la Observación General núm. 5 y 14 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre el derecho del niño a que su interés superior (ISN) sea una consideración primordial.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Sentencia 67/2011, TAF 1º, cap. Considerando III, párr. 2.

<sup>47</sup> Poder Legislativo, Exposición de motivos del Código de la Niñez y la Adolescencia, Carpeta 59/2000, Repartido 22, marzo 2000.

<sup>48</sup> Sentencia 102/2015, TAF 1º, cap. Considerando V) párr. 4.

<sup>49</sup> Véanse, por ejemplo, Sentencias 549/2021, cap. Considerando II, párr. 3, TAF 1º; Sentencias 105/2019, cap. Considerando V, párr. 10, 3/2021 cap. Considerando IV, párr. 10, y 183/2021 cap. Considerando IV) párr. 9, TAF 2º.

La jurisprudencia ha sostenido que "[e]n cuestiones jurídicas relacionadas con niños, niñas y adolescentes, el criterio de interpretación es el interés superior de los mencionados. Se considera como tal 'el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana' (art. 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia)".<sup>50</sup>

También ha considerado que al ISN funciona como una garantía porque implica la plena satisfacción de los derechos de niños, niñas y adolescentes, entendiéndose que el contenido de dicho principio son sus propios derechos.<sup>51</sup>

Además es muy usual que el ISN sea utilizado como principio que pone en evidencia una situación de prioridad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en relación con otros derechos en juego. El siguiente fragmento da cuenta de ello: "[e]l interés superior del niño consiste en que se respete y garantice de manera prioritaria el pleno ejercicio de sus derechos [...] Ello determina como derecho del niño prevalente respecto del interés de los adultos en disputa [...]."<sup>52</sup>

En el mismo sentido,

[e]l concepto "interés superior del niño" refiere a la satisfacción de sus derechos fundamentales. Ni el interés de los padres, ni del Estado, puede ser considerado, el único interés relevante, es la satisfacción de los derechos de la infancia. Los niños tienen derecho a que su interés se considere prioritariamente en el diseño de las políticas, en su ejecución, en los mecanismos de asignación de recursos y de resolución de conflictos.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> Sentencia 1260/2016, cap. Considerando V.1, párr. 2, SCJ; Sentencia N° 464/2022, cap. Considerando III, párr. 4, TAF 1°.

<sup>51</sup> Sentencias 9/2011, cap. Considerando I), párr. 2 y 126/2019, cap. Considerando IV, TAF 1°.

<sup>52</sup> Sentencia 707/2012, cap. Considerando III, párr. 30, SCJ. En el mismo sentido: 303/2020, cap. Considerando II, párr. 1 TAF 2°.

<sup>53</sup> Sentencia 126/2019, cap. Considerando IV, párr. 2, TAF 1°.

Por último, es usual encontrar referencias al uso del ISN como un principio de interpretación o de integración normativa ante un vacío normativo, por ejemplo, "cuando existan aspectos procesales no definidos en el ordenamiento interno se deberá optar por integrar el derecho en la forma que más favorezca al interés superior del niño" <sup>54</sup>. Se ha llegado incluso a establecer el valor del ISN como una directriz para la formulación de políticas públicas. Así, se ha sostenido que "[e]l 'interés superior del niño' es una garantía, norma de interpretación y/o de resolución de conflictos y es una orientación o directriz política, para la formulación de políticas públicas para la infancia".<sup>55</sup>

Todo esto hace que el tema central en algunos de los casos sea la aplicación adecuada del ISN al caso concreto, cuando una solución no respeta o aplica en forma adecuada este principio es posible que una sentencia pueda ser revocada por un tribunal superior o anulada el marco de un recurso de casación.<sup>56</sup>

Al realizar un análisis jurisprudencial se observa que el ISN es un concepto invocado por la mayoría de las sentencias de los Tribunales de Apelaciones de Familia y la Suprema Corte de Justicia cuando los procesos involucran la resolución de casos en los que se decide sobre la situación de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, en los últimos años se constata una tendencia jurisprudencial en la que los tribunales y la Suprema Corte de Justicia fundamentan y justifican sus decisiones centrándose en las implicancias que el ISN conlleva, el desarrollo doctrinario construido, así como los pronunciamientos del Comité de los Derechos del Niño.<sup>57</sup> Con anterioridad, podemos observar que la invocación al ISN con mayor frecuencia se circunscribía a mencionar el fundamento normativo (CDN

---

<sup>54</sup> Sentencia 707/2012, cap. Considerando III, párr. 33, SCJ. Véase además Ley No. 18.895, art. 3, inciso 2.

<sup>55</sup> Sentencia 126/2019, TAF 1º, cap. Considerando IV, párr. 5.

<sup>56</sup> Sentencia 778/2014, cap. Considerando VI y 1260/2016, cap. Considerando IV.2, SCJ.

<sup>57</sup> Sentencias 126/2015 y 1260/2016, SCJ; Sentencias 549/2021, TAF 1º y 105/2019, 3/2021 y 183/2021, TAF 2º.

y CNA), sin profundizar en el alcance del concepto,<sup>58</sup> pero esta tendencia no se observó de forma generalizada en la práctica de la Suprema Corte de Justicia.<sup>59</sup>

### III. Autonomía progresiva

La noción de autonomía progresiva es abordada en el marco de desarrollos conceptuales que incluyen el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos, así como al analizar la competencia que éstos tienen para ejercer sus derechos de acuerdo con la evolución de sus facultades. Para ello, se apela a los fundamentos normativos nacionales, en especial el artículo 8, inciso 1, del CNA, pero además al artículo 5 y 12 de la CDN y la Observación General núm. 12 del Comité de los Derechos del Niño.<sup>60</sup>

La jurisprudencia refiere a la importancia de la evolución de las facultades y la autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. También se suele mencionar la necesidad de garantizar a los niños y niñas que estén en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez.<sup>61</sup>

El siguiente fragmento de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia resulta significativo:

[...] si bien resulta indudable el avance logrado a través de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño y la aprobación del Código de la Niñez y Adolescencia, que impone el derecho

<sup>58</sup> Sentencias 60/2009, 106/2010 y 25/2011 TAF 1°; Sentencias 44/2007, 270/2008, 384/2011, y 232/2014, TAF 2°.

<sup>59</sup> Sentencias 183/2008 y 349/2012, SCJ; Sentencias 25/2011 y 113/2014, TAF 1°.

<sup>60</sup> Sentencia 126/2016, TAF 1°, cap. Considerando II.

<sup>61</sup> Sentencias 62/2010 y 113/2014 TAF 1°; 429/2009, 71/2012, 94/2020 y 46/2022, TAF 2°; 126/2015, SCJ.

a ser oído el niño o adolescente en todos los procesos que afecten su vida, no se puede soslayar que el Tribunal si bien debe escuchar y tener en cuenta la voluntad del menor [...], la opinión de los mismos debe ser evaluada, a los efectos de determinar si es madura como para opinar sobre el caso planteado, y fundamentalmente, valorar si la misma es libre.<sup>62</sup>

El Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º turno, ha señalado que

[e]n el artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia se establece que los derechos del niño serán ejercidos conforme a la evolución de sus facultades, habilitándose cuando fuere necesario, la designación de curador para que lo represente y le asista en sus pretensiones. Dicho Código consagra el principio del niño y adolescente como sujeto de derecho con adquisición progresiva de autonomía, el derecho a opinar sobre aspectos esenciales de su vida, no solo en el art. 8, sino también en el art.12 en cuanto establece el derecho de los niños y adolescentes al disfrute de sus padres y de su familia, y en el art. 40 en cuanto preceptúa que "Se garantizara el derecho del niño o adolescente a ser oído, teniendo en cuenta su opinión, lo cual se recabara en un ámbito adecuado" en sede de Visitas (sentencias Nos. 214 y 239/2010, No. 204/2011 entre otras).<sup>63</sup>

La jurisprudencia en reiterados fallos ha asimilado el concepto de la autonomía progresiva con el concepto de la competencia en el área médica y ha señalado que

[p]ara poder evaluar la autonomía progresiva de la voluntad, juristas han propuesto usar como protocolo el que a la vez se usa por parte de los médicos, para determinar si el niño y/o adolescente puede prestar el consentimiento informado, dichos parámetros son: 1.- "La habilidad de comprender y comunicar

---

<sup>62</sup> Sentencia 349/2012, SCJ, cap. Considerando IV, párr. 2. En un sentido similar, véase Sentencia 137/2009, SCJ.

<sup>63</sup> Sentencia 384/2011, TAF 2º, cap. Considerando I, párr. 6.

informaciones relevantes: El niño debe ser capaz de comprender cuáles son las alternativas disponibles, manifestar una preferencia, formular sus preocupaciones y plantear las preguntas pertinentes"; 2.- "La habilidad de reflexionar y elegir con un cierto grado de independencia: El niño debe ser capaz de efectuar una elección sin que nadie lo obligue o manipule y considerar detalladamente la cuestión por sí mismo"; 3.- "La habilidad de evaluar los potenciales beneficios, riesgos y daños: El niño debe ser capaz de comprender las consecuencias de las diferentes líneas de conducta, cómo lo afectarán, cuáles riesgos se presentan y cuáles son las implicaciones a corto y largo plazo"; 4.- "La construcción de una escala de valores relativamente estable: El niño debe poder basarse en un sistema de valores para tomar la decisión".<sup>64</sup>

Todo lo cual implica considerar una noción de "competencia" que no es intercambiable con la idea de capacidad regulada en el Código Civil, la que debe ser considerada en el marco de las obligaciones que le corresponden a la familia, sociedad y Estado.<sup>65</sup> La aplicación práctica de este concepto ha sido planteada en diversas situaciones atendiendo al papel de los adultos en relación con la autonomía progresiva. Por ejemplo, en relación con la actuación de la persona que le brinda asistencia jurídica a los niños, niñas y adolescentes sometidos al proceso, se ha expresado que "[e]l abogado solo podrá sustituir la voluntad de su cliente cuando el mismo no tenga suficiente autonomía progresiva de la voluntad".<sup>66</sup>

#### **IV. Derecho a ser oído y tomado en cuenta**

La jurisprudencia nacional de forma constante hace referencia al derecho del niño a ser escuchado y, además, se señala el vínculo entre este derecho, el ISN y la autonomía progresiva. Las sentencias suelen incluir la

<sup>64</sup> Sentencia 325/2009, TAF 1º, cap. Considerando III, párr. 9. Ver además Sentencia 126/2016, TAF 1º.

<sup>65</sup> Sentencia 126/2016, TAF 1º.

<sup>66</sup> Sentencia 67/2011, TAF 1º.

aplicación de estos aspectos en forma conjunta. Así, por ejemplo, se sostiene que

[...] el interés superior del niño debe definirse en cada caso concreto, siendo un elemento fundamental la opinión del propio niño, -art. 12 CDN, art. 8 CNA y especialmente Observación General N° 12 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre el "Derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta".<sup>67</sup>

Las sentencias, en general, mencionan en su fundamentación al artículo 12 de la CDN, Observación General núm. 12 del Comité de los Derechos del Niño, la Opinión Consultiva 17/2002 y artículo 8, CNA.<sup>68</sup> La CDN es invocada como uno de los principales fundamentos normativos en la gran mayoría de las sentencias dictadas por los Tribunales de Apelaciones.

Los pronunciamientos judiciales mencionan, por ejemplo, el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser informado sobre su derecho al resguardo de la privacidad al momento de participar en el proceso judicial,<sup>69</sup> el derecho que tienen a expresar su opinión libremente sin presión y a que su opinión se tenga debidamente en cuenta<sup>70</sup> y sea recabada en un ámbito adecuado,<sup>71</sup> la oportunidad de ser escuchado, ya sea directamente o por medio de un representante o un órgano apropiado,<sup>72</sup> y a que su defensor o representante le explique y comunique en lenguaje apropiado el resultado del proceso,<sup>73</sup> entre otros aspectos.

<sup>67</sup> Sentencia 214/2010 TAF 2°, cap. Considerando IV, párr. 6.

<sup>68</sup> Sentencia 86/2022, TAF 1°.

<sup>69</sup> Sentencia 232/2014, TAF 2°.

<sup>70</sup> Sentencia 99/2009, cap. Considerando II, 186/2012, cap. Considerando III, párr. 1, 180/2021 cap. Considerando II, y 86/2022 TAF 1°; 429/2009, cap. Considerando III, párr. 1, y 777/2021, cap. Considerando II, TAF 2°; 126/2015, cap. Considerando II, párr. 14 a 16, SCJ.

<sup>71</sup> Sentencia 429/2009, cap. Considerando III, 17/2010, cap. Considerando IV, TAF 2°; Sentencias 1.050/2010, cap. Considerando II, párr. 3, y 126/2015, cap. Considerando II, párr. 19, SCJ.

<sup>72</sup> Sentencia 62/2010, cap. Considerando III, 13/2013, cap. Considerando II, párr. 1, y 179/2021, cap. Considerando IV, TAF 1°; 126/2015, cap. Considerando II, párr. 17, SCJ.

<sup>73</sup> Sentencias 94/2020, cap. Considerando VI, párr. 1, 648/2021, Cap. Considerando VI, y 777/2021, cap. Considerando IV, TAF 2°.



Las sentencias —en general— no desarrollan en forma específica qué debe entenderse por "ámbito adecuado" para recibir las declaraciones, pero en algunos casos se ejemplifican situaciones como reñidas con el estándar referido. Así, por ejemplo, en una sentencia se advierte

[...] que surge de autos, la vulneración de los derechos del niño, en cuanto fue interrogado a fs. 38, con seis años de edad, en condiciones de presión (ingreso a Sala con la actora e inmediatamente salió corriendo, fue necesario reintegrarlo) [...] Obviamente, ante la convocatoria del niño a declarar [...] la situación requirió atención de técnico especializado [...].<sup>74</sup>

La Suprema Corte de Justicia en algunas de sus sentencias ha sido enfática al relacionar el derecho a ser oído con su posición como sujeto titular de derechos y las implicancias que ello tiene para las autoridades judiciales. Por ejemplo, se ha expresado que "[e]l niño es sujeto de derechos, no objeto de derechos, por lo tanto, la Sala no debió desconocer las declaraciones del pequeño vertidas en autos".<sup>75</sup> En otra sentencia, ahora del Tribunal de Apelaciones de Familia, se plantea que se trata de una "actividad procesal fundamental e imprescindible", y que la autoridad judicial "no puede adoptar decisiones sin tener en cuenta esa opinión."<sup>76</sup>

En caso de tratarse de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, es usual que se establezca que existe un derecho facultativo a declarar conforme el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en especial luego de los cambios al CNA que han sido aprobados por la ley 19.747 del 19 de abril de 2019.<sup>77</sup> En los casos en que se sospecha la existencia de maltrato y violencia sexual, "existe una normativa especial y principios de intervención que son complementarios". La normativa más reciente establece que no puede disponerse la revinculación de los niños, niñas o adolescentes intervenidos, con el denunciado, "salvo

<sup>74</sup> Sentencia 293/2008, cap. Considerando II, TAF 2°.

<sup>75</sup> Sentencia 707/2012, cap. Considerando VI, párr. 2, SCJ.

<sup>76</sup> Sentencia 228/2019, cap. Considerando II, párr. 2, TAF 2°.

<sup>77</sup> Sentencia 228/2019, cap. Considerando II, párr. 6, TAF 2°.

una excepción, la que tiene dos condiciones acumulativas: que el niño víctima lo solicitara expresamente y que se cuente con el visto bueno de los técnicos que estuvieran interviniendo".<sup>78</sup> En estos casos, "se debe asegurar que el relato de las niñas y niños sea recabado por personal técnico especializado, en lugares adecuados a tal fin y evitando su reiteración [...] la declaración directa, está restringida a cuanto a su modalidad por las normas referidas (arts.124 CNA, 164 CPP y 9 LVBG)".<sup>79</sup>

Por consiguiente, al realizar un relevamiento de la jurisprudencia sobre el derecho a ser oído podemos concluir que el artículo 12 de la CDN así como algunas de las medidas para garantizar la observancia del derecho de niños, niñas y adolescentes a ser escuchados señaladas en la Observación General núm. 12 se encuentran referenciadas en la jurisprudencia uruguaya.

## **VI. Derecho a la vida familiar y derechos/responsabilidades parentales**

Las sentencias relativas al derecho a la vida familiar suelen referir sistemáticamente al precepto constitucional conforme al cual la familia es considerada "la base de nuestra sociedad" (artículo 40). Pero más allá de esa referencia normativa, en general, las sentencias suelen mencionar la existencia de un concepto amplio de familia y de una serie de transformaciones que han operado en relación con el instituto de la patria potestad.<sup>80</sup> La jurisprudencia también se refiere al derecho de protección de la familia, el que conlleva, entre otras obligaciones, la de favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.<sup>81</sup>

De acuerdo con dicha jurisprudencia,

actualmente es posición unánime tanto de la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como extranjera, que debe entenderse por

<sup>78</sup> Sentencia 94/2020, cap. Considerando V, párr. 8, TAF 2°.

<sup>79</sup> Sentencia 94/2020, cap. Considerando III, párr. 2, TAF 2°.

<sup>80</sup> Por ejemplo, Sentencias 180/2010 y 68/2011, TAF 1°.

<sup>81</sup> Sentencia 222/2021, TAF 1° y 28/2020, TAF 2°.

familia no sólo la legítima sino también la natural y aún la biológica, lo que efectivamente se recoge en los instrumentos internacionales y legislación nacional. Como así también que la familia no queda reducida a los progenitores, sino también a la familia ampliada<sup>82</sup> [...] conforme la nueva normativa que rige a partir de la promulgación del Código de la Niñez y la Adolescencia, en concordancia con la Convención Sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales, es un derecho fundamental del niño el convivir con su familia (arts. 72 y 332 de la Constitución de la República).<sup>83</sup>

En el marco de las transformaciones mencionadas, se plantea jurisprudencialmente una reconceptualización y cambios de denominaciones. Así, por ejemplo, uno de los Tribunales de Apelaciones de Familia se propone denominar a la patria potestad como "autoridad parental" o "responsabilidad parental" en el contexto del cambio de paradigma respecto de los derechos de la infancia y la adolescencia que ha operado con la ratificación de la CDN.<sup>84</sup> En forma específica se ha establecido que "ya no estamos frente al ejercicio de un poder sobre los hijos, sino el cumplimiento de una función que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados primordialmente a satisfacer el interés del niño o adolescente, en cabeza de ambos progenitores".<sup>85</sup>

El mismo órgano jurisdiccional ha propuesto cambiar el nombre de "visitas" por "comunicación", pasando a referirse a la regulación de un "régimen de comunicación entre padre-hijos".<sup>86</sup> En una de sus sentencias se dispone que,

si bien es usual denominar con el nombre de "visitas" a la relación del hijo/a con su progenitor no conviviente, dicho vocablo no res-

<sup>82</sup> La familia ampliada es aquella que mantiene un vínculo significativo y tiene con el niño, niña o adolescente un conocimiento previo, no necesariamente se requiere consanguinidad. Véase <http://guiaderecursos.mides.gub.uy/28481/programa-de-acogimiento-familiar> [Consultado el 5 de octubre de 2022].

<sup>83</sup> Sentencia 98/2011, cap. Considerando III, párr. 10, TAF 1°.

<sup>84</sup> Sentencia 68/2011, cap. Considerando III, párr. 9, TAF 1°. Ver también: Sentencias 223/2010, TAF 1° y 244/2019, TAF 2°.

<sup>85</sup> Sentencia 68/2011, cap. Considerando III, párr. 9, TAF 1°.

<sup>86</sup> Sentencias 16/2015 y 264/2019, cap. Considerando IV, TAF 1°.

ponde al fundamento y finalidad de este instituto [...] lo que se pretende por el legislador es mantener el vínculo filial que debe existir necesariamente entre los progenitores (no convivientes) y sus hijos.<sup>87</sup>

Este cambio en la forma de nombrar la relación de niños, niñas o adolescentes con su progenitor no conviviente también ha sido recogido en sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia y el otro Tribunal de Apelaciones de Familia.<sup>88</sup>

La jurisprudencia más reciente se ha referido a la "vulneración al derecho a la vida familiar y a no tener una internación prolongada", entendiendo por esto último la colocación de los niños, niñas y adolescentes en una institución de protección a tiempo completo.<sup>89</sup> En ese sentido, se ha enfatizado que en algunos casos "[c]ontrariamente a lo legislado, no se está protegiendo su derecho a vivir en familia y que la familia con la que viva lo proteja en el goce de sus derechos, sino que permanece por mucho más de un año internado. El proceso, en lugar de protegerlo lo ha terminado victimizando en este aspecto".<sup>90</sup>

También se ha planteado por parte de la Suprema Corte de Justicia que existe una "violación directa del interés superior del niño a crecer y vivir en familia", cuando se dispone respecto de un niño la reinserción en su familia de origen cuando ésta no se encuentra en "condiciones de ejercer una tenencia responsable" y tiene "notorias deficiencias para contenerlo y cuidarlo".<sup>91</sup> En la generalidad de los casos, las sentencias refieren al principio del ISN como el criterio rector para la adopción de toda decisión en relación con el derecho a la vida familiar, así como respecto del vínculo de niños, niñas y adolescentes con sus familiares.<sup>92</sup>

---

<sup>87</sup> Sentencia 264/2019, TAF 1°.

<sup>88</sup> Sentencias 97/2020, SCJ; 129/2019 y 74/2021, TAF 2°.

<sup>89</sup> Sentencia 154/2017, TAF 2°.

<sup>90</sup> Sentencia 774/2021, TAF 2°.

<sup>91</sup> Sentencia 1.260/2016, cap. Considerando IV, párr. 27, SCJ.

<sup>92</sup> Sentencias 872/2014 y 1.260/2016, SCJ; 98/2011, TAF 1°; 171/2009, TAF 2°.

En cuanto a las responsabilidades parentales, la jurisprudencia recoge la prohibición del castigo físico al momento de educar o corregir a los hijos. El artículo 12 bis del CNA se refiere a la integridad personal de los NNA y señala que "queda prohibido a padres o responsables, así como a toda persona encargada del cuidado, tratamiento, educación o vigilancia de niños y adolescentes, utilizar el castigo físico o cualquier tipo de trato humillante como forma de corrección o disciplina de niños, niñas o adolescentes." A su vez, el artículo 16, lit. f, de la misma norma establece que es un deber de los padres o responsables "corregir a sus hijos o tutelados, excluyéndose la utilización del castigo físico o cualquier tipo de trato humillante".<sup>93</sup>

El Tribunal de Apelaciones de Familia 2do turno, en una sentencia dictada en junio de 2022, examinó el caso de una niña de 9 años que era víctima de maltrato psicológico, castigo físico y trato humillante por parte de su madre, quien además realizaba diferencias entre la niña por la condición de mujer respecto de sus hermanos varones. Su madre le encargaba tareas inherentes al hogar, tales como la limpieza y cocinar, mientras que con sus hijos varones no procedía de la misma forma. El fallo fundamenta su decisión en la aplicación de la ley de violencia contra la mujer basada en género (Ley 19.580) y el artículo 12 bis del CNA referido a la prohibición de castigo físico o cualquier trato humillante. También señaló que

la conducta de [la madre] obligando a la niña a realizar tareas [...] descritas, es totalmente abusiva y encuadra a la víctima en su condición de mujer, obligándosela a realizar tareas que aún hoy el patrón cultural impone a la mujer. [...] Estas tareas responden al estereotipo que como el propio Preámbulo de la CEDAW reconoce, existe en la sociedad, según la cual se asigna a la mujer tareas propias de la casa o domésticas, con el agravante que son completamente abusivas y humillantes para una niña que al momento de declarar tenía la edad de nueve años y refería a prácticas que hacía desde hacía un tiempo [...].<sup>94</sup>

<sup>93</sup> Sentencia 293/2010, TAF 2º, Cap. Considerando numeral 6 párr. 2 a 7.

<sup>94</sup> Sentencia 679/2022, TAF 2º, cap. Considerando II.

Por lo que la referida decisión no sólo protege a la integridad física de la niña que sufría castigo corporal, sino que también identifica la violencia de género que sufre por su condición de mujer y dispone medidas para su protección. No es habitual que la jurisprudencia identifique en las situaciones de violencia de los NNA situaciones que comprendan, además, violencia de género. Por eso, el fallo jurisprudencial citado precedentemente resulta de interés, pues podría importar una tendencia a la visibilización de la violencia de género en la infancia.

## VII. Derecho a la educación

El derecho a la educación ha sido señalado por los tribunales como un derecho fundamental a proteger. A tales efectos se evidencian las siguientes referencias normativas en las sentencias: Constitución de la República (art. 41); la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 18.1 y 27); Convención Interamericana de Derechos de los Jóvenes (art. 22) y CNA (art. 16).

La mayoría de las sentencias que refieren al derecho a la educación, lo hacen con la finalidad de identificar las responsabilidades parentales, sin perjuicio también de reconocerlo explícitamente como un derecho. Se ha señalado que antes y después de la sanción del CNA, se sostenía y se sostiene que a los padres se le confieren derechos o poderes como el de representación, de corrección y educación, a efectos de preparar a sus hijos como personas que actuarán en forma responsable en la sociedad. Para ello debe orientarlos y dirigirlos, a efectos de que de manera progresiva y en diferentes etapas vayan adoptando decisiones (las cuales tienen como contrapartida las responsabilidades que deberán enfrentar los niños y adolescentes).<sup>95</sup>

Por otra parte, desde el punto de vista de análisis del derecho como tal, se observó que la jurisprudencia, basándose en la Observación General núm. 9 del Comité de los Derechos del Niño, ha señalado que todos los

<sup>95</sup> Sentencia N° 134/2010, TAF 1°, Considerando Cap. III, Párr. 8

niños disfrutarán del derecho a la educación sin discriminación alguna y sobre la base de la igualdad de oportunidades. Con este fin, su acceso efectivo a la enseñanza debe garantizarse para promover el desarrollo de

la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades. En la Convención se reconoció la necesidad de modificar las prácticas en las escuelas y de formar a maestros de enseñanza general para prepararlos a enseñar a los niños diversas aptitudes y garantizar que logren resultados académicos positivos.<sup>96</sup>

No se ha encontrado que la jurisprudencia analice el alcance del derecho en sí mismo, esto es más allá de las referencias señaladas precedentemente. Es decir, se menciona su enumeración —sin profundizar— al analizar las pretensiones que comprenden a los niños, niñas y adolescentes. Por ejemplo, para cuantificar las obligaciones alimentarias, para establecer regímenes de visitas o dilucidar las pretensiones de tenencia.

Tampoco se han encontrado sentencias que profundicen en el *bullying* o discriminación en la educación, todas las referencias realizadas por los tribunales son superficiales.<sup>97</sup> En cuanto a la salud sexual y reproductiva de los niños, niñas y adolescentes no se encontró jurisprudencia que lo invoque como un derecho protegido en el ámbito judicial.

## **G. Consideraciones finales**

En este trabajo se ha procurado dar cuenta de la forma en la que se ha consagrado normativamente la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y además, de algunas características de la práctica de los

<sup>96</sup> Sentencia N° 16/2018, TAF 1°, Considerando Cap. IV, Párr. 21 y 22.

<sup>97</sup> En Sentencia N° 342/2020, TAC 2°, Considerando Cap. 3.5, se analiza los medios de prueba diligenciados y si estos lograron probar o no la existencia de acoso escolar o *bullying* a un niño y, consecuentemente, la inacción de la Administración Nacional de Educación Pública frente al hecho alegado. No se evidencia un análisis de los derechos vulnerados por la situación denunciada ni la existencia de discriminación y violencia en el ámbito educativo.

tribunales superiores. Tal como se ha observado, si bien hay un importante desarrollo jurisprudencial de algunos temas, existen otros que se encuentran escasamente desarrollados por los tribunales.

Esta circunstancia se encuentra relacionada con el diseño de la protección judicial de derechos de niños, niñas y adolescentes, así como con la existencia de varios fenómenos que se han registrado en los últimos años en la justicia de familia.

Por un lado, la existencia de un diseño de la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes que privilegia la actuación de la justicia de familia especializada en el marco de los denominados procesos de protección de derechos. De acuerdo con el CNA y las normas modificatorias posteriores, este tipo de procesos se tramitan por parte de los juzgados de familia actuando en régimen de turnos de urgencia, los que —en Montevideo y algunas otras jurisdicciones— se denominan "especializados".<sup>98</sup>

La consecuencia de ello ha sido un aumento del trabajo de los juzgados a cargo de esos procesos, y en consecuencia un aumento de la cantidad de dichos juzgados. Es así que si se toma en cuenta las cantidades de expedientes en trámite al 31 de diciembre en cada uno de los últimos años, es posible observar un aumento casi sostenido del número de expedientes. Con relación a este tipo de datos la información oficial que es publicada por el Poder Judicial no permite verificar si se trata de expedientes de la ley de violencia doméstica o procesos de protección de derechos. Y en relación al aumento de la cantidad de este tipo de sedes judiciales, se observa que mientras, en diciembre de 2004 —es decir a unos meses de aprobado el CNA— se habían instalado cuatro juzgados para todo el departamento de Montevideo, en diciembre de 2020, el

---

<sup>98</sup> López, A. y Palummo, J., *Internados. Las prácticas judiciales de institucionalización por protección de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Montevideo*, UNICEF Uruguay, Fundación Justicia y Derecho, Montevideo, 2013; Macagno, M., López, A. y Palummo, J., *Violencia contra niños, niñas y adolescentes. Protección judicial y prácticas institucionales en la ciudad de Montevideo*, UNICEF Uruguay, Fundación Justicia y Derecho, Montevideo, 2017.



número de juzgados de familia especializados había alcanzado la docena de turnos. En forma paralela a este aumento se ha registrado una disminución de la cantidad de juzgados de familia común.

Pero además se observa que esos procesos especiales de protección de derechos son tramitados en el marco de intervenciones en las que se destaca la actuación de la defensa pública, y en los que la impugnación de las resoluciones, y en especial, la interposición de recursos, son "escasas".<sup>99</sup> De acuerdo con un relevamiento de expedientes en los que se había dispuesto una medida de institucionalización en 2018 en Montevideo, en cuanto al tipo de defensa que tienen los niños, niñas y adolescentes, se ha observado que en 87.7% de los casos se trata de profesionales que se desempeñan en el servicio de defensa público. De acuerdo con dicho estudio la designación de abogados para los padres o responsables en dichos procesos se registra únicamente en 29.2% de los expedientes.<sup>100</sup>

Lo expuesto contribuye a que la amplia mayoría de los asuntos referidos a la protección de derechos, así como a situaciones de negligencia, castigo corporal, maltrato o de abuso sexual contra niños, niñas o adolescentes, no sean abordadas por tribunales superiores de familia.

## **Bibliografía**

Aguirre Ramírez, Gonzalo, "Derecho legislativo", en Risso Ferrand, Martín, *Teoría General de la Ley*, t. I, Montevideo, FCU, 1997, pp. 161.

Batthyany, Karina y Genta, Natalia, "Diagnóstico prospectivo en brechas de género y su impacto en el desarrollo. Tendencias demográficas de la

<sup>99</sup> Cavalli, E., "Niñez y proceso", *Anuario uruguayo crítico de derecho de familia y sucesiones*, 2, 2014, p. 112.

<sup>100</sup> Fierro, L. y Veiga, M. J., *La institucionalización por protección de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Montevideo*, Fundación Justicia y Derecho, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, Montevideo, 2022, p. 26.

población uruguaya", Oficina de Planeamiento y Presupuesto. Presidencia, 2016, p. 9. Disponible en: [https://www.opp.gub.uy/sites/default/files/inline-files/Genero\\_demografia.pdf](https://www.opp.gub.uy/sites/default/files/inline-files/Genero_demografia.pdf). [Consultado el 5 de octubre de 2022].

Borche Alonso, Alejandro, "La publicación de los decretos de los gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción", *Revista de Derecho Público*, año 23, núm. 45, 2014, pp. 37-55.

Calvo, Juan José (coord.), "Jóvenes en Uruguay: demografía, educación, mercado laboral y emancipación", en *Atlas sociodemográfico y de la desigualdad del Uruguay*, fascículo 4, Programa de Población Unidad Multidisciplinaria, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de la República, 2014, p. 8. Disponible en: [https://www.ine.gub.uy/c/document\\_library/get\\_file?uuid=11218473-1455-4179-9d10-dc980d652836&groupId=10181](https://www.ine.gub.uy/c/document_library/get_file?uuid=11218473-1455-4179-9d10-dc980d652836&groupId=10181). [Consultado el 12 de septiembre de 2022].

Cavalli, E., "Niñez y proceso", *Anuario uruguayo crítico de derecho de familia y sucesiones*, 2, 2014, p. 112.

Fierro, L. y Veiga, M. J., *La institucionalización por protección de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Montevideo*, Fundación Justicia y Derecho, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, Montevideo, 2022, p. 26.

Formento, Augusto y Delpiazzo, José Miguel, "Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas", *Revista Derecho*, vol. 9 núm. 18, 2010, pp. 101-113. Disponible en: <https://sitiosdememoria.uy/sabalsagaray-curuchet-nibia-gloria>.

Garat Delgado, María Paula, *Los derechos fundamentales ante el orden público: una reformulación actual en el constitucionalismo español y uruguayo*, tesis de doctorado, Universidad de Sevilla, 2019, p. 313.

Instituto Nacional de Estadística, Resultados del Censo de Población 2011: población, crecimiento y estructura por sexo y edad, 2011, p. 1. Disponible en: <https://www.ine.gub.uy/documents/10181/35289/analisispais.pdf>. [Consultado el 12 de septiembre de 2022].

Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales (Ley N° 15.750) del 24 de junio de 1985.

López, A. y Palummo, J., *Internados. Las prácticas judiciales de institucionalización por protección de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Montevideo*, UNICEF Uruguay, Fundación Justicia y Derecho, Montevideo, 2013; Macagno, M., López, A. y Palummo, J., *Violencia contra niños, niñas y adolescentes. Protección judicial y prácticas institucionales en la ciudad de Montevideo*, UNICEF Uruguay, Fundación Justicia y Derecho, Montevideo, 2017.

Risso Ferrand, Martín, "El derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos", en Tomé, Miguel (coord.), *El Derecho entre dos siglos*, t. I, Montevideo, UCUDAL, 2015, p. 209.



## **Venezuela**

---

Jaiber Núñez Urdaneta\*

Carla Serrano Naveda\*\*

Carlos Trapani Blanco\*\*\*

Vanessa Marcano Machado\*\*\*\*

\* Abogado *Summa Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello (2015). Estudios culminados en la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello; Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB.

\*\* Socióloga, especialista en Derecho de Familia y del Niño (UCAB). Profesora e investigadora.

\*\*\* Abogado, Coordinador General de los Centros Comunitarios de Aprendizaje (CECODAP).

\*\*\*\* Abogada de la Universidad Católica Andrés Bello (2020). Auxiliar de Investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB.

SUMARIO: A. Contexto nacional; I. Consideraciones generales en torno a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV); II. Aproximación al sistema de justicia venezolano; B. Incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DDHH) en el Derecho Interno; C. Reconocimiento constitucional de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (NNA); D. Jurisprudencia relevante; I. El Interés Superior del Niño; II. Derecho a la vida; III. Derecho de los NNA a opinar y ser oídos; IV. Derecho a la vida familiar; V. Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas originarios; E. Conclusiones.

## **A. Contexto nacional**

La República Bolivariana de Venezuela tiene una población estimada para el año 2020 de 28.4 millones de personas, 36% de dicha población son niños, niñas y adolescentes (NNA), distribuidos en 49%, niñas y adolescentes y, 51%, niños y adolescentes.<sup>1</sup> La plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes estima 6 147 040 venezolanos refugiados y migrantes en el mundo, 5 087 495 en América Latina y el Caribe.<sup>2</sup> Los datos relativos a la autoidentificación étnica provienen del censo del año 2011, donde un 2.8% de la población se autoidentificó como indígena y 0.7% como afrodescendiente, no se cuenta con desagregación de esta variable para NNA.

---

<sup>1</sup> Frente a la ausencia de cifras oficiales sistemáticas, públicas y auditables, sumado al fenómeno de la migración forzada, se plantea la siguiente estimación según CEPAL – CELADE (2020). Disponible en: <https://bit.ly/3bdYb1h>. [Consultado el 8 de julio de 2022].

<sup>2</sup> Actualización de la plataforma al 05-05-2022. Disponible en: <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes> [Consultado el 18 de julio de 2022].

Según la Encuesta Nacional de Condiciones de Vida (ENCOVI) se estima que emigraron entre 2015-2019, casi 74 000 niños y niñas en la primera infancia y 75 675 NNA, de 7 a 17 años, así como, se ha contabilizado cerca de 1 743 000 menores de edad que se han quedado en el país, mientras padre, madre, ambos, u otros familiares han migrado.<sup>3</sup> Según ENCOVI<sup>4</sup> la pobreza y la pobreza extrema medidas a través del método del ingreso son muy altas en Venezuela, en 2020, el 94% de las personas son pobres, 68% son pobres extremos; mientras que un 67.8% de la población calificaría en pobreza multidimensional.

La tasa de embarazos adolescentes en Venezuela es de 95 nacimientos por cada 1 000 adolescentes entre 15 y 19 años de edad.<sup>5</sup> Según ENCOVI (2019),<sup>6</sup> la tasa de mortalidad infantil es de 26 por mil nacidos vivos. A su vez, de acuerdo a ENCOVI (2021), el 30% de los niños menores de cinco años posee desnutrición crónica; 5% desnutrición aguda global y 21% tiene riesgo de desnutrición de este tipo. Según monitoreo de Cáritas Venezuela, casi un 30% de los niños que llegan para atención nutricional ya vienen con retraso del crecimiento. Más del 25% de los niños menores de seis meses ya muestran retraso del crecimiento lo que refleja problemas de desnutrición materna.<sup>7</sup>

Finalmente, según cálculos de ENCOVI, para el periodo 2014/2018 la matrícula escolar era de 12.7 millones de alumnos, para 2019/2020, la población disminuyó a 11 millones, con la pandemia la situación solo se ha agravado.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> Observatorio Venezolano de Migración, *Participación de Niños, Niñas y Adolescentes en el proceso migratorio venezolano*, 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3oHpW5q> [Consultado el 10 de julio de 2022].

<sup>4</sup> Indicadores Pobreza Encuesta Nacional de Condiciones de Vida (ENCOVI). Disponible en: <https://insoencovi.ucab.edu.ve/indicador-pobreza/> [Consultado el 29 de junio de 2022].

<sup>5</sup> Fondo de Poblaciones de Naciones Unidas (UNFPA) para Venezuela. Disponible en: <https://bit.ly/3Bp7Tsh> [Consultado el 17 de julio de 2022].

<sup>6</sup> Encuesta Nacional de Condiciones de Vida (ENCOVI) 2019-2020. Disponible en: <https://www.proyectoencovi.com/informe-interactivo-2019> [Consultado el 23 de julio de 2022].

<sup>7</sup> Cáritas, *Monitoreo centinela de la desnutrición infantil, Venezuela, 2021*. Disponible en: <https://bit.ly/3vpRkZ8> [Consultado el 13 de julio de 2022].

<sup>8</sup> HumVenezuela. *Educación truncada, un sistema educativo desarticulado*, 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3vs0moy> [Consultado el 10 de julio de 2022].



## I. Consideraciones generales en torno al sistema político y constitucional de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV)

La República Bolivariana de Venezuela se constituye a sí misma como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, el cual persigue como fines esenciales el respeto a la dignidad humana y el desarrollo progresivo de cada proyecto de vida, desde lo individual y lo colectivo, tal como está establecido en los artículos 2o.<sup>9</sup> y 3o.<sup>10</sup> de la Constitución.<sup>11</sup>

En cuanto al sistema de gobierno venezolano, éste es marcadamente presidencialista, y tiene como rasgo definitorio el hecho de que la autoridad y funciones<sup>12</sup> de la jefatura de Estado y de la jefatura de Gobierno recaen en una misma persona. En este orden de ideas, el presidente de la República es elegido a través de sufragio universal, directo y secreto en una sola vuelta.

Por otro lado, el artículo 4o.<sup>13</sup> de la C RBV afirma la condición de Venezuela como Estado Federal descentralizado, advirtiendo que dicha consagración ha de entenderse en los términos establecidos en la propia Constitución, lo cual puede resultar contradictorio<sup>14</sup> tanto en el desarrollo normativo, como en la práctica constitucional venezolana. Al respecto,

---

<sup>9</sup> Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

<sup>10</sup> Artículo 3. El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución. La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.

<sup>11</sup> Gaceta Oficial No. 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999.

<sup>12</sup> Artículo 226. El Presidente de la República es el Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno.

<sup>13</sup> Artículo 4. La República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.

<sup>14</sup> Brewer-Carías, Allan, *Constitución, democracia y control del poder*, Mérida, Universidad de Los Andes, 2004, pp. 145-156.

se observa una tendencia clara a la centralización política y administrativa, lo cual tiene importantes implicaciones en la atención de los derechos relacionados con los NNA.<sup>15</sup>

## II. Aproximación al sistema de justicia venezolano

El artículo 253 de la CRBV establece la conformación de un Sistema de Justicia del que forman parte el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ); los demás tribunales del país; el Ministerio Público; la Defensoría Pública; los órganos de investigación penal; los auxiliares y funcionarios de justicia; el sistema penitenciario; los medios alternativos de justicia y, en general, todos los ciudadanos que participan en la administración de justicia.

Ahora bien, en la cúspide del Poder Judicial se encuentra el TSJ, al cual, por mandato expreso del artículo 267<sup>16</sup> de la CRBV, se le atribuye el gobierno de los jueces. Al respecto, resulta pertinente señalar que el TSJ se encuentra conformado actualmente<sup>17</sup> por 20 magistrados principales<sup>18</sup> y sus respectivos suplentes.

---

<sup>15</sup> La primera reforma hecha a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente - LOPNA (1998) se publicó en la Gaceta Oficial 5859 del 10 de diciembre de 2007 y trascendió por su impacto en aspectos procesales y administrativos. La reforma procesal buscaba propiciar el fortalecimiento de la oralidad; el proceso por audiencias; la uniformidad de los procedimientos; el fortalecimiento de los medios alternativos de solución de conflictos; la redefinición de funciones judiciales y la modernización de la organización de los tribunales. La ideología detrás de la reforma administrativa se caracterizó por el estatismo y la concentración del poder; así como, por detener el proceso de descentralización y participación social controladora de la gestión pública que se había gestado y empezado a fortalecer con la LOPNA. Su propósito fue dismantelar un Sistema de Protección concebido como participativo, descentralizado, autónomo e interinstitucional. Para profundizar en este punto se sugiere el libro: Morais, M. (coord.), *IX Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: La reforma*, 2008, pp. 5-6. Disponible en: <https://bit.ly/3OM-FL5j> [Consultado el 24 de julio de 2022].

<sup>16</sup> Artículo 267. Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial (...)

<sup>17</sup> Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia publicada en Gaceta Oficial No. 6.684 Extraordinario del 19/01/2022.

<sup>18</sup> Sala Plena (todos los magistrados); Sala Constitucional (cinco magistrados principales); Salas Político Administrativa; de Casación Civil; de Casación Penal; de Casación Social y Electoral (tres magistrados principales cada una).

En cuanto a la incidencia que tiene cada una de estas salas en materia de protección de los derechos NNA, vale la pena destacar principalmente las funciones que desempeñan la Sala de Casación Social y, muy especialmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SC). La razón de ello, se observa al interpretar conjuntamente lo dispuesto en los artículos 7,<sup>19</sup> 334,<sup>20</sup> 335,<sup>21</sup> y 336<sup>22</sup> que dibujan un sistema de justicia constitucional complejo, en el cual interactúan dentro del propio Poder Judicial órganos especializados en materia de justicia constitucional, como lo es la SC del TSJ, junto con los demás tribunales del país que están en el deber de hacer valer las normas y principios constitucionales en todas sus decisiones.

## **B. Incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DDHH) en el derecho interno**

Partiendo del reconocimiento constitucional del respeto a la dignidad humana y la preeminencia<sup>23</sup> de los derechos humanos (DDHH) como fundamento último de la autoridad del Estado, cobra especial relevancia el desarrollo que hace la CRBV de un catálogo amplio y abierto<sup>24</sup> de los DDHH.

<sup>19</sup> Artículo 7. La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.

<sup>20</sup> Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente. Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.

<sup>21</sup> Artículo 335. El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

<sup>22</sup> Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colinda con esta Constitución. (...)

<sup>23</sup> Título III: De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes.

<sup>24</sup> Casal, Jesús María, *Constitución y Justicia Constitucional*, Caracas, UCAB, 2004.

En este sentido, resulta especialmente significativo lo establecido en el artículo 19 de la CRBV, el cual establece la obligación general del Estado de respeto y garantía en relación con los DDHH. Esta norma, a su vez, debe ser interpretada en conjunto con lo dispuesto en el artículo 22, el cual consagra el carácter enunciativo del catálogo de DDHH, al mismo tiempo que establece su aplicación inmediata y preferente, sin necesidad de que medie una ley que los desarrolle.

Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

En tal sentido, resulta importante señalar lo dispuesto en el artículo 23 de la CRBV, ya que, a partir de dicha norma, es posible concluir la prevalencia en el orden interno de una parte importante de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Por su parte, a modo de garantía jurídica de la supremacía de las normas de protección de los DDHH, el artículo 31 de la CRBV consagró el derecho de acceso a los mecanismos de peticiones individuales previstos en los diferentes tratados ratificados por Venezuela.

Artículo 31. Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas

ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.

En este orden de ideas, más allá de la discusión<sup>25</sup> acerca de la denuncia de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el criterio sostenido por la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional del TSJ<sup>26</sup> ha sido el de someter a un examen de "constitucionalidad" a las decisiones emanadas de órganos internacionales tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Al respecto, la aplicación de este examen de constitucionalidad han traído como consecuencia la "inejecutabilidad" de diferentes decisiones vinculantes de la Corte IDH, derivando en su desconocimiento en la práctica.

Respecto a los principales instrumentos internacionales en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, vigentes en Venezuela, se destacan: La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) del 20 de noviembre de 1989, ratificada el 29 de agosto de 1990, mediante Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, publicada en

---

<sup>25</sup> Ayala, Carlos "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 4379.

<sup>26</sup> La Sala Constitucional declara «inejecutable» la Sentencia de la Corte IDH en el Caso Marcel Granier y otros c. Venezuela. Extracto de la parte dispositiva de la sentencia de la Sala Constitucional N° 1175 de fecha 10 de septiembre de 2015: "la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS dictó la decisión de fecha 22 de junio de 2015, sometida al presente control de constitucionalidad, en franca violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a otros instrumentos internacionales sobre la materia y en total desconocimiento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; por tanto, es INEJECUTABLE el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 22 de junio de 2015, en el caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, por constituir una grave afrenta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al propio sistema de protección internacional de los derechos humanos". Disponible en: <https://www.examenonvenezuela.com/derechos-civiles-y-politicos/derecho-a-la-libertad-de-expresion-conciencia-y-religion/sala-constitucional-declara-inejecutable-la-sentencia-de-la-corte-idh-en-el-caso-marcel-granier-y-otros-c-venezuela>

la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 34.541 de fecha 29 de agosto de 1990, en adelante "la Convención"; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía del 25 de mayo de 2000, suscrito el 7 de septiembre de 2000 y se depositó el instrumento de ratificación el 08 de mayo de 2002; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados ratificado en 2002 del 25 de mayo de 2000, suscrito el 07 de septiembre de 2000 y se depositó el instrumento de ratificación el 23 de septiembre de 2003. Lamentablemente, a la fecha de la elaboración de este capítulo, Venezuela no ha ratificado el tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a un procedimiento de comunicaciones del 2011, el cual permite que los propios NNA hagan reclamaciones directas al Comité de los Derechos del Niño.

Como complemento se señala que se han ratificado, entre otros instrumentos: la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores en 1994; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belém Do Para" en 1995; la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores en 1996; el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños en 2002; el Convenio 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación en 2004; la Convención Internacional sobre la protección de derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares en 2016.

### **C. Reconocimiento constitucional de los derechos NNA**

La deuda de la adecuación de la legislación interna a la Convención, la cual había sido ratificada por Venezuela desde 1990, se saldó con la promulgación

de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente-LOPNA (1998)<sup>27</sup> como resultado de un gran acuerdo de muy diversos sectores sociales y políticos del país.<sup>28</sup>

En este sentido, aunque la LOPNA (1998) es anterior a la CRBV (1999) son perfectamente congruentes y compatibles, ya que se fundamentan en los mismos valores, la misma visión de la democracia participativa y en los instrumentos jurídicos internacionales sobre DDHH. Por ello, destaca como rasgo significativo del caso venezolano, el hecho de que la LOPNA desarrolló anticipadamente las futuras disposiciones constitucionales referidas a los derechos de NNA<sup>29</sup>.

La CRBV desarrolla los derechos de los NNA principalmente en los artículos 75, 76 y 78. De manera que, acoge expresamente los principios y el contenido esencial de la Convención, a saber: 1) Los NNA como sujetos plenos de derechos y como ciudadanos; 2) el papel fundamental y prioritario de las familias en la vida de los NNA; 3) la corresponsabilidad del Estado, las familias y la sociedad en la protección integral de la infancia y la adolescencia; 4) los principios del Interés Superior del Niño y de la Prioridad Absoluta y 5) la creación de un sistema de protección integral de carácter descentralizado y participativo.<sup>30</sup>

Al respecto, el régimen de ejercicio de la ciudadanía previsto en la CRBV quedó establecido en los siguientes términos: una regla general, en el artículo 39;<sup>31</sup> el cual reconoce categóricamente la condición de ciudadanía

<sup>27</sup> Serrano, Carla. *Sistematización del proceso legislativo (adecuación de la legislación venezolana a la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño)*, noviembre 1989-julio 1997. Informe final de investigación, Caracas: Centro de Investigaciones Jurídicas UCAB, 1997.

<sup>28</sup> Perdomo, G. y Serrano, C. "La LOPN(N)A en tiempos de socialismo del siglo XXI en Venezuela", en Hernández, M. *20 años del Socialismo del siglo XXI*, 2021, Publicaciones UCAB, pp. 389-411

<sup>29</sup> Cornieles, Cristóbal, "Los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: una aproximación general", en Cornieles, Cristóbal (coordinador), *Primer año de vigencia de la LOPNNA. Segundas jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Caracas, Publicaciones UCAB, 2002, p 52.

<sup>30</sup> Cornieles, *Ibidem*, pp. 37-39.

<sup>31</sup> Artículo 39. Los venezolanos y venezolanas que no estén sujetos o sujetas a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en esta Constitución, ejercen la ciudadanía y, en consecuencia, son titulares de derechos y deberes políticos de acuerdo con esta Constitución.

de todos los venezolanos; y una norma específica en materia de capacidad jurídica de los NNA, establecida en el artículo 78 que dispone que el Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

Artículo 78. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

En relación con lo anterior, se observa como un gran avance de la CRBV, el reconocimiento de las familias como asociaciones naturales de la sociedad para el desarrollo integral de las personas, por lo que se han establecido una serie de previsiones, derechos y garantías dirigidos a fortalecer a las familias para que puedan ofrecer un espacio para el desarrollo armónico de los NNA.<sup>32</sup>

Artículo 75. El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 44-45.



familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

A los fines de proteger a los NNA dentro de sus familias, la Constitución establece sin ambigüedades las obligaciones que tienen sus progenitores con respecto a ellos. El artículo 76 incorpora tres regulaciones novedosas en la historia constitucional venezolana: el enfoque de la equidad de género en las obligaciones de padres y madres para con sus hijos e hijas; el carácter irrenunciable, intransferible e indelegable de estas obligaciones y la mención expresa a la obligación alimentaria, como garantía fundamental de los DDHH de los NNA.<sup>33</sup>

Artículo 76. La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos. El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistirlos cuando aquel o aquella no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.

Ahora bien, en cuanto a la corresponsabilidad Estado, familias y sociedad en la protección integral de NNA, definida como principio de la Convención, ésta vino a superar la ineficaz centralización de la atención en tiempos de vigencia de las leyes de menores,<sup>34</sup> donde el perfil de la sociedad

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>34</sup> Código de Menores (1939), Estatuto de Menores (1949) y Ley Tutelar de Menores (1980).

y las familias era muy limitado. En este sentido, el artículo 78 de la CRBV alude a este principio rector para la legislación en la materia y, especialmente, en la organización y el funcionamiento del sistema de protección integral de los NNA.

Al respecto, el artículo 78 de la CRBV acoge expresamente los principios de la Prioridad Absoluta y el Interés Superior del Niño (ISN) a propósito de lograr la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías de NNA y para alcanzarlo considera necesario que estos principios se conviertan en el centro de la vida de las familias, la sociedad y el Estado.

#### **D. Jurisprudencia destacada en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes**

Resulta pertinente explicar —a efectos de la presente selección de criterios jurisprudenciales— el hecho de que, a pesar de que la Sala de Casación Social tiene atribuida constitucionalmente<sup>35</sup> la competencia de "menores", el principal desarrollo sustantivo en materia de los derechos NNA ha tenido lugar dentro de la Sala Constitucional, cuya jurisprudencia en materia de interpretación de principios y normas constitucionales tiene carácter vinculante<sup>36</sup> para las otras Salas del TSJ y demás tribunales de la República.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> El artículo 262 CRBV. (...) La Sala Social comprenderá lo referente a la casación agraria, laboral y de menores.

<sup>36</sup> El artículo 335 CRBV establece que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República. Si bien desde el punto de vista orgánico, las diferentes salas del Tribunal Supremo gozan de la misma jerarquía, la práctica observada ha sido la constante reafirmación de Sala Constitucional como máximo y último intérprete de la Constitución, por lo cual, puede revisarse de forma extraordinaria las decisiones firmes dictadas por las otras salas del Tribunal Supremo.

<sup>37</sup> En este sentido, se decidió llevar adelante el presente análisis, con base en una selección propia y actualizada dentro del catálogo de jurisprudencia calificada como relevante por el propio TSJ, en tres ediciones pertenecientes a la colección Doctrina Judicial, coeditados con UNICEF y dedicados exclusivamente al tema de los derechos NNA, los cuales abarcan el periodo 2000-2016. Para el periodo 2017-2018, se añadieron casos relevantes que supusieron una actualización del criterio asumido por la propia SC.

## I. Interés superior

Tal como se señaló en los apartados precedentes, el desarrollo de la jurisprudencia venezolana en materia de derechos de NNA está íntimamente relacionado con la promulgación de la LOPNA, por un lado, y la CRBV por el otro, las cuales entraron en vigencia en el mismo momento histórico, lo que trajo como consecuencia que las recién estrenadas instituciones se vieran en la tarea de interpretar y aplicar las nuevas normas sin mayores precedentes.

En tal sentido, el principio del ISN consagrado en el artículo 3 de la Convención y recogido tanto por la LOPNNA<sup>38</sup> como por la CRBV<sup>39</sup> plantea el desafío de redefinir la lógica de la toma de decisiones y valoraciones que históricamente han caracterizado al mundo adulto-céntrico, donde consideraban a los NNA como incapaces y meros objetos de protección.

Es por ello que, en el contexto de profundos cambios sociales e institucionales, uno de los puntos focales de atención de la jurisprudencia especializada en materia de derechos de los NNA tiene que ver con la delimitación y alcance del principio del ISN, que impacta no solo la esfera individual del sujeto, sino que tiene importantes implicaciones jurídicas frente a la sociedad, en sentencia No. 579 del 20 de junio de 2000 se reconoce que

El interés superior del menor no sólo se entiende desde la posición del interesado que exige una determinada conducta de un sujeto obligado, es menester en estos casos prestar atención al interés general de la sociedad en hacer respetar los instrumentos normativos de protección, no sólo para asegurar su eficacia, sino también para prevenir con una ejemplar aplicación la actuación de potenciales agresores.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Artículo 8 de la LOPNNA.

<sup>39</sup> Artículo 78 de la CRBV.

<sup>40</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 579 de fecha 20 de junio de 2000. "De la procedencia" párrafo 11. Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/579-200600-00-0325.HTM>»

De igual forma, resulta pertinente señalar la caracterización efectuada por la SC del principio del ISN como concepto jurídico indeterminado, al cual está llamada la jurisprudencia a dotar de contenido práctico, al momento de resolver casos concretos, con base en la correcta interpretación y aplicación de las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, la sentencia No. 1.687 del 6 de noviembre del 2008 fija lo siguiente

El interés superior del niño un concepto jurídico indeterminado, el margen de discrecionalidad razonable que tiene el Juez o la Jueza que lo aplica a un caso concreto es muy amplio; y ello es así, por cuanto la libertad del Juez o Jueza para apreciar qué es lo más beneficioso o conveniente para el niño, niña o adolescente permite que dicho concepto sea operativo y justo, sin que ello implique arbitrariedad ni irracionalidad.<sup>41</sup>

A fin de ahondar en esta labor de dotar de contenido práctico al principio del ISN, sobre todo en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, vale la pena resaltar el desarrollo contenido en la sentencia No. 879, del 29 de mayo de 2001, la cual reconoce expresamente que "Dicha labor se ve materializada a través de los distintos órganos creados a tal fin, bien sean administrativos o judiciales, los cuales actúan en procura de su mejor bienestar y desarrollo".<sup>42</sup>

En ese marco la sentencia N° 3.034 del 02 de diciembre de 2002, reconoce que los Derechos de los Niños y Adolescentes, y el ejercicio de los mismos por imperativo legal, son materia de orden público, intransigibles e irrenunciables. Así, el TSJ ha señalado: "[...] los derechos de los

---

<sup>41</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 1.687 de fecha 06 de noviembre de 2008. "*Motivación para decidir*" párrafo 32 Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1687-061108-08-0247.HTM>»

<sup>42</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 879 de fecha 29 de mayo de 2001. "*Motivación para decidir*" párrafo 11. Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/879-290501-01-0629%20.HTM>»

niños y adolescentes y el ejercicio de los mismos, por imperativo legal, son materia de orden público, intransigibles e irrenunciables.<sup>43</sup>

Esta caracterización propia de la teoría general de los DDHH recoge el espíritu de la Convención y de la propia CRBV al reconocer que ciertos atributos de la condición humana durante la niñez y la adolescencia merecen una protección especial y preferente por parte del Estado, por ende, implica tanto las labores de promoción como de prevención, investigación, sanción y eventual reparación de tales derechos.

## II. Derecho a la vida

En relación con el derecho a la vida de los NNA, las familias y el Estado tienen obligaciones concurrentes a fin de garantizar su protección. En este contexto, una de las decisiones más emblemáticas de la SC ha sido la sentencia No. 1.431 del 14 de agosto de 2008, la cual reconoce como ajustada a derecho la decisión del médico tratante de transfundir hemoderivados en contra de la voluntad de la niña paciente, siempre y cuando dicho procedimiento médico sea la única opción científicamente comprobada y tecnológicamente asequible en el país para resguardarle la vida al paciente-objeto. El TSJ determinó:

De ese modo el derecho a la vida, aunque intrínsecamente subjetivo, desde que el Constituyente erigió la vida como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico venezolano (artículo 2) le atribuyó al derecho que lo engloba una dimensión objetiva que no es posible obviar; más aún cuando, ontológicamente, es presupuesto necesario para el ejercicio de los restantes derechos. Es por ello, que el derecho a la vida, además de contar con un régimen de protección negativo, esto es de abstención (ninguna ley puede establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna

<sup>43</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia No. 3.034 de fecha 02 de diciembre de 2002. "Motivación para la Decisión" párrafo 04. Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3034-021202-02-1288.HTM>»

aplicarla), a la vez cuenta con un régimen de protección positivo que impide considerar dicho derecho como un derecho de libertad, capaz de permitirle al titular disponer del derecho a la vida con la aquiescencia del Estado (causar su muerte bajo autorización pública); o legitimarlo para exigirle al Estado, so pretexto de ejercer otro derecho de igual rango, indiferencia ante la certeza del resultado mortal de una acción u omisión, esto es, que anule por completo dicho derecho.

Por tanto, aunque el derecho del paciente a determinar el curso de su tratamiento médico es primordial, si se encuentra en riesgo la vida del objetor el conflicto alcanza una trascendencia social donde procede bajo un test de proporcionalidad ponderar los derechos fundamentales en aparente colisión. De ese modo, no es válido que sin existir tratamiento alternativo el paciente renuncie a la atención médica prescrita, pues dicha renuncia atentaría contra el derecho fundamental a la vida, estipulado además como un valor superior del Estado.<sup>44</sup>

En este caso, el respeto al derecho a la libertad religiosa y de conciencia se presentaba como uno de los principales desafíos de interpretación constitucional al tener que valorar la objeción formulada por la familia y respaldada por la propia paciente menor de edad. En este sentido, la SC enfatiza que el respeto a la voluntad del paciente debe ser observado e interpretado en conjunto al derecho a la vida del mismo paciente cuya voluntad se pretende proteger:

Ciertamente, no desconoce la Sala (...) [El] deber del médico de respetar la voluntad del paciente (vid. artículo 25, ordinal 2º de la Ley del Ejercicio de la Medicina, o el artículo 72.8 del Código de Deontología Médica), pero el conflicto no es una antinomia normativa sino que amerita una ponderación de valores constitucionales que ha sido resuelta por la Sala a favor del derecho a

<sup>44</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 1.431 de fecha 14 de agosto de 2008. "*Consideraciones para decidir*". párrafos 41 y 42 Disponible: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1431-140808-07-1121.HTM>»

la vida, tomando en cuenta los valores y los patrones culturales de nuestra sociedad consagrados en nuestro ordenamiento constitucional.<sup>45</sup>

A fin de resolver dicho conflicto, la SC aplicó la técnica de la ponderación estableciendo el peso específico de cada uno de los derechos involucrados para el caso concreto, armonizando su existencia en simultáneo dentro del sistema de derechos protegidos por la Constitución. La SC dispuso que:

[...] aunque en abstracto ambos derechos gozan de la misma jerarquía constitucional, es en el ámbito fáctico donde procede hacer la ponderación para armonizar la vigencia simultánea de ambos derechos. En ese sentido, aunque la libertad religiosa posee un peso específico en la estructura constitucional, nuestro patrón cultural identifica como capital el respeto y el fomento del derecho a la vida. Sólo eso explica que en el artículo 2 de la Constitución se estatuya a la vida como un valor superior del ordenamiento jurídico; y que en el artículo 46.3 se excepcione la prohibición de experimentar científicamente sin el consentimiento de la persona si está en peligro la vida.

Lo anterior no significa bajo el caso de autos que no se respete la libertad religiosa de los Testigos de Jehová, antes más, la acción que procura la Sala es ponderar ambos derechos, producto de lo cual se exige que sólo ante una situación de extrema gravedad para el paciente se preserve el derecho a la vida, lo que pudiera suceder con menos frecuencia de lo esperado.<sup>46</sup>

Otro debate fundamental que ha tratado de resolver la jurisprudencia nacional ha sido el relativo al contenido del derecho a un nivel de vida

<sup>45</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 1.431 de fecha 14 de agosto de 2008. "Consideraciones para decidir". párrafo 46 Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1431-140808-07-1121.HTM>»

<sup>46</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia No. 1.431 de fecha 14 de agosto de 2008. "Consideraciones para decidir". párrafos 48 y 49 Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1431-140808-07-1121.HTM>»

adecuado, el cual debe ser concebido con una perspectiva integral, pues cuando se consagra a nivel constitucional tiene implícita la aspiración de una sociedad de alcanzar el pleno desarrollo de los NNA, lo que implica asegurar calidad de vida para la protección del desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

En razón de lo anterior, son varios los responsables y obligados en asegurar su cumplimiento, quienes deben llevar adelante las acciones requeridas para su efectiva realización en cuanto alimentación, vestido, vivienda. En primer lugar, se señala el papel principal de los padres como proveedores en la manutención de sus hijos, pero sin lugar a dudas se destaca que el Estado debe disponer de políticas públicas para brindar servicios sociales a padres, madres y familiares cuando éstos evidencien dificultades económicas para cubrir los requerimientos necesarios al desarrollo de los NNA.

En tal sentido, la sentencia No. 2.371 del 9 de octubre de 2002 reconoce el derecho de los NNA a un nivel de vida adecuado, que asegure su desarrollo integral, analizando para ello el contenido esencial de este derecho y la responsabilidad de los padres y del Estado en la garantía del mismo. El TSJ ha indicado que:

[...] disfrutar de una vivienda digna, segura, higiénica y salubre, conjuntamente con otros factores, como son la alimentación nutritiva y adecuada, vestido apropiado al clima, con acceso a los servicios públicos esenciales constituyen atributos del derecho de los niños y adolescentes a un nivel de vida adecuado que asegure su desarrollo integral, de acuerdo a la norma contenida en el artículo 30 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente; cuyo disfrute pleno y efectivo debe ser garantizado por los padres, representantes o responsables, dentro de sus posibilidades y medios económicos, así como su satisfacción debe ser asegurada por el Estado.[...]<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 2.371 de fecha 09 de octubre de 2002. "*Consideraciones para decidir*". párrafo 6 Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/2371-091002-01-1005.HTM>»



Con base en la caracterización de este derecho a un nivel de vida adecuado, se desprenden importantes obligaciones tanto a nivel de los progenitores, en relación con la pensión de alimentos, así como del propio Estado en su carácter de garante de los derechos de los NNA. En tal sentido se pronuncia el TSJ al indicar que:

Estando el disfrute de una vivienda digna comprendido, entonces, en la prestación alimentaria; los padres se encuentran obligados a proveer de la misma, tal como fue señalado por la decisión consultada, en cuyo contenido estableció que "*...la obligación alimentaria comprende varios rubros, entre ellos la vivienda; por lo tanto es procedente desde el enfoque constitucional, el embargo del ingreso por obligación alimentaria; en consecuencia no ha sido vulnerado el artículo 91 invocado*"; de allí que, si el padre se había comprometido a tal obligación, debe entenderse a la misma como una obligación específica y detallada que había asumido para cumplir con aquel deber y, por tanto, el régimen jurídico aplicable es el que corresponde a la obligación de alimento y, por ende, también las reglas relativas a los privilegios para su ejecución.<sup>48</sup>

### **III. Derecho de los NNA a ser oídos y tomados en cuenta**

Que los NNA opinen, sean escuchados, participen, incidan en la toma de decisiones de asuntos que les conciernen y se ejerciten progresivamente como ciudadanos, puede considerarse como el núcleo de la transformación estructural que supuso la constitucionalización de los derechos NNA en Venezuela, con base en la concepción de los NNA como sujetos de derechos pretendida por la Convención. En tal sentido, en sentencia No. 580 del 20 de junio de 2000 se reconoce:

La necesidad de apreciar la opinión de niños, niñas y adolescentes con el fin de determinar su interés superior en todos los procesos

<sup>48</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 2.371 de fecha 09 de octubre de 2002. "*Consideraciones para decidir*". párrafo 7 Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/2371-091002-01-1005.HTM>»

judiciales que les conciernen; cuando el juez o jueza considere inconveniente o impertinente oír tal opinión, tienen la obligación de motivar razonadamente su negativa.

No otro, en atención del interés superior del niño, es el sentido de las disposiciones consagradas en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada íntegramente por Venezuela mediante ley especial en razón del marco de principios en que se sustenta, a los cuales recoge y provee en marco genuino el artículo 78 de la Constitución vigente. Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de ésta, dicha Convención tiene su misma jerarquía y preeminencia en el contexto del ordenamiento jurídico, en tanto en cuanto establezca pautas para el goce y ejercicio de los derechos humanos que constituyen su objeto, no contempladas o más favorables que las establecidas en el Texto Fundamental o en las leyes de la República Bolivariana de Venezuela.<sup>49</sup>

En este sentido, otra de las sentencias más relevantes en lo que respecta al reconocimiento del derecho de los NNA a ser escuchados y tomados en cuenta ha sido la sentencia No. 900 del 30 de mayo de 2008, la cual reconoció como un error grotesco de interpretación constitucional, el desconocimiento de este postulado consagrado a nivel constitucional y de la Convención. El TSJ sostuvo que:

[L]a única limitación establecida para el ejercicio de este derecho es la edad y el desarrollo intelectual del niño, niña o adolescente, y ni la Convención ni la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes ni algún otro texto normativo limita su ejercicio a determinados tipos de procedimientos, por tanto, donde la Ley no distingue no le está permitido al intérprete hacerlo (...)

Tal omisión del juzgador constituye no sólo una violación al derecho de los niños, niñas y adolescentes de opinar en los asuntos

---

<sup>49</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 580 de fecha 20 de junio de 2000. "Consideraciones para decidir". párrafos 1, 2, 3 y 4 Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/580-200600-00-0370.HTM>»

que les interesan, sino que además, constituye una violación a la tutela judicial efectiva y al derecho a la defensa, por cuanto, si el juez consideraba que su opinión no era precisa para resolver el caso, pudo haberlo manifestado de forma expresa, de tal manera que el solicitante tuviera conocimiento de los motivos que tenía para prescindir de una actuación que de suyo es primordial.

En tal virtud, esta Sala declara la nulidad de la sentencia definitivamente firme (...), la cual vulneró el orden público constitucional y principios jurídicos fundamentales, incurriendo además en un error grotesco en cuanto a la interpretación de normas de carácter constitucional, como la contenida en la Convención de los Derechos del Niño.<sup>50</sup>

#### **IV. Derecho a la vida familiar**

Desde el enfoque de la doctrina de la protección integral, se tiene claro que los NNA solo podrán ser separados de su familia de origen, cuando ello resulte imperiosamente necesario al ISN y, en ese sentido, se descartan las soluciones que impliquen la institucionalización infantil y se privilegian las modalidades de acogimiento familiar alternativo más favorables al caso concreto.

En tal sentido, vale la pena destacar el criterio establecido en la sentencia No. 99 del 20 de febrero del año 2015, la cual asume como un "*desiderátum*" del Estado venezolano el que las relaciones entre los padres y los NNA se cultiven en forma armoniosa respetando la Convención y la LOPNNA, lo que implica el deber de los jueces y demás funcionarios actuantes a mantener y proteger el normal desenvolvimiento de dichas relaciones paterno filiales, salvo en el caso concreto de que se justifiquen razonadamente su suspensión. Al respecto, el TSJ determinó que:

---

<sup>50</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 900 de fecha 30 de mayo de 2008. *Consideraciones para decidir*. Párrafos 29, 31 y 38 Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/900-300508-08-0256.HTM>»

[...] las responsabilidades y obligaciones de los padres con los hijos están en un plano de igualdad, sin predominio de uno sobre otro. Pero cuando los padres se separan, y cesa la vida en común, la legislación crea medidas, siempre teniendo en cuenta el aludido interés superior, las cuales se hallan fundadas en razones biológicas, sociológicas, culturales, afectivas, etcétera, que marcan el paso en la distribución de los derechos y deberes de los padres, ya que, conforme al artículo 75 constitucional, las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y, por sobre todo, el respeto recíproco entre sus integrantes [...]

De allí que, las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes, siendo que el padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas.<sup>51</sup>

En este orden de ideas, destaca con especial interés el criterio establecido en la sentencia No. 1.187 de 2016 en donde, con base en la interpretación del artículo 75 de la Constitución y la interpretación dinámica del derecho a la maternidad, se concluye el deber del Estado de brindar protección a las familias homoparentales de la siguiente forma:

[...]el objetivo principal de esta Sala Constitucional es materializar la protección de forma integral del niño involucrado en la presente controversia, lo cual conlleva a hacer ciertas distinciones sobre la protección del Estado a la maternidad consagrada en nuestra carta magna.

En tal sentido, se observa que tal definición de maternidad se ha mantenido, de acuerdo al momento histórico, a lo largo de los últimos treinta (30) años en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo

---

<sup>51</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 99 de fecha 20 de febrero de 2015. "Consideraciones para decidir" párrafos 27 y 29. Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/174493-99-20215-2015-14-0906.HTML>»

por norte una interpretación dinámica del Derecho, dentro del contexto social y del carácter normativo de la cláusula que establece el Estado Social de Derecho, asumiendo como uno de los fines esenciales de tal Estado el reconocimiento de la persona humana y su dignidad, en el cual no se concibe a las personas como individuos abstractos y separados de la realidad social del mundo y de nuestro país.<sup>52</sup>

Al respecto, dado que la CRBV no establece distinción alguna en la forma de conformación de la familia, la SC concluye que los NNA nacidos dentro de familias homoparentales gozan de los mismos derechos y garantías consagradas en el ordenamiento jurídico, al igual que ocurriría con cualquier otro niño que haya nacido dentro de una familia tradicional. EL TSJ indica:

Como se desprende del texto de la disposición constitucional transcrita, el Constituyente previó la obligación del Estado a garantizar la protección integral a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia, como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas [...]

Del reconocimiento de tal filiación biológica que hace esta Sala Constitucional y la legal conforme al hecho natural, que se verifica entre ambas madres y su hijo, así como el vínculo jurídico que hoy se declara por esta Sala Constitucional, es ineludible, asimismo, plantear que en esta nueva situación que merece especial atención jurídicamente, ambas ciudadanas manifestaron ampliamente su voluntad procreacional, siendo éste uno de los elementos a considerar para la concepción y la determinación del futuro del nuevo sujeto de derechos, (...) siendo que surgen serias consecuencias

---

<sup>52</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 1.187 de fecha 15 de diciembre de 2016. "*Consideraciones para decidir, punto 4. Análisis concreto de la situación planteada en la acción de amparo bajo estudio*" párrafos 8 y 9. Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/194078-1187-151216-2016-16-0357.HTML>»

jurídicas, que como fueron señaladas por la parte accionante no se circunscriben sólo al derecho a la identidad del niño, sino que se equipara la esfera jurídica de éste a la de cualquier niño nacido sólo con la herencia biológica de una madre.<sup>53</sup>

En este contexto, resulta especialmente significativo la valoración que realiza la Sala Constitucional del TSJ en relación al carácter interdependiente de los derechos a la maternidad, identidad y ciudadanía frente al derecho a la vida familiar, por lo que la protección brindada en este caso, incide directamente en la esfera de derechos del hijo menor de edad. La Sala indica que:

En virtud, de que como ya se ha explanado anteriormente, resultan involucrados tanto los derechos de las progenitoras y el derecho que tiene el niño, de conocer su origen, la identidad de los mismos y en este sentido llevar sus apellidos tal como lo consagra el artículo 56 constitucional; así como el ostentar la nacionalidad que corresponde según el ordenamiento jurídico venezolano (...) así como ser cuidado por tales progenitoras (Vid. artículo 25 de la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes); pues resulta lógico pensar que únicamente si se conoce a los progenitores, se puede ejercer de manera plena y efectiva el derecho a ser cuidado por ellos, que además está indefectiblemente relacionado con el derecho a ser criado en una familia, según el cual "*todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen*"[...]<sup>54</sup>

Finalmente, vale la pena destacar el criterio asumido por la SC del TSJ en esta sentencia sobre el ejercicio de la jefatura de las familias homoparentales,

<sup>53</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 1.187 de fecha 15 de diciembre de 2016. "*Consideraciones para decidir, punto 4. Análisis concreto de la situación planteada en la acción de amparo bajo estudio*" párrafos 31 y 33. Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/194078-1187-151216-2016-16-0357.HTML>»

<sup>54</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 1.187 de fecha 15 de diciembre de 2016. "*Consideraciones para decidir, punto 4. Análisis concreto de la situación planteada en la acción de amparo bajo estudio*" párrafo 34 Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/194078-1187-151216-2016-16-0357.HTML>»

equiparando su condición a la denominada como familia tradicional. El TSJ dispuso que:

[...]es preciso establecer que bajo la interpretación que se hace sobre el ejercicio de la jefatura de las familias, en aquellas de las conocidas como homoparentales, sus miembros tendrán los mismos deberes, responsabilidades y derechos compartidos, iguales e irrenunciables de criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas, dentro del marco de protección garantizada por el Estado.

En atención, al Principio de Corresponsabilidad, tanto el Estado, la familia como la sociedad asegurarán con prioridad absoluta la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, manteniendo la prevalencia de sus derechos e intereses legítimos conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.<sup>55</sup>

## V. Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas originarios

La Convención, a tono con el sistema internacional de protección de los DDHH, contempla la protección de los derechos de los NNA pertenecientes a minorías o pueblos indígenas, en el sentido de mantener sus valores, forma de vida, propio idioma, así como, garantizarles sus derechos a la supervivencia, desarrollo y participación.

En este apartado vale la pena señalar el desarrollo indirecto que ha tenido el reconocimiento y protección de los derechos de los NNA pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas en las decisiones de la SC. Al respecto, en sentencia No. 02 del 03 de febrero de 2012 se reconoce

---

<sup>55</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 1.187 de fecha 15 de diciembre de 2016. "Consideraciones para decidir; punto 4. Análisis concreto de la situación planteada en la acción de amparo bajo estudio" párrafos 44 y 45 Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/194078-1187-151216-2016-16-0357.HTML>»

la vigencia de los tribunales indígenas<sup>56</sup> legítimamente constituidos conforme a las costumbres ancestrales estableciendo con carácter vinculante que el derecho originario o consuetudinario de los pueblos y comunidades indígenas se encuentra integrado al ordenamiento constitucional vigente y por ende, no puede ser contrario, a las normas, reglas y principios establecidos en la CRBV. El TSJ señaló que:

[...]el Estado venezolano reconoce expresamente la existencia del derecho ancestral de las etnias o pueblos indígenas ubicados en el territorio nacional, al aceptar, como característica de su política social, el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe, tal como se prevé en el contenido del artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de la siguiente manera:

*El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida.*<sup>57</sup>

Resulta especialmente significativo que este reconocimiento implique a criterio de la Sala una limitación en el ámbito material de acción de la jurisdicción especial indígena; la cual, en materia de protección de los derechos NNA, queda sujeta a los mismos estándares constitucionales que la jurisdicción ordinaria, lo cual en el caso en cuestión, se tradujo en la anulación de una sentencia que impuso una pena de prisión desproporcionada y ajena al ISN a un adolescente de la etnia Warao. En este sentido reconoce la Sala:

De allí entonces que el principio de coexistencia y cohabitación de ambos regímenes jurídicos tiene los alcances previstos en el artículo 260 constitucional [...]

<sup>56</sup> En este caso se trataba del juzgamiento de un adolescente de 12 años de edad, de la etnia Warao.

<sup>57</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 02 de fecha 03 de febrero de 2012. "Motivación para Decidir" párrafo 18. Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/02-3212-2012-09-1440.HTML>»



Es decir, la propia Constitución hace énfasis en las reglas que se han de seguir para la armonización de los dos sistemas jurídicos: 1) el derecho originario indígena se aplica: a) dentro del hábitat, b) con base en sus tradiciones ancestrales, y c) a los integrantes de su comunidad; y 2) el alcance de derecho originario indígena se limita en el caso de contrariar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ley y el orden público. Con una aclaratoria adicional y es el derecho a la participación política de los pueblos indígenas consagrados en el artículo 125 constitucional; y en razón de la cual el Estado garantiza la participación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes en la entidades federales y locales con población indígena.<sup>58</sup>

Con base en este criterio, se reafirma la supremacía constitucional del Interés Superior de niñas, niños y adolescentes como criterio de actuación de las distintas expresiones del Poder Público reconocidas por la propia Constitución, hasta el punto de imponer parámetros obligatorios de actuación a las instancias de la jurisdicción especial indígena, entendida como parte del propio sistema de justicia venezolano.

## **E. Conclusiones**

A lo largo de las dos décadas de implementación de la LOPNA y la CRBV, la jurisprudencia del TSJ, con especial énfasis en la SC, ha sido un espacio para la aplicación, promoción y garantía a los derechos de la niñez y adolescencia. En este sentido, una parte importante de los criterios presentados han facilitado la operacionalización de algunos principios y derechos reconocidos en la Convención, así como, la legislación interna especializada en la materia.

Es este sentido, resulta fundamental destacar cómo el reconocimiento constitucional de la condición de ciudadanía de NNA y su capacidad

---

<sup>58</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 02 de fecha 03 de febrero de 2012. "Motivación para Decidir" párrafos 47 y 49. Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/02-3212-2012-09-1440.HTML>»

jurídica progresiva han implicado una mayor participación efectiva de los mismos, permitiéndoles que sean escuchadas y valoradas sus opiniones en asuntos de interés público.

En razón de lo anterior es posible concluir que, a partir de la constitucionalización de los derechos de la niñez y adolescencia y el desarrollo posterior de estos conceptos a través de la jurisprudencia, se ha logrado avanzar en una mejor comprensión sobre los principios de la Doctrina de Protección Integral; la identificación de los contenidos y límites de los derechos asociados a la infancia y la adolescencia y los supuestos de procedencia de diversas instituciones jurídicas.

Sin embargo, el disponer como país de un desarrollo jurisprudencial relevante es solo una parte de las acciones necesarias para garantizar la efectividad plena y efectiva de los derechos de los NNA. Al respecto resulta oportuno señalar que persisten graves debilidades y obstáculos en términos de políticas públicas, desarrollo y efectividad institucional, lo cual hace necesario promover mejores y mayores espacios de participación para que los derechos humanos de la niñez y adolescencia sean una realidad concreta.

De la misma manera es necesario advertir que el propio TSJ, en algunas de sus decisiones, ha hecho caso omiso a justos reclamos que han colocado en un grado de mayor vulnerabilidad a los NNA. En este sentido, si bien exceden el objeto de la presente investigación, es necesario señalar que fueron identificados varios casos en donde distintas Salas del TSJ no priorizaron la protección de los NNA.

Dicha situación se ha visto agravada por el incierto devenir del conflicto sociopolítico y la evolución de la crisis humanitaria compleja en Venezuela. Es por ello que resulta fundamental insistir en la importancia que tiene un Poder Judicial independiente y eficaz cuyo desempeño esté apegado a los principios que inspiran la Doctrina de Protección Integral, a fin de lograr el verdadero respeto y garantía de los DDHH consagrados en la propia Constitución.

## Bibliografía

- Ayala, Carlos, "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano AÑO XIX*, Bogotá, 2013, pp. 4379.
- Brewer-Carias, Allan, *Constitución, democracia y control del poder*, Mérida, Universidad de Los Andes, 2004, pp. 145-156
- Casal, Jesús María, *Constitución y Justicia Constitucional*, Caracas, UCAB, 2004.
- Cornieles, Cristóbal, "Los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: una aproximación general", en Cornieles, Cristóbal (coordinador), *Primer año de vigencia de la LOPNNA. Segundas jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Caracas, Publicaciones UCAB, 2002.
- Mónaco, Miguel y Núñez, Jaiber, "Estado de Derecho", en Alarcón, Benigno y Ramírez, Sócrates (coord.), *La consolidación de una transición democrática, el desafío venezolano III*, Caracas, Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello, 2018, pp. 303-378. Disponible en: <https://bit.ly/2ZlYW0e> »
- Morais, M. (coord.), *IX Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: La reforma*, 2008, pp. 5-6. Disponible en: <https://bit.ly/3OMFL5j>».
- Perdomo, G. y Serrano, C. "La LOPN(N)A en tiempos de socialismo del siglo XXI en Venezuela", en Hernández, M., *20 años del Socialismo del siglo XXI*, Publicaciones UCAB, 2021, p. 389-411.
- Serrano, Carla, *Sistematización del proceso legislativo (adecuación de la legislación venezolana a la Convención Internacional Sobre los Derechos*

*del Niño) noviembre 1989-julio 1997*. Informe final de investigación, Caracas: Centro de Investigaciones Jurídicas UCAB, 1997.

Zuleta de Merchán, Carmen, *Derecho de la Niñez y la Adolescencia en la doctrina de la Sala Constitucional (2000-2008)*, Colección Doctrina Judicial, No. 33, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2009.

Zuleta de Merchán, Carmen, *El Derecho de la Niñez y la Adolescencia en la doctrina de la Sala Constitucional (enero 2009- abril 2012)*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2012.

Zuleta de Merchán, Carmen, *El Derecho de la Niñez y la Adolescencia en la doctrina de la Sala Constitucional (2012-2016)*, Colección Doctrina Judicial No. 71, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2018.

### **Legislación**

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999.

Convención Sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989.

Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en Gaceta Oficial No. 6.684 Extraordinario del 19 de enero de 2022.

Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, publicada en Gaceta Oficial No. 5266 de fecha 2 de octubre de 1998.

Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, publicada en Gaceta Oficial No. 5859 Extraordinario de fecha 10 de diciembre de 2007.

Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes publicada en Gaceta Oficial No. 6185 Extraordinario de fecha 8 de junio de 2015.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, Asamblea General de las Naciones Unidas, 25 de mayo de 2000.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, Asamblea General de las Naciones Unidas, 25 de mayo de 2000.

### **Jurisprudencia:**

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 579 de fecha 20 de junio de 2000.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 580 de fecha 20 de junio de 2000.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 637 de fecha 27 de junio de 2000.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 1.410 de fecha 21 de noviembre de 2000.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 879 de fecha 29 de mayo de 2001.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 2.371 de fecha 9 de octubre de 2002.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 3.034 de fecha 02 de diciembre de 2002.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 1.064 de fecha 07 de mayo de 2003.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 637 de fecha 27 de junio de 2003.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 321 de fecha 30 de marzo de 2005.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 1.456 de fecha 27 de julio de 2006.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 900 de fecha 30 de mayo de 2008.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 1.443 de fecha 14 de agosto de 2008.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 1.548 de fecha 20 de octubre de 2008.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 1.687 de fecha 06 de noviembre de 2008.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 1.707 de fecha 10 de diciembre de 2009.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 1.739 de fecha 17 de diciembre de 2009.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 943 de fecha 15 de junio de 2011.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 02 de fecha 03 de febrero de 2012.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 314 de fecha 19 de marzo de 2012.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 359 de fecha 23 de marzo de 2012

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 1.158 de fecha 06 de agosto de 2012.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 901 de fecha 27 de junio de 2012.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 359 de fecha 06 de mayo de 2014.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 99 de fecha 20 de febrero de 2015.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 1.757 de fecha 22 de diciembre de 2015.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia N° 1.187 de fecha 15 de diciembre de 2016.

### **Informes/sitios web:**

Cáritas Venezuela, *Monitoreo centinela de la desnutrición infantil, Venezuela, 2021*. Disponible en: <https://bit.ly/3vpRkZ8>».

CECODAP, *Informe especial de peligros y vulneraciones a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en contextos de movilidad humana y pandemia 2020*. Disponible en: <https://bit.ly/3zgiqDf> »

CEPALSTAT (ONU) Bases de datos y publicaciones estadísticas. Venezuela (República Bolivariana de) perfil nacional social-demográfico. Disponible en: <https://bit.ly/3PLq0wV>»

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Audiencia Pública, 180 período de sesiones, 30 de junio 2021: Situación del Derecho a la Salud de NNA en Venezuela. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=pAjuWaev9pg> [Consultado el 31 de julio de 2022]

Encuesta Nacional de Condiciones de Vida (ENCOVI) 2019-2020. Disponible en: <https://www.proyectoencovi.com/informe-interactivo-2019>

Fondo de Poblaciones de Naciones Unidas (UNFPA) para Venezuela. Disponible en: <https://bit.ly/3Bp7Tsh>».

HumVenezuela. *Educación truncada, un sistema educativo desarticulado*, 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3vs0moy>».

Indicadores Pobreza Encuesta Nacional de Condiciones de Vida (ENCOVI). Disponible en <https://insoencovi.ucab.edu.ve/indicador-pobreza/>».

Observatorio Venezolano de Migración, *Participación de Niños, Niñas y Adolescentes en el proceso migratorio venezolano*, 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3oHpW5q>».

Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>»

Red por los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela, informe durante segundo Examen Periódico Universal de Venezuela, Consejo de Derechos Humanos ONU, *Situación de los derechos a: nivel de vida adecuado, salud y servicios de salud y protección ante la violencia que afecta a NNA, periodo 2012-2016*. Disponible en: <https://bit.ly/3BsX1cX>»



Red por los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela, informe durante tercer Examen Periódico Universal de Venezuela, Consejo de Derechos Humanos ONU, *Situación de la institucionalidad e inversión pública para garantizar los derechos humanos de la niñez en Venezuela Periodo 2017-2021*. Disponible en: <https://bit.ly/3cFGBmX>»

Tribunal Supremo de Justicia <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones>»



La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Abril de 2023.


Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



**[www.tirantonline.com.mx](http://www.tirantonline.com.mx)**

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- ★ Biblioteca Virtual
- ★ Tirant Derechos Humanos
- ★ Tirant TV
- ★ Personalización
- ★ Foros y Consultoría
- ★ Revistas Jurídicas
- ★ Gestión de despachos
- ★ Novedades
- ★ Tirant Online España
- ★ Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 [www.tirantonline.com.mx](http://www.tirantonline.com.mx)

 [atencion.tolmex@tirantonline.com.mx](mailto:atencion.tolmex@tirantonline.com.mx)







