

INVESTIGACIONES NACIONALES

Aciertos y desaciertos de la Convención sobre los derechos del niño

Good choices and failures of the children's rights Convention

*Debora Katy Monge Hernandez*¹

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

<https://orcid.org/0000-0003-1717-5299>

debora.monge@unmsm.edu.pe

Presentado: 01/05/2022 - Aceptado: 31/05/2022 - Publicación: 31/07/2022

Resumen

Este artículo forma parte de un estudio previo respecto a los derechos humanos durante la minoría de edad, problemática no ajena en nuestro sistema socio jurídico, aún en el marco de la Convención sobre los derechos del niño, que se constituye referente de cambio del modelo de protección hacia niños, niñas y adolescentes. Es así que entender la infancia como subestructura, favorece a reconocer que el colectivo de niños, niñas y adolescentes se mantiene en un ámbito de afectación de los derechos humanos, fundados en su vulnerabilidad natural y contextual, por lo que los aportes tenidos en cuenta dan apertura al dialogo respecto a la condición de titulares activos que en nuestro sistema socio jurídico no alcanza al colectivo de niños, niñas y adolescentes, y permite reafirmar que en concordancia con el alcance universal de derechos humanos, se garantice un modelo de protección en el que familia, sociedad y Estado actúen sincrónicamente en el reconocimiento de los derechos humanos durante la minoría de edad, mediante mecanismos que garanticen la condición de titular activo respecto a sus derechos humanos.

Palabras clave: Adolescente; Derechos humanos; Diferencia; Igualdad; Infancia; Niño.

Abstract

This article is part of a previous study regarding human rights during minority age, a problem that is not unaware to our socio-legal system, even within the framework of the Convention on the Rights of the Child, which is a benchmark for changing the model of protection for children and adolescents. Thus, understanding childhood as a substructure favors recognizing that the group of boys, girls and adolescents remains in an area where human rights are affected, based on their natural and contextual vulnerability, so that the

contributions taken into account openness to dialogue regarding the condition of active holders that in our socio-legal system does not reach the group of children and adolescents, and allows reaffirming that in accordance with the universal scope of human rights, a protection model is guaranteed in which family, society and the State act synchronously in the recognition of human rights during minority, through mechanisms that guarantee the condition of active owner with respect to their human rights.

Keywords: Adolescent; Childhood; Child; Difference; Equality; Human Rights.

Introducción

Entender la igualdad y no discriminación implica repensar los derechos humanos tanto en lo que corresponde a aspectos formales, como materiales, pues no cabe duda de que de ello depende su alcance universal. Al respecto consideramos que, la dimensión formal ha tenido avances y logros son relevantes, algo que no podemos decir en lo que se relaciona a lo material, y creemos es indispensable dirigir la visión hacia esta última. Nuestro referente, por su cercanía temporal y vigencia resulta ser la Declaración Universal de los derechos humanos, dado el reconocimiento que atribuye al ser humano, una concepción que alcanza el carácter individual y colectivo. Según se reconoce ONU, (1949) “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, el texto extraído del primer párrafo del preámbulo de la referida declaración, carga sustento de base filosófica, ámbito que no traemos a discusión, pero sirve de referente para tratar de entender desde que momento la persona forma parte o deja de formar parte de la familia humana, o cuál es la esfera de la estructura socio jurídica, que le asigna dicha condición.

Consideramos que la problemática, requiere un análisis comprensivo respecto a la integración norma, hechos y valores, postura que se desenvuelve en el marco de la teoría tridimensional del derecho, la que consideramos resulta idónea en el análisis que realizaremos respecto al reconocimiento de que los derechos humanos durante la infancia, pues el marco normativo axiológico que analizaremos emerge de la representación del espacio socio jurídico, en el que se construye la idea de menor de edad, situado en condición desigual respecto al adulto, por lo que a nuestro parecer acarrea afectación a los derechos humanos durante la minoría de edad, y podríamos decir con ello que, se desvanece la idea de universalidad. Por tanto, creemos que la dinámica socio jurídica, estructura, factores y contenidos que se desarrollan en el marco del modelo de protección actual hacia la infancia, legitiman acciones que afectan los derechos del menor de edad, y por ello requiere que la protección de sus derechos humanos se encuentre en sintonía a la declaración universal y la especificidad supranacional alcanzada.

Como se aprecia, hemos asumido que derechos humanos y niños, niñas y adolescentes, desde el modelo de protección, por ello también, tendremos en cuenta un enfoque sociológico, que nos permita aterrizar en el ámbito jurídico, y ello implica no sólo reconocer lo que compete al ciclo de vida humana (dimensión que forma parte en este estudio), pues la relevancia de analizar el espacio atribuido a este grupo etario, resulta ser trascendental dado que es en este que se delimita el rol y estatus que se le atribuye en la estructural. Es siguiendo el aporte de la sociología de la infancia, específicamente el enfoque estructural, que según refiere Rodríguez, “colectivo de individuos muy diferentes entre sí, pero que comparten una misma ubicación etaria en tanto ‘menores de edad’ sometidos a la autoridad adulta” (2007, p. 56), se puede apreciar, la infancia es reconocida desde la sociología, como una subestructura renovable respecto a los sujetos, pero permanente como categoría, por tanto su rol, función y lugar en la estructura socio jurídica, es referencia fundamental para el presente estudio. Cabe decir entonces que nos encontramos frente a una subestructura delimitada por el estereotipo generacional, cuyos fundamentos están sostenidos en las condiciones naturales propias al ciclo de vida, y desde las cuales se sustentan las condiciones contextuales para niños, niñas y adolescente. Corresponde entonces observar si existe en este estatus atribuido y el modelo de protección reconocido a niños, niñas y adolescentes condiciones de desventaja e incluso inferioridad dentro de las interacciones socio jurídicas,

Habiendo identificado que la concepción sociológica de la infancia como estructura sirve como fuente en este estudio, la problemática en torno el alcance del discurso universal de los derechos humanos, y la especificidad que otorga modelo de protección hacia niños, niñas y adolescentes, justifica el estudio cuya finalidad permite dar apertura a la discusión académica, respecto un colectivo que se mantiene en un ámbito aparte, dada la estructura socio jurídica centrada en el adulto, intereses políticos, sociales, económicos, cuyas bases se fundan en el poder, producción y capacidad, cuestiones que nos permiten integrar a la discusión aspectos que consideramos relevantes, por su esencialidad en la problemática.

Dependencia, fuerza y poder, este aportado refiere respecto atributos que consideramos son fundamentales tener presente en el análisis a realizar y para ello reconocemos como referente la obra *“El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”*²; teniendo en cuenta que el aporte de Engles respecto al proceso de organización y estructura es significativo, dado que de la citada obra identificamos el término “dependencia” como condición presente en los estadios analizado por el autor, y el cual reconocemos constituye un estado propio al ser humano, cuya trascendencia recae en el sentido que se constituye en fuente de colectividad para control del medio. También identificamos que fuerza y poder conforman atributos de colectividad y su tránsito a individualizarse conllevando con ello el posicionamiento en una

estructura e incluso llegando a justificar y legitimar relaciones de ventaja y desventaja. Por tanto, creemos que dependencia, fuerza y poder, son variables constantes en el proceso en la organización, cuya relevancia en la estructura socio jurídica dependerá de los valores que el colectivo asume.

En un breve tratamiento respecto a “dependencia”³; pues consideramos que corresponde a una constante en el ser humano, vinculado al garantizar el ser y permanecer (garantizar la subsistencia), su relevancia radica en la vinculación con las condiciones básicas, tal es así que conlleva relaciones de diversa índole, sean naturales como aquellas que se forjan en la familia, como aquellas que forman parte de la organización política, jurídica, económica y social, tal como se ha demostrado en el proceso histórico, la “dependencia” ha creado estados de desigualdad, discriminación y subordinación, cuya raíz surge del estado de vulnerabilidad de los sujetos, al respecto Pozzolo, (2019) con argumento crítico, pone en mesa de discusión la vulnerabilidad de cuerpo, la cual reconoce constituye una condición de la cual derivan nuestras necesidades y al ser inherentes, su tratamiento en la estructura socio jurídica debe dirigirse a garantizar la capacidad de autodefensa, sea desde la prevención de posiciones de desventaja; sobre todo si acrecientan en lo situacional, es decir que conllevan posiciones y condiciones en las que el sujeto o colectivo se sitúa en relaciones asimétricas, tal como reconoce la autora citada se han reflejado en escenarios previos a la Declaración Universal de los derechos humanos⁴, dado que a través de la historia se ha visibilizado la convivencia de documentos que se apropian los derechos humanos, manteniendo convivencia con escenarios de afectación material (esclavitud, discriminación de la mujer, entre otros).

El dialogo feminista, ha sido relevante para el discurso universal de derechos humanos, y aquí cobra relevancia el aporte de Olympe de Gouges⁵ quien discute el alcance de trato igualitario en lo público y privado respecto a la población femenina, dada la exclusión legitimada en documentos previos a la Declaración universal, lo cual actualmente expresamente refiere Pozzolo (2019) “los derechos subjetivos nacen pretendiendo referirse a todos, pero de hecho excluyendo a algunos grupos, como las mujeres y los no blancos, solo para recordar dos casos bien conocidos” (p. 22), consideramos que persiste en materia de derechos humanos la exclusión simulada en modelos de protección, tal como veremos en lo que respecta a niños, niñas y adolescentes (sin excluir otros colectivos) dado el estado de vulnerabilidad natural y situacional propia al estado de dependencia en la que encuentra el colectivo referido.

Discurso universal de los Derechos Humanos, en el reconocimiento de estructura como espacio de organización, donde poder político, jurídico, económico y social direccionan las interacciones humanas, patrones estructurales que se reproducen e inciden directamente a los principios de

igualdad y no discriminación, en magnitud tal que debilita el alcance universal de los derechos humanos, idea que sustentamos con el aporte siguiente:

De partida es necesario reconocer la fragilidad de los derechos humanos en cuanto gramática de la dignidad humana [...] es igual de necesario distinguir las concepciones hegemónicas de los derechos humanos –destinadas, a mi entender, a legitimar las ideologías de individualismo propietario y, en consecuencia, a reproducir el (des)orden social capitalista, colonialista y patriarcal que domina nuestro tiempo–, [...] de las concepciones contrahegemónicas que ofrecen concepciones alternativas de autonomía potencialmente orientadas a la creación de una sociedad más justa y más digna. (Santos, 2014, p. 19)

Si bien, no negamos el avance alentador que se ha alcanzado en el plano formal, al igual que muchos críticos, consideramos que en lo material la tarea resulta inacabada, pues no es ajeno al conocimiento común y científico que la dominación mantiene históricamente en posiciones de desventaja a ciertos colectivos, llegando a naturalizar e incluso justificar su desplazamiento, desde la subordinación o invisibilidad, tal como consideramos se da en el caso de niños, niñas y adolescentes.

Entendemos que es la vigencia de patrones políticos, jurídicos, económicos y sociales legitiman interacciones asimétricas y estados de desequilibrio sustentados en donde la capacidad en los sujetos, contraviniendo el entendimiento del proceso de universalización de los derechos humanos, y con ello el alcance universal de la “Igualdad” como concepto que comprende el todo, es decir al sujeto desde su naturaleza humana, que implica el reconocimiento de su individualidad biológica y espiritual como atributos del ser humano. En este sentido asumir la “diferencia” como derecho y principio contrario a la estratificación o jerarquía que se producen en lo contextual, por ser el ámbito en el que se materializa la afectación al pleno goce de los derechos humanos. Consideramos que la Declaración universal de derechos humanos, y el concepto de igualdad como un principio, garantizan la condición de destinatario al ser humano en su dimensión individual y colectiva, dado el alcance del artículo 2, que orienta al ámbito colectivo, y así también, reconoce la condición de destinatario de derechos humanos desde su individualidad.

Entonces podemos decir que “Igualdad” y “diferencia” como principio y derecho, es una aspiración no solo en lo normativo, si no que demanda su materialización, esto es reconocer la condición del individuo y para sustentar esto hacemos referencia a al análisis que aporta Ferrajoli, si bien se desenvuelve en lo relativo a la diferenciación sexual, creemos es un aporte relevante para esclarecer al alcance universal de los derechos humanos, dado el esclarecimiento que realiza respecto a la “diferencia” asociado a la

identidad de los sujetos, y por tanto encaja a lo que corresponde al factor etario “minoría de edad”.

Recogemos del análisis que realiza el autor cita, los cuatro modelos de valoración de las diferencias y sus implicancias en materia de derechos humanos, siendo el primero *Indiferencia jurídica de las diferencias*⁶, corresponde a aquel que conlleva la invisibilidad del sujeto, en la que la subsistencia justifica las relaciones de poder de unos respecto a otros; el segundo modelo *Diferenciación jurídica de las diferencias*⁷, las diferencias son reconocidas desde un prisma de falsa universalización de los derechos, la calidad de acreedores de derechos alcanza a unos y despoja a otros, responde a asumir jerarquía de identidades producida desde construcciones sociales fundadas en la superioridad de individuos o grupos; el modelo *Homologación de las diferencias*⁸, sustentada en una afirmación de igualdad, que observa al sujeto en forma abstracta y con ello las diferencias se desvaloran o ignoran, creando un ámbito de desprotección; y el último modelo que presenta *Valoración jurídica de las diferencias*, el cual conlleva la igualdad en su sentido material, y se fundamenta en el reconocimiento de identidades, su valorización a fin de garantizar la efectividad.

Vemos entonces que los modelos brevemente citados, situados a los derechos humanos en la infancia, se puede reconocer el distanciamiento al alcance universal que afecta al colectivo, dado que las diferencias propias al ciclo de vida (proceso madurativo) requiere que la valoración jurídica en el contexto del cuarto modelo, algo que se encuentra alejado en nuestro ordenamiento jurídico, considerando la posición que se asigna a la infancia en la estructura social, debido a la dependencia natural y contextual por la que transitan y que logra visibilizar de los datos de las estadísticas.⁹

La infancia como subestructura, reconocer que niños, niñas y adolescentes, forman parte de la estructura socio jurídica, es resultado de un sin número de eventos relevantes; pero insuficiente para garantizar el pleno goce de sus derechos, y consideramos que es necesario reconocer los fundamentos que se reproduce en el imaginario público, para entender su posición en la estructura socio jurídica, Casas (2006) al respecto aporta, que infancia constituye el espacio estructural que consolida en el tiempo y espacio, y para esclarecer ello cita la representación positiva que hace Rousseau al atribuir a la infancia una imagen idílica, desde la que se justifica la necesidad de protección a través del apartamiento del mundo adulto; y la representación negativa de De Mause, que surge de vincular el pecado original con infancia, por tanto justificaba la necesidad de corrección y castigo. Este aporte sostenido des un enfoque estructural de la infancia, forma parte de una sociología, que reconoce como sujeto y objeto de estudio a la infancia.¹⁰

La sociología de la infancia se aparta de la sociología clásica y reconoce al niño, niña y adolescente como agente activo, se desprende de reconocer la infancia como el ámbito pre social, en que se asume la dependencia como factor que lo dispone a un orden social de autoridad y dominio institucionalizado, por tanto, su aporte es relevante en cierto sentido, dado que apertura el análisis respecto a estereotipos generales que se atribuyen en función de la edad, y le otorga una posición categórica que permite un análisis de las interacciones internas (entre pares), e incluye las relaciones de dominación que se producen en la interacción con el mundo adulto, por ser un ámbito en el que si bien se le considera, influye notablemente en su reconocimiento como sujeto de derechos.

Teniendo en cuenta que, asumimos la infancia como construcción social, y sin posibilidad de negar científicamente el niño, niña y adolescente conforman parte de la familia humana, aseveramos que la universalidad de los derechos humanos implica ir más allá de delimitaciones temporales, y coincidimos lo siguiente “Y los derechos humanos se aplican a todos los grupos de edad; no comienzan de forma mágica durante el paso de la adolescencia a la edad adulta ni cuando el mandato de la Convención termina de aplicarse [...]” (Cantwell, 2004, p. 18), aporte que fortalece el reconocimiento de la condición jurídica que merecen los menores de edad, dado que conlleva la garantía de materialización de derechos humanos, que implica tanto su defensa, como protección, lo que conlleva repensar el modelo de protección constitucional plasmado en el artículo 4 bajo el texto siguiente “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, [...] en situación de abandono. [...]”. Aspecto que retomaremos dada la profundidad que requiere en este estudio.

El niño, niña y adolescente colectivo singular, tal como hemos referido, asumimos infancia como subestructura por la cual transita el ser humano durante su ciclo de vida, y no negamos su condición evolutiva como referente de vulnerabilidad, por lo que creemos que merece tratamiento diferenciado, en el sentido de garantizar su autodefensa, atendiendo a las posiciones de dependencia natural y situacional, que forman parte de la naturaleza humana y del estatus que deriva de la pertenencia a un grupo cuyos patrones se encuentran sujetos a posiciones dominantes. En este sentido enfrentar los estados de vulnerabilidad en lo contextual, trae consigo el identificar cualidades propias al proceso evolutivo y patrones de subordinación en el ámbito privado y público, desde ello reconocer los aciertos y desaciertos reflejados en el actual modelo de protección hacia los menores de edad, en la que el alcance de la Declaración universal de los derechos humanos y la especificidad de la Convención sobre los derechos del niño, que emana del estatus del adulto como ente superior.

Protección de los derechos humanos del Niño, niña y adolescente, reconocemos que en el transcurso de la historia, se han dado logros relevantes respecto al reconocimiento de los menores edad y los derechos humanos, que ha transitado desde el modelo de *Indiferencia jurídica de las diferencias*, como es el caso de Mary Ellen¹¹, hecho histórico en el que una niña víctima de la violencia, enfrenta la ausencia de normativa respecto a su reconocimiento como ser humano, y alcanza su protección bajo una homologación respecto a las leyes prohibitivas al maltrato animal, del cual se revela que en la época citada, existe una ausencia normativa. Avanzando cronológicamente y situándonos en el contexto de conflicto social y bélico, reconocemos el interés y preocupación de las hermanas Eglantyne Jebb y Dorothy Buxton¹² las fundadoras de "Save the Children Fund" (Londres, 1919) cuya función de ayuda y protección hacia niños afectados se fortalece ante los resultados de la Primera Guerra Mundial, podemos decir que se sustenta en un sistema asistencialista hacia el niño, niña y adolescente, desde su concepción de sujeto a futuro, sobre el cual la humanidad debe proveer condiciones mínimas, que son plasmadas en la Declaración de Ginebra.¹³

En sintonía a la Declaración referida, y con la influencia de la Declaración universal, se amplía la protección con la Declaración de los derechos del niño¹⁴, bajo principios en las que se mantiene al menor de edad sin reconocimiento de su posición de desventaja respecto al adulto manteniéndolo en un estado de receptor de ciertos derechos que le aseguran su tránsito al futuro. En este escenario, los modelos de protección asumen el colectivo como riesgo al orden social, por lo que es desfavorable para el futuro, ello involucra al Estado dotándolo de un rol frente a las condiciones de abandono, bajo una tutela jurídico y administrativo que legitima la arbitrariedad del Estado para decidir respecto al futuro del niño, niña y adolescente.

García (1994) la creación de un marco jurídico que legitime una intervención estatal discrecional sobre esta suerte de producto residual de la categoría infancia, constituida por el mundo de los menores. La indistinción entre abandonados y delincuentes es la piedra angular de este magma jurídico. En este sentido, la extensión del uso de la doctrina de la situación irregular resulta inversamente proporcional a la extensión y calidad de las políticas sociales básicas. (p. 59)

Por tanto, la actuación e intervención del Estado frente a la situación de abandono, peligro material o moral en el que se encontraba un menor de edad otorgaba al Juez, facultades omnímodas en tal grado que resolvían respecto al destino del menor de edad, por lo que la acción estatal no alcanzaba al sujeto si no al estatus del sujeto, algo que consideramos se mantiene vigente en nuestro orden jurídico social, dado el alcance de protección especial que se reconoce en el artículo 4 de la constitución vigente.

Los derechos del niño, niña y adolescente desde la Convención, creemos conveniente, reconocer la convención como un referente aparte que se involucra más cercanamente al discurso universal de los derechos humanos, que se inspira en el aporte de Janusz Kirczak,¹⁵ por lo que consideramos conlleva el reconocimiento del menor de edad dentro de un ámbito de protección en el que igualdad corresponde a su condición de ser humano, sin embargo discrepamos del alcance de algunos contenidos, que a nuestro entender mantienen su condición de ser inconcluso, sumado a que se le posiciona en un ámbito privado, como límite de la arbitrariedad estatal, sin poner énfasis en el reconocimiento de su estado de vulnerabilidad natural y contextual que puede derivarse en el seno de la familia. Y es desde esta perspectiva que creemos conveniente analizar lo siguiente:

Del tercer párrafo del preámbulo de la CDN extraemos, “[...] toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (p. 1), podemos decir que tácitamente se contempla el carácter intrageneracional de la convención.

Del cuarto y octavo párrafo de la CDN del preámbulo observamos que se reconoce que durante la infancia derecho a cuidados y asistencia especiales, recaen en la familia cuidado, protección y asistencia necesarias estas vinculado a la condición de sujeto a futuro “debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad”, lo que mantiene y refuerza la condición de niño receptor de derechos en función de lo que se convertirá, y que además refuerza su condición subordinada en el artículo 5 “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres [...]” esto tomando en cuenta costumbre local, “[...] en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”, conllevando con ello el reconocimiento de que es el adulto quien define lo que corresponde al niño, niño y adolescente, es decir que los derechos humanos durante la infancia están supeditados al ámbito privado de la familia, y solo subsidiariamente interviene el estado.

Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en la Constitución peruana, como ya hemos referido, hallamos que el artículo 4 de la Constitución vigente si bien es reconocido como el precepto que reconoce la especial protección al menor de edad, consideramos su carácter limitativo respecto al discurso universal, de derechos humanos, toda vez que el texto expresa “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, [...] 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”, a nuestro entender ello reafirma

el carácter subsidiario del Estado y sociedad, que son parte del modelo asistencialista heredado por la doctrina denomina “situación irregular”, y que además deja al menor de edad en desprotección, toda vez que la familia u otra institución que haga sus veces, constituye un ámbito privado donde reconocer que la vulnerabilidad está expuesta a su visibilizarían, hecho que materialmente puede no darse debido a la falta de autonomía del sujeto y la naturalización de los patrones de crianza.

No siendo afán de desmerecer en nuestro orden socio jurídico, respecto a los derechos humanos de la infancia, hemos querido reconocer desde una postura integradora, que el artículo 1 y 2 del texto constitucional tácitamente incluyen en el ámbito de protección a los menores de edad, lo cual conllevaría a desconocer su condición especial en la estructura, toda vez que hemos reconocido que igualdad y no discriminación como principios y derechos implica el reconocimiento de las diferencias, algo que resume Santos (2019) “Tenemos derecho a ser iguales cuando las diferencias nos inferiorizan y tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza”.

Es en búsqueda de la especificidad que nos remitimos al Código de los niños y adolescentes, que si bien recoge y asume el interés superior del niño como principio, podemos reconocer que su desarrollo normativo mantiene al colectivo en un ámbito de protección que es determinado por los patrones estructurales arraigados tal como se expresa en el artículo IV “Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este código y demás leyes. [...]” contenido que consideramos contradice el reconocimiento de los referidos derechos inherentes, dado que la negación de su condición de titular de derechos activo, que además se integra en el artículo 43 del Código civil al reconocer expresamente su incapacidad absoluta “Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley” conlleva la que el pleno goce de sus derechos humanos se sujeten a la voluntad de sus representantes, por tanto la patria potestad y tutela como formas de representación favorecen un modelo de invisibilizarían.

Discusión

Por tanto, reconociendo que iniciamos el presente estudio cuestionando respecto al momento en el que la persona forma parte o deja de formar parte de la familia humana, hemos podido concluir que la condición de menor de edad, está supeditada a la construcción de una estructura, en la que el niño, niña y adolescente se encuentra subordinado, y en este sentido corresponde dotar de especial protección y garantizar con ello el carácter universal de los derechos humanos, implementando mecanismos jurídicos que garanticen la titularidad activa siempre que exista afectación a sus derechos humanos,

en reconocimiento del estado de vulnerabilidad natural que en palabras de Pozzolo (2019) “[...] deriva de nuestras necesidades básicas como cuerpos e implica una inevitable dependencia de los demás, que las instituciones públicas no pueden eliminar” (p. 3), por lo tanto, la vulnerabilidad contextual merece ser reconocida desde la primera. Es así que asumiendo una visión integral en la que consideramos los aportes de Reale, (1996) “[...] el Derecho es siempre una conducta humana en busca de valores, a través de normas” (p. 8), hemos considerado que existen componentes formales, materiales y axiológicos.

Conclusiones

Reconocemos que el ser humano ha transitado por el mundo manifestando el dominio del entorno, desde su estado primitivo hasta su configuración como estructura socio jurídica, en las que existencia y permanencia constituyen el eje central de las interacciones.

Creemos que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, si bien hereda principios de igualdad, libertad y fraternidad de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), amplia su alcance a lo universal respecto al reconocimiento de la condición humana, y se centra en la protección de la vida, y de sus condiciones, bajo los principios de igualdad y no discriminación, lo cual conlleva el reconocimiento de las diferencias naturales y contextuales.

Reconocemos que la dependencia si bien es una condición inherente a la especie humana, conlleva vulnerabilidad, y esto no es ajeno al proceso madurativo, más aún si de esta se deriva un estado de subordinación contextual, en la cual niño, niña y adolescente enfrentan una condición de desventaja frente al adulto, sobre todo, si sus derechos humanos quedan en el ámbito privado y es solo en condición excepcional que sociedad y Estado cumplen su deber constitucional respecto a los derechos humanos.

Reconocemos que existe normalización respecto a las condiciones de desventaja de los niños, niñas y adolescentes, dado el concepto histórico que se construye respecto a la infancia, deviniendo de ella la afectación a su condición de titular activo respecto a sus derechos humanos, dado que no es ajeno que el ámbito privado se caracteriza por ser un espacio en el que las relaciones subordinadas, tiene un efecto en la vida y sus condiciones.

Reconocemos que la especificidad de la Convención sobre los derechos del niño si bien es un avance significativo para el reconocimiento del menor de edad, su efecto no ha llevado a superar el modelo de protección asistencialista, y con ello niega el alcance universal de los derechos humanos durante la infancia.

Consideramos que es indispensable asumir los derechos humanos durante la infancia, desde el reconocimiento de las diferencias, como un derecho que garantice al menor de edad que los estados de dependencia propios a su vulnerabilidad natural, no se reflejen en lo contextual, por lo que es indispensable fortalecer la titularidad activa de los niños, niñas y adolescentes respecto a sus derechos humanos, desde un modelo especial de protección en el que Familia, sociedad y Estado, actúen sincrónicamente en reconocimiento de sus derechos humanos, lo cual implica despojarnos de la idea de que estamos frente a roles subsidiarios, sobre todo ante la posibilidad de detectar en diferentes ámbitos que un menor de edad está siendo afectado.

Referencias

- Asamblea General de la ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (217 [III] A). Paris
- Bofill, A., & Cots, J. (1999). *La Declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia*. Barcelona, España: Comissió de la Infància de Justícia i Pau Barcelona.
- Cantwell, N. (2004). *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*. Instituto Interamericano del Niño. Recuperado 30 agosto 2021, de http://www.iin.oas.org/Cursos_a_distancia/cad_Convenci%C3%B3n.pdf
- Casas, F. (2006). *Infancia y representaciones sociales. Política y sociedad*, 43(1), 27 - 42. Recuperado 10 enero 2022, de <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/POSO0606130027A>
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre, 1989, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>
- General, L. A. (1948). *Declaración Universal de los Derechos humanos*. Naciones Unidas, 2.
- Gouges, O. (1971). *La declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana*. Recuperado 26 abril 2019, de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://catedraunescohdh.unam.mx/catedra/catedra/materiales/u1_cuaderno2_trabajo.pdf
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Ferrajoli, L., & Carbonell, M. (2006). *Igualdad y diferencia de género*. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- García Méndez, E. (1994). *Derecho de la infancia-Adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral*. Forum Pacis.
- Pérez Vaquero, C. (2011). *La primera sentencia que condenó el maltrato infantil (1874). Primera sentencia que condenó el maltrato infantil fue dictada en 1874*. Recuperado 20 agosto 2020 de, <https://cj-worldnews.com/spain/index.php/es/component/k2/item/222-la-primer-sentencia-que-conden%C3%B3-el-maltrato-infantil-1874>
- Pozzolo, S. (2019) *¿Vulnerabilidad personal o contextual? Aproximaciones al análisis de derecho en perspectiva de género*. Teoría y Filosofía del Derecho (51), 1-28. Recuperado 6 junio 2020, de Doi: <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i51.226>
- Reale, M. (1996). *El término tridimensional y su contenido*. Derecho PUCP. (50), 5 - 9. Recuperado 20 diciembre 2021, de <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.001>
- Santos De Souza, B. (2019). *Renovar un pensamiento crítico, plural, democrático, diversificado*. Diálogos. (K. Batthyány, Entrevistador) Clasco TV. Sabaneta. Recuperado 08 octubre 2021, de <https://www.clasco.org/renovar-un-pensamiento-critico-plural-democratico-diversificado/>

Santos, B. D. CLACSO TV (12 oct 2019) *Renovar un pensamiento crítico, plural, democrático, diversificado*. Recuperado 15 setiembre 2021, de https://www.youtube.com/watch?v=1WBXmX9tbAA&ab_channel=CLACSOTV

Notas al final

1 Abogada por UAP. Egresada UPG Derecho UNMSM.

2 Engels, (1891). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, detalla los estadios que forman parte de la organización humana, y permite reconocer la evolución de la vida en sociedad y conformación de estructura como entorno en el que emergen las relaciones de poder.

3 Santos, (2014). *Derechos Humanos, democracia y desarrollo*. "En primer lugar, porque nadie en la sociedad depende solo de sí mismo más que para tareas elementales (y aun en este caso la afirmación es discutible)" (p. 18).

4 *Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia*, (1776); y *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, (1789). Si bien reconocidas como fuentes de la actual declaración, ha sido criticada por su interpretación respecto a la concepción universal categórica de hombre, teniendo en cuenta la coexistencia de esclavitud y discriminación de la mujer.

5 Gouges, O. (1971). *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*. Documento en el que representa la necesidad de equiparar jurídica y legalmente a la mujer en relación con los varones.

6 Ferrajoli, L. (2008) *Igualdad y diferencia de género* "paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje, que confía a las relaciones de fuerza la defensa o, por el contrario, la opresión de las diversas identidades. [...] en particular, el de la diferencia de sexo se resuelve en la sujeción de hecho de la mujer al poder masculino y en su relegación al papel doméstico natural de mujer y de madre" (p. 8).

7 Ibid "las identidades determinadas por las diferencias valorizadas (de sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, renta y otras) resultan asumidas como estatus privilegiados, fuentes de derechos y de poderes, e incluso como base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; [...]".

8 Ibid, (p. 9). Las diferencias, empezando por la de sexo, son también en este caso valorizadas y negadas, pero no porque algunas sean concebidas como valores y las otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad".

9 INEI, (2021). *Informe técnico Estado de la niñez y adolescencia*. Periodo julio -setiembre. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/04-informe-tecnico-ninez-y-adolescencia-jul-ago-set-2021.pdf.

10 Infancia, visto desde el aporte de la sociología de la infancia como objeto de estudio en una macroestructura conformada por espacios determinados donde el niño, niña y adolescente es partícipes. Lo que a decir de Casas, (2006). "Reconoce la infancia como construcción social que históricamente se ha venido representando y reproduciendo colectivamente".

11 Pérez, C. (2011), La primera sentencia que condenó el maltrato infantil (1874). *Primera sentencia que condenó el maltrato infantil fue dictada en 1874*. <https://cj-worldnews.com/spain/index.php/es/component/k2/item/222-la-primera-sentencia-que-conden%C3%B3-el-maltrato-infantil-1874>

12 Exponen la necesidad de protección especial del niño, como referente de futuro, reconocen 5 situaciones que merecen protegerse en favor del colectivo afectado por la primera guerra mundial mediante una carta que fue dirigida a la Sociedad de las Naciones y que, posteriormente aprobada en 1924, reconocida como la Declaración de Ginebra.

13 Bofill, A., & Cots, J. (1999). *La Declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia*. Cita el documento no vinculante a los Estados, reconociendo el valor de su aprobación en la Sociedad de las Naciones Unidas, (1924) y su denominación como la Declaración de Ginebra, que establece 5 principios en favor de proteger los derechos de los niños, acarreado los deberes del adulto.

14 ONU, (1959). *Declaración de los derechos del niño*. Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

15 Janusz Korczak, pediatra, pedagogo y escritor, cuya vida estuvo dedicada a los derechos del niño, en el ámbito literario y activo, por reconocer al niño como ser humano no respetado por la sociedad "El niño no se convierte en humano: ya lo es". <https://www.humanium.org/es/janusz-korczak-una-vida-dedicada-a-los-derechos-del-nino/#:~:text=Lo%20que%20reclamaba%20Korczak%2C%20ya,de%20expresi%C3%B3n%2C%20participaci%C3%B3n%20o%20asociaci%C3%B3n>.