

## DERECHOS IRRENUNCIABLES DE NIÑOS Y NIÑAS

### INALIENABLE RIGHTS OF CHILDREN

#### HOMENAJE A LOS 25 AÑOS DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

#### TRIBUTE TO 25 YEARS OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD



Por. CARMEN MEZA INGAR<sup>1</sup> Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ciudad Universitaria Av. Venezuela S/N Lima- Perú  
E mail: mnizamav@unmsm.edu.pe.

Aceptado: 19-08-14

Aprobado: 03-10-14

SUMARIO I.- Introducción.- II.- Casos que merecen estudio.- III.- Conclusiones.- IV.- Propuestas.- V.- Referencias bibliográficas

#### RESUMEN:

Todos los niños del mundo, que en sus propios hogares se encuentren bajo la patria potestad, o que hayan sido declarados en estado de abandono, o permanezcan albergados en instituciones, sean públicas o privadas, o vivan en territorios en conflicto armado, todos y cada uno de ellos son "sujetos de derecho"<sup>2</sup>.

En consecuencia, con dicha proclama internacional, que figura en las Constituciones, previas y posteriores a dicho Tratado Internacional, existe un compromiso de cada Estado no solo para proclamar dicho principio universal,

sino para ofrecer a la sociedad los instrumentos y mecanismos necesarios para que se cumpla a cabalidad el pleno ejercicio de derechos de todos y cada uno de los niños y niñas, en cada localidad, en cada región y en cada país.

Pero la realidad social nos muestra un deber incumplido con niños y niñas.

Por ello, considero que se debería difundir en todos los ambientes de las naciones y del mundo entero la "irrenunciabilidad" de dichos derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Como consecuencia de dicha campaña de or-

1 MEZA INGAR, Carmen. Magíster y Doctora por la UNMSM. Docente de Pre y Postgrado, UNMSM.

2 La clasificación de niños bajo la patria potestad, los que se encuentran en estado de abandono, los que viven en las instituciones –sean públicas o privadas-, y los que sufren las consecuencias de los conflictos armados, tiene como fuente la Convención de los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989 por Res. 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.



den jurídico, en todos los colegios y servicios públicos dedicados a los niños y adolescentes, en el Perú debe estudiarse la edad de la minoridad en la legislación, considerando que el Código Penal y la Ley de la Juventud señalan diversas edades sobre capacidad civil y dependencia de la familia, en comparación a la que preceptúa el Código Civil, originando diverso trato y discriminación<sup>3</sup>.

El estudio sistemático de los sujetos de derecho que deben ser tratados considerando “el interés superior del niño” nos lleva a una preocupación por el ejercicio real de los derechos proclamados y al deber de re pensar sobre la irrenunciabilidad de los derechos de la infancia en el ámbito nacional.

#### ABSTRACT

All children in the world, in their own homes are under custody, or has been declared in a state of neglect, or remain housed in institutions,

3 En el Perú de conformidad con lo preceptuado en la Constitución Política son mayores de edad y gozan de plena capacidad civil los mayores de 18 años de edad. El Código Civil de 1984 igualmente sanciona dicha edad, que tiene vigor desde 1976, por enmienda del art. 8 del Código Civil de 1936, y que fue confirmada por las Constituciones de 1979 y de 1993.

Sin embargo debe tenerse presente que el Código Civil de 1984 preceptúa normas generales y situaciones de excepción. De allí, que son plenamente capaces los mayores de edad; y, quienes se encuentran entre los 16 y 18 años de edad tienen capacidad civil relativa, y, los menores de 16 años son incapaces absolutos, salvo cuando son padres de familia teniendo más de 14 años, a los que se les ha autorizado a inscribir a sus hijos en el Registro Civil, por reforma del art. 46 del Código Civil, en mérito de la Ley N° 27201 de 14 de noviembre de 1999.

Nótese que en el Código de los Niños y Adolescentes se da un tratamiento distinto a los adolescentes de 14 años si son infractores. Y algunos penalistas tienen proyectos de penalizar y judicializar a menores de esa edad.

Por otro lado existe la patria potestad prorrogada que protege a los hijos hasta los 29 años, en mérito de la Ley de la Juventud y que se aplica cuando los hijos siguen estudios superiores.

whether public or private, or living in areas of armed conflict, every one of them are “subjects of law”.

Consequently, with such international claims contained in the Constitutions, before and after the said International Treaty, there is a commitment of each State not only to proclaim this universal principle, but to offer society the necessary tools and mechanisms to be fully complies fully exercise rights of each and every one of the children in each locality, in each region and in each country.

But social reality shows breached a duty children.

Therefore, I think that should be disseminated in all environments of nations and the world the “indispensability” of such rights of children and adolescents.

Following that legal campaign in all schools and public services dedicated to children and adolescents in Peru should be studied age of minority in legislation, whereas the Penal Code and the Law on Youth indicate various ages on civil capacity and dependence on family, compared to which stipulates the civil Code, causing different treatment and discrimination.

The systematic study of the subjects of law to be addressed considering “the interest of the child” leads to a concern for the actual exercise of the rights proclaimed and the duty to re think about the indispensability of the rights of children in the national level.

#### Palabras clave:

Niños                      Derecho                      Estado  
Familia

#### Key words:

Children                      Law                      Government  
Family

#### I.- Introducción

Estudiamos el principio de los derechos irrenunciables de los niños y niñas porque se han proclamado varios derechos que parecieran



promesas inalcanzables, para muchos niños y niñas de nuestro querido país. En efecto, se estudió y recibió con gran aceptación el concepto del “interés superior del niño” con la esperanza que tendría pleno vigor en todo el territorio.

Y, es verdad que el “Interés Superior del Niño” es un principio que estuvo presente en la Historia del Derecho de Menores porque siempre los jueces han procurado decidir a favor de los derechos de los menores, considerando que no siempre los niños tienen abogado en los procesos, en los que sus padres y miembros de su familia, siguen en los tribunales y en los que se aprueban decisiones que marcan su destino. Sin embargo, como concepto moderno el “interés superior del niño” fue importante aporte de la Convención de los Derechos del Niño, cuyas Bodas de Plata celebramos.

Como decimos, en el estudio tendría que clarificarse el status de los niños sin hogar, tanto de los que se encuentran en las instituciones para darles diversos servicios, como los conocidos como niños “de la calle”. Unos y otros no siempre tienen acceso a las formas de justicia. No se puede generalizar que los servicios de tutela y de protección de la niñez se cumplan en la mejor forma desde el punto de vista del trato personal, educativo, social y cultural, sobre todo de los que reciben educación y trato masivo y no personalizado.

Uno de los hitos en este estudio fue la Convención Internacional para eliminar todas las formas de Discriminación de la Mujer, adoptada por la Organización de Naciones Unidas (ONU), en 1979.

Dicho Tratado Internacional en su numeral 16, inciso f) se refiere al probable conflicto de interés sobre los derechos de las mujeres frente a los de sus hijos, y claramente preceptúa que se “dará prioridad a los derechos de los hijos”, consagrando internacionalmente el principio que ya estaba inscrito en las conciencias de los ciudadanos y sobre todo en el pensamiento de quienes trabajamos por el bienestar de la población infanto – juvenil<sup>4</sup>.

4 Puede existir conflictos de interés entre padres e hijos.

Refiriéndonos a las Convenciones Internacionales es muy importante reconocer el trabajo de diez años de los expertos de Naciones Unidas y los maestros universitarios consultados, desde que se proclamara el “Año Internacional del Niño” en 1979 hasta que se adoptara el 20 de noviembre de 1989 por la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Convención de los Derechos del Niño, puesta en vigor en 1990.

Precisamente, el Perú fue uno de los Estados que ratificó la Convención referida en agosto de 1990, y, por tanto desde esa fecha se encontraba obligado –jurídicamente- a homologar su legislación, teniendo presente dicho Tratado Internacional. No obstante ello, encontramos varias contradicciones en la legislación vigente.

La puesta en marcha de dicha Convención llamó la atención de los entendidos y muy pronto se habló de las Reglas de Pekín, debido a un esfuerzo por uniformar las normas de distintos sistemas jurídicos a favor de los menores.

También se estudió la necesidad de elaborar los Protocolos para que procesalmente se hagan viables otras formas de protección de la infancia de la humanidad entera.

Nótese que la Convención de los Derechos del Niño, estudia y protege a los niños que se encuentran bajo la patria potestad, a los niños abandonados, a los niños institucionalizados y a los menores que se encuentran en los conflictos armados. La Convención de 1989 se dirige a todos los niños y niñas de la tierra.

Después se estudió y elaboró dos Protocolos Complementarios de la Convención, que han sido puestos en vigor en el año de 2002.

El primero de ellos rige desde el 18 de enero de 2002 y se refiere a la prohibición de enrolar niños en los conflictos armados, en concordancia con la Convención N° 182 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), sobre erradicación del Trabajo Infantil.

El otro Protocolo entró en vigor el 12 de febrero de 2002 y se refiere a la prohibición de la venta de niños, a la prohibición de la pornografía y de la prostitución infantil y a la prohibición del tráfico de niños.

Con la vigencia de los protocolos mencionados se afirma la posibilidad de proteger, efectivamente, los derechos de los niños, si los Estados dedican personal capacitado y moralmente comprometido con la defensa de los derechos de los futuros ciudadanos, que hoy son -en puridad- hombres y mujeres en miniatura.

En esta área dedicada a los niños debe tenerse presente que en el campo nacional e internacional se habla de “políticas” que debe seguirse sobre algunos problemas, y, entre ellos, el referido a la infancia abandonada o a la niñez de los ambientes de “pobreza”<sup>5</sup>.

## II.- Casos que merecen estudio

A.-En el ámbito nacional:

a) Casuística de Derecho de Familia: El derecho a la vida, a la identidad, crisis familiar (separación y divorcio de los padres), filiación, alienación paterna)

b) Problemas de los Niños Institucionalizados, los Niños de la Calle, el nuevo fenómeno del bullying

B.-En el ámbito internacional:

a) Los compromisos del Estado en los Objetivos del Milenio, que se encuentran en actual evaluación y que pasarán a la Agenda Post 15  
a) Procesos de extradición por incumplimiento de sentencias sobre el delito de “omisión de asistencia familiar”

A.-a.-1.-El derecho a la vida: En el “Derecho a la vida” no solo debe considerarse el nacimiento de todos los concebidos, la prohibición -efectiva- del aborto, sino también el reconocimiento de todos los derechos que tienen los concebidos, desde que tienen vida y no deben tener ninguna discriminación. Es válida la definición del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes sobre “el concebido” reconociéndole su calidad de niño, desde la concepción hasta los doce años de edad. Así

<sup>5</sup> Los Objetivos del Milenio que en el año 2000 congregaron a los Presidentes de todo el mundo, los comprometieron a erradicar el hambre y la pobreza.

se ha modificado tácitamente el art. 1 del Código Civil Peruano de 1984, que preceptúa: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”. Como vemos pareciera concepcionista al declarar que la vida comienza con la concepción, pero al condicionar que para ejercer los derechos económicos, hay que nacer vivo, se convierte “natalista”.

Conste que una sistemática jurídica obligaría a modificar el texto del art. 1 del Código Civil.

Diríamos que el dilema del art. 1 del Código Civil duró varios años, pero al leer en el Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, que el concebido es niño, se clarifica la concepción peruana sobre el respeto de los derechos al “concebido”. Solo queda la preocupación de respeto a la sistemática.

El “derecho a la vida” tiene varios temas de desarrollo. Para garantizar la vida tiene derecho a tener su nombre y nacionalidad, a vivir sin sufrir ninguna discriminación, a tener buena alimentación para garantizar su pleno desarrollo, a vivir en vivienda digna, con su familia, en ambiente de paz, de amor.

El concepto de derecho a la vida, incluye el derecho a la educación, gratuita para que sea general y que todos los niños y niñas puedan estudiar. También se estudia el derecho al ocio, al descanso, al esparcimiento al que tiene derecho todo niño y todo ser humano.

El derecho a la vida tiene un sub capítulo muy importante en el referido al más alto nivel de salud, porque las enfermedades, especialmente si son graves, impiden el desarrollo integral de los niños y niñas. Se debe garantizar la buena salud, para que los menores estudien, practiquen deportes y puedan especializarse en las actividades y estudios de arte, música, letras o ciencias, de acuerdo a sus preferencias y a su propia vocación.

Es muy triste constatar que no se han cumplido varios de los “objetivos” del desarrollo del Mi-



lenio, aprobados por los Presidentes de la República, en la ONU, en el año 2000, como es el programa de “erradicación de la pobreza”<sup>6</sup>.

Precisamente, entre las familias pobres, las del ambiente rural, de lugares alejados de los centros poblados, aún cuando se ha disminuido el número de muertes de niños, menores de un año de edad, todavía se informa oficialmente, por INEI y por entidades internacionales, como UNICEF, que anualmente mueren 5,500 niños peruanos menores de un mes.

La mitad de esas muertes se deben a mala atención del parto y la otra mitad se refiere a niños prematuros, nacidos antes de tiempo por debilidad de la madre o por malas condiciones en su embarazo. Si las madres y los niños viven en zonas rurales, pareciera que todavía no se puede cubrir una mayor atención con el debido esmero profesional, dada la amplitud del territorio de la República y la falta de servicios de salud, como grandes hospitales en lugares casi aislados. No podemos decir que se trata solo de la responsabilidad del Estado, sino también de las instituciones voluntarias y de la educación que debe influir en los hogares. Tal vez debería darse mayor influencia de los maestros en hogares de las zonas rurales, pero los maestros tendrían que ser debidamente capacitados para esas tareas sociales, y también las escuelas deberían contar con presupuestos necesarios para dar ese servicio de salud que puede favorecer a distintas poblaciones, sobre todo a la vida de los recién nacidos.

El “derecho a la vida” significa también que los niños y niñas tienen el derecho de vivir con su propia familia, es decir, todos tienen el derecho a tener una familia. Por eso, para los que no la tienen, se busca soluciones como la adopción.

En este tema se estudia los casos de auto estima, seguridad y autonomía de las personas, que se afirman cuando los niños crecen en ambientes

sanos, con padres idóneos. Para los que no los tienen el art. 8 del Código de Niños y Adolescentes dice que tienen derecho a un ambiente familiar adecuado. Los niños y niñas, solo “pueden ser separados de su familia por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos”.

Es muy importante señalar que la vida familiar, que reconoce deberes y derechos de los hijos, así como de los padres, tiene doble legislación, la mencionada del Código de los Niños y Adolescentes y la que preceptúa el Código Civil.

Sensiblemente, el Código Civil Peruano de 1984 en su artículo 423 inciso 3 dispone que son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: “corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores”.

Este articulado del Código Civil merece una profunda reflexión, porque en el Perú hay numerosos padres que imponen castigos físicos a los hijos y es triste leer los diarios o ver la televisión con noticias muy negativas en este aspecto. La redacción del Código de los Niños y Adolescentes es más acorde a la realidad y trata de educar en un sentido de vivir en paz, en armonía, explicando a los hijos sobre la conducta y tratándolos con amor y comprensión en diversas situaciones de la vida, como el rendimiento escolar o también la vida afectiva de los niños y niñas, que muchas veces son incomprendidos y aún rechazados por su propia familia.

#### A.-a.-2.- El derecho a la identidad

La introducción nos ha servido para presentar un panorama general de la legislación referida a toda clase de menores, es decir, de los niños, de las niñas y adolescentes.

Sin embargo, sobre el status de los niños, mejor dicho, sobre el elemental derecho a la vida, se ha mencionado varios derechos necesarios, para la vida diaria, como el “derecho a tener un nombre”, es decir, pre nombres y apellidos, o lo que es-, en la forma moderna, el derecho a

6 El Perú se comprometió oficialmente a dar cumplimiento a los “objetivos” del Milenio, pero la Comisión nominada no ha informado de los avances reales en el cumplimiento efectivo de dichos objetivos.



la “identidad”. Es tan importante el nuevo vocablo, que deseamos estudiar debidamente el significado de la “identidad” de todos los niños y niñas, sin ninguna discriminación. Este tema, está propuesto en el art. 6° de la Constitución Política vigente de 1993, que a la letra dice:

Art. 6° ...in fine:

“Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”. Este concepto de la identidad, no aparece en los textos legales peruanos, sino después de la creación de la entidad especializada, en mérito de la Ley N° 26497 referida al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC y su Reglamento. Nótese que el Código de 1984 se dio al amparo de la Constitución de 1979, pero en el Código solo se legisló la inscripción registral, mas no se estudió debidamente los derechos de las personas a tener “identidad” o nombre, independientemente de la filiación correspondiente. No se ha profundizado todavía en cuanto a la legislación vigente, que estudie la diferencia que debe existir entre el “derecho al nombre” y el instituto de la “filiación”. La sistemática del Código Civil Peruano de 1984, su texto primigenio, art. 21, no respetó tal diferencia conceptual.

Sin embargo, el texto constitucional reproducido se inspira en precepto de la Constitución de 1979 y ésta en la Ley 14472 de 1963, que desde esa fecha prohibía la mención del estado civil de los padres, para evitar la discriminación entre los hijos.

Pese a la importancia de la ley referida y del precepto constitucional, último párrafo del art. 6° de la Constitución en pleno vigor, Carta de 1993, al leer el Código Civil Peruano y también el Código de los Niños y Adolescentes, podríamos creer que los legisladores peruanos deseaban respetar “el nombre de los recién nacidos”, pero observando la realidad, especialmente la aplicación del famoso Reglamento del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil, art. 37, así como el artículo 21 primigenio del Código Civil

Peruano de 1984, debíamos constatar que la ley peruana estaba muy alejada del principio del “interés superior del niño” y del precepto constitucional referido.

El art. 21 del Código Civil Peruano de 1984, hoy modificado, en su texto primigenio decía: “Art. 21.-Al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido. Si es reconocido por ambos, lleva el primer apellido de los dos. Rige la misma regla en caso de filiación por declaración judicial”

Esta norma de orden legal no armonizaba con el art. 6 de la Constitución vigente de 1993 ni con lo preceptuado en el art. 19 del Código Civil Peruano. Impedían que se inscriban o registren sus nombres completos, los niños, cuyos padres -no casados- no concurrían personalmente al Registro.

El art. 37, del Reglamento referido, de RENIEC, preceptuaba que solamente se inscribirá con sus respectivos apellidos a los niños, cuyos padres extra matrimoniales concurren personalmente a dicho registro<sup>7</sup>.

Había muchas madres que se veían impedidas de inscribir a sus hijos, esperando la voluntad del padre, porque deseaban que sus pequeños cuenten con los apellidos que prueben su verdadera “identidad”.

Nótese que el hecho de tener un nombre o apellido, sin que lo declare el progenitor no obliga ni vincula a l supuesto padre, pues el régimen o sistema jurídico latino, formal, que sigue la legislación peruana, requiere que el padre o madre declare voluntariamente, si no estuviere casado con el otro progenitor, en casos de filiación voluntaria. La filiación también puede ser el resultado de una sentencia judicial.

Es interesante ilustrar que la defensa del nombre puede darse en sede administrativa, en sede judicial ordinaria, en sede judicial constitucio-

<sup>7</sup> La lectura de l art. 21 y concordantes del Código Civil primigenio de 1984 y del Reglamento del RENIEC, es una prueba que existen retrocesos en el reconocimiento de los derechos de los recién nacidos. La enmienda de dicho numeral por la Ley 28720 fue una solución algo tardía a la situación de dichos niños peruanos.



nal, y, en algunos casos, en sede internacional. Hay sentencias sobre casos de “identidad” que protegen la intimidad y el honor de la familia, como la recaída en el exp. N° 618 – 95 de la Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia de Lima.

La sentencia de 23 de junio de 1995, publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, revoca la sentencia apelada de fojas ciento dieciséis, su fecha 10 de enero de 1995, que declara infundada la acción de amparo incoada por don César Antonio Escuza Norero contra el Jurado Nacional de Elecciones, la que declararon fundada y en consecuencia que le es inaplicable la Resolución Directoral número cero ochentiseis-noventicuatro-DT/REP del Registro Electoral al accionante don César Antonio Escuza Norero, ya que no se le puede suprimir su primer apellido, por mucho que judicialmente se haya declarado que no es hijo de don Germán Escuza Loza, pues la única consecuencia de tal declaración debe entenderse en el sentido que no tiene vinculación filial con esa persona, mas no suprimirle el apellido que ha usado toda su vida y que incluso ha impuesto a su cónyuge y a sus descendientes. Dada la fecha del inicio de la acción de amparo, fue interpuesta contra el Jurado Nacional de Elecciones, donde funcionaba el Registro Electoral del Perú, el que en mérito de la Ley N° 26497 de creación del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil, RENIEC, pasó a la nueva entidad.

En el caso de padres matrimoniales no hay problema, los niños nacen bajo la protección del matrimonio. Solo para quienes no hubieren contraído matrimonio, para reconocer al hijo o hija deben hacerlo personalmente, o también quien tiene “interés legítimo” puede promover un proceso judicial y lograr sentencia sobre la filiación correspondiente.

Pero en la situación de los hijos extra matrimoniales la legislación primigenia de 1984 ha omitido diferenciar el derecho a la identidad o al nombre con la “filiación”, que es otra institución, perteneciente al Libro III del Código Civil, Derecho de Familia.

Si se considera en puridad el derecho a tener identidad, a nadie se le puede privar del efectivo ejercicio de ese derecho y a ostentar el nombre correspondiente. Pero la legislación peruana de 1984 y sus concordancias han confundido los casos de “nombre” o “identidad” con “filiación”. Esta redacción primigenia del Código Civil Peruano dio motivo a diversas críticas en la sistemática del Código Civil de 1984.

Este largo proceso, desde el 24 de julio de 1984 hasta el 25 de abril de 2006, de gestionar y tramitar las enmiendas y derogatorias de normas que vulneraban el pleno respeto a los derechos del niño, nos prueban cómo los legisladores peruanos de 1984 se encontraban alejados de conocer y hacer valer el notable principio del “interés superior del niño y de la niña”.

Los preceptos mencionados denotan exclusión de los derechos de los infantes en el efectivo, o en el pleno ejercicio del derecho a la identidad. Pareciera que estas leyes se dieron pensando solamente en los derechos de algunos padres y no de los hijos ni hijas y tampoco el de las madres. Se omitió respetar el principio del “interés superior del niño”.

Se debe clarificar que el nombre es individual, libre, personalísimo e imprescriptible. Su estudio no se agota con los derechos de la persona, está ligado a una multiplicidad de derechos fundamentales.

#### A.-a.-3.- Crisis familiar

El decaimiento del vínculo matrimonial o la separación de los padres genera problemas en la institución familiar y los que sufren como verdaderas víctimas son los hijos, si se trata de menores o pequeños infantes.

A los niños, en muchos colegios del mundo se les enseña: “tenemos el derecho a vivir con nuestros padres”.....y el deber de respetarlos y quererlos.

Tenemos el derecho de ir a la escuela...y el deber de estudiar y de respetar a todos los que estudian con nosotros.

Todo este proyecto de vida sufre ante la separación de los padres.

Pensemos también que desde la antigüedad se respeta la “patria potestad”, que en el Derecho Romano estaba a cargo del padre de familia. Recordando a Justiniano, en el año 542 después de Cristo, estudió los problemas que planteaba el divorcio. Como él era contrario al divorcio, lo penalizó en el *communis consensu* del Capítulo I de la Novela 117<sup>8</sup>.

Este texto es muy amplio, pero en este caso interesa el capítulo 7mo referido a los efectos del divorcio en relación a la guarda y custodia de los hijos y el derecho a ser alimentados por sus progenitores divorciados, en los procesos de divorcios contenciosos culpables. Lo importante en este capítulo 1 de la Novela 117 es que afirma que en casos de disolución de matrimonio, los hijos no debían sufrir ningún perjuicio-*nati filii nullo modo laedantur ex separatione nuptiarum*-, siendo en esa época llamados a herencia y alimentados con el patrimonio del padre –*sed ad parentum hereditatem vocentur ex patris substantia indubitander alendi*.

En la época de Justiniano para resolver la custodia y guarda de los hijos se utilizaba el criterio de la culpabilidad en la disolución nupcial, sin distinción de sexo. El progenitor culpable no tenía la custodia de los hijos, sino el otro progenitor. Y había casos de falta de disponibilidad económica del padre. La ley decía que en esos casos, los hijos pobres podían quedar bajo la custodia de la madre.

Las lecciones del Derecho Romano han influido en el mundo entero, incluso en los legisladores del Código de Napoleón, de 1804.

La historia del Derecho nos ha enseñado que los derechos de las personas, especialmente la igualdad de todos los ciudadanos ha llevado a todos los pueblos a respetar con igual derecho al padre y a la madre, hoy ambos ejercen esa potestad familiar, deciden el destino de la institución familiar. En Italia se ha modificado el concepto de patria potestad, por el de “respon-

sabilidad de los progenitores” por Ley de 28 de diciembre de 2013.

Además, hay necesidad que ambos padres eduquen a sus hijos. Cuando hay separación o divorcio de los padres se señala por el juez con quién van a vivir los hijos. En el Perú, aún cuando los hijos vivan con uno de sus progenitores, los dos conservan el derecho de ejercer la “patria potestad”, es decir, tomar decisiones importantes como “autorizar” los viajes o matrimonios de menores. También se da un “régimen de visitas” para que no haya ruptura del vínculo de unión de los niños, niñas y adolescentes con sus dos progenitores.

Los estrados judiciales están llenos de expedientes sobre litigios referidos a la tenencia de hijos y al régimen de visitas, porque muchas veces los padres desean llevar al fútbol o al cine a sus hijos, y al sacarlos del hogar materno no vuelven jamás. Uno de los recientes casos judiciales llegó al Tribunal Constitucional:

La sentencia de 7 de octubre de 2009, que declara fundada la demanda de la madre solo fue cumplida en parte, uno de los hijos- la niña -volvió a vivir con su madre, mas no el niño, pese a la orden del Tribunal Constitucional Peruano<sup>9</sup>.

En el derecho comparado es válido considerar el art 39 de la Constitución Española que en su numeral 39.3 preceptúa que “el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio” es recogido por el Código Civil Español en su art. 110: “el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”. Asimismo, el art constitucional español 39.2 se refiere a la “protección integral de los hijos”, que se traduce en la introducción a nivel legal del principio de interés superior de los hijos, como norma rectora de las relaciones paternas filiales, en concordancia con el art. 154.II del Código Civil de España.

8 Los textos originales de Justiniano están en griego. Dichos textos fueron traducidos por varios filólogos alemanes, de quienes la profesora de la Universidad de Oviedo, España, Carmen López Rendo, ha tomado en latín.

9 Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, su fecha 7 de octubre de 2009, recaída en el exp. 01817-2009-PHC/TC, Lima.





#### A.-a.-4.- Filiación

El Art.- 415 del Código Civil no responde a la moderna concepción de la investigación de la paternidad. En puridad se refiere al “hijo probable”, situación que no es justa existiendo pruebas genéticas y científicas como el ADN.

La vigencia de un precepto que no garantiza la investigación científica, a cabalidad, facilita el incumplimiento de los deberes de la sociedad para con los niños, niñas y adolescentes más pobres, pues de acuerdo a la educación o al status social de su familia, tendrán la oportunidad de defender sus derechos.

#### A.-a.-5.-Alienación parternal

Es un trastorno que sufren los niños o niñas por la conducta de uno de sus progenitores, que trata de influir negativamente en la vinculación de la prole con su padre o madre que no lo tiene a su cargo, en situaciones de separación o divorcio.

En la Universidad de Columbia, New York, el profesor de Psiquiatría Clínica, Richard Gardner, ha señalado que este síndrome surge debido a las disputas entre los padres, por la tenencia de los niños y que llega semejarse a campañas de denigración que uno de ellos sostiene contra el otro<sup>10</sup>.

La alienación paterna es grave en cuanto impide la convivencia de los niños, niñas y adolescentes con ambos padres, en plena armonía, para favorecer su desarrollo integral. Es grave la situación, porque muchas veces, pese a sentencias expedidas por la judicatura, no se les da el debido cumplimiento. Los progenitores que utilizan esta forma inhumana de obligar a sus hijos a vivir alejados del otro padre o madre, causan un grave problema psicológico y de seguridad, que afecta la personalidad de los niños o adolescentes, que son forzados a construir una figura distinta del otro progenitor.

10 Gardner, Richard: “Síndrome de alienación paterna” en Revista Derecho y Cambio Social, Columbus University, N° 019, New York, 1985.

#### A.-b.-1.-Niños institucionalizados

Hay varias organizaciones sociales dedicadas al cuidado de niños, trátense de huérfanos, o de hijos de familias muy pobres...y tendríamos que diferenciar las instituciones de carácter privado y público, es decir, las primeras financiadas con recursos de la población o de algunos benefactores, y las instituciones públicas o que pertenecen al erario fiscal, es decir, desarrollan su actividad como programa del presupuesto nacional, local o regional.

Como decimos los niños llegan a estas organizaciones por diferente vía, pero las instituciones que pertenecen al Estado, generalmente están colmadas de niños, niñas o adolescentes que tienen una intervención de la justicia, debido a su conducta o a su situación temporal o permanente. La mayoría de casos son de menores infractores. Hay también casos de orfandad, porque la justicia debe resolver asuntos de familias incompletas, o casos en los que los pequeños quedan sin padres.

Hay casos de niños, niñas y adolescentes que reciben hidroterapias, por ejemplo, debido a discapacidades físicas y neurológicas.

Los centros de atención residencial del Instituto de Bienestar Familiar (INABIF) dependiente del Ministerio de la Mujer y Desarrollo (MIMDES), hoy Ministerio de la Mujer y de la Población Vulnerable, son conocidos como CAR o Centros de Asistencia Residencial.

Como decimos hay una variedad de menores en los CAR. Sin embargo, la gran mayoría de niños, niñas y adolescentes en estos centros son los que han recibido alguna “amonestación” y no tienen familia, o los que reciben alguna “medida socio educativa”.

Si se estudia las medidas educativas son la “amonestación”, la “prestación de servicios a la comunidad”, la “libertad asistida”, la “libertad vigilada”, la “libertad restringida”, también la “internación”.

La libertad restringida obliga al infractor a asistir a un programa sea educativo, laboral o de ocupación temporal.

Estas medidas a veces son difíciles de cumplir

por el escollo presupuestario, faltan “tutores” o empleados del Estado que puedan participar debidamente, dedicándose al seguimiento de cada caso que vive la población infanto juvenil en las instituciones especializadas.

Además tendríamos que estudiar los difíciles casos de “infracción agravada” o los internamientos, que no siempre se dan en las mejores condiciones para que en puridad cumplan su objetivo de “medida socio educativa”, o sea, que logren incorporar nuevamente a los niños, niñas y adolescentes, a la vida diaria de todo menor de edad, en constante formación.

En este tema solo quisiera leer en voz alta lo preceptuado en el art. 218 del Código de Niños y Adolescentes que en su parte final dice que...”... el juez dictará sentencia absolutoria a) si no está probada la participación....b) si los hechos no constituyen....Si el adolescente estuviera interno ordenará su libertad inmediata y será entregado a sus padres o responsables, o a falta de estos a una Institución de Defensa”. Pienso, con los amables estudiosos y lectores, ¿qué ocurre con el menor o adolescente que sin haber participado en los hechos estaba internado?

¿No se trata de falta grave contra los Derechos Humanos?

¿Quién es responsable de este error? ¿Se ha dado casos de indemnización sobre estas infracciones al derecho de los niños?

En la agenda del Estado, considero que se encuentra pendiente el desarrollo de una verdadera política pública para devolver a sus hogares, a la sociedad, a los menores infractores que han llegado a ese status por omisión de su familia o por omisión del Estado que no ha cumplido debidamente con todos los preceptos de la Constitución<sup>11</sup>.

#### A.-b.-2.-Niños de la calle

Una simple mirada a nuestra ciudad nos ilustra sobre la cantidad de niños, niñas y adolescen-

tes en esta situación. Sin embargo hay entidades, como la Beneficencia, que no se integran al Ministerio de Inclusión Social, pero reciben sueldos del PNUD, como lo ha advertido a la opinión pública Mons. Luis Bambarén Gastelumendi, en las conferencias de prensa que ofrece cada año, por el Día del Niño, la última en el mes de setiembre, 2014, en todos los medios de comunicación.

En otros países, con poco presupuesto pagan maestros de la calle, para que en los parques y diversos lugares, los especialistas atraigan a estos muchachos a actividades útiles, de provecho y logren su re inserción en la sociedad.

En el Perú, tenemos duplicidad de servicios a la niñez, como el caso de la Beneficencia, del Ministerio de la Mujer, y los servicios e institutos a cargo del Poder Judicial, además de cien organizaciones privadas, inscritas en el Ministerio referido. Existe también una fundación con mandas para auxiliar a los niños ciegos, pero no existe una “supervisión” que informe sobre los métodos y resultados de tantas instituciones. La realidad nos muestra abandono permanente de los niños y niñas, denominados “de la calle”.

#### A.-b.-3.-El nuevo fenómeno del bullying

Últimamente se han presentado casos de acoso escolar en varios centros educativos, donde los profesores no están debidamente preparados para resolver conflictos infantiles o juveniles. El sistema educativo ha omitido contar con psicólogos que participen en estos casos de manipulación de unos escolares sobre otros, amenazándolos y perturbando su tranquilidad y la de su familia, que muchas veces debe cambiar de escuela a su hijo, siendo víctima. Los agresores, si bien no son declarados dementes, si tienen psicopatología, que exige tratamiento médico. Los medios de comunicación han dado cuenta de varios casos denominados bullying, que han interrumpido la paz social de las aulas escolares.

Ante la variada casuística del derecho de familia y de los menores, en los estrados judiciales, se

11 Son interrogantes que nos formulamos constantemente, y por ello se encuentran presentes en varios trabajos que elaboramos, sobre la situación de la infancia en el Perú.



ha dado el Tercer Pleno Casatorio Civil, dedicado al Derecho de Familia, su fecha 18 de marzo de 2011, sobre la casación N° 4664 2010, de Puno. Es importante en cuanto a sus considerandos y conclusiones, sobre todo a sus fuentes, como los Tratados Internacionales. Sin embargo, debemos tener presente que dichos Tratados no tienen eficacia en el Perú. En efecto, pese a que legalmente, tienen vigor, por haber sido debidamente ratificados, no son tomados en cuenta por la mayoría de jueces peruanos, ni son oportunamente invocados por los abogados en sus alegatos.

Además, debemos considerar, que el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales tiene un precepto, el N° 26, que autoriza a los gobiernos un plazo indefinido para un “mientras se ordena el presupuesto...”, quiere decir, que se autoriza en forma explícita a muchas naciones para que no implementen debidamente los efectos jurídicos de dicho Tratado Internacional a favor de la población.

B.-En el ámbito internacional se puede señalar dos temas de estudio:

B.-a).- Culmina el plazo de los compromisos del Milenio, referidos a políticas públicas que los Estados partes debieron cumplir, desde el año 2000, informando a las Naciones Unidas. Merece observar la realidad del país en cuanto a la reducción de la pobreza y del hambre, los avances en la educación primaria para todos, la igualdad de los sexos y la promoción de la mujer, y, asegurar el ambiente sostenible. Se trata, como sabemos, de problemas irresueltos, pero que son un reto para la agenda Post 15.

B.-b).-Los casos de extradiciones a progenitores que viven en el exterior y no cumplen con lo dispuesto en sentencias por “omisión de asistencia familiar”, no son numerosos.

Podríamos mencionar el exp. 30 -2005, iniciado en Junín, contra el acusado ausente Javier Luis Galván Cerrón, ubicado en los Estados Unidos de Norteamérica, sustrayéndose de sus obligaciones alimentarias a favor de su cónyuge y de su hija, habiendo incurrido en el delito de

omisión de asistencia familiar. Se tramitó la extradición ante la Corte Suprema en mérito del Tratado de Extradición entre la República del Perú y los Estados Unidos de América, suscrito el 25 de julio de 2001.

Igualmente, el exp. 44- 2002, iniciado en Arequipa contra Félix Leonidas Aspilcueta Sanabria, quien se encontró localizado en la ciudad de Resistencia de la Provincia del Chaco en la República de Argentina, encausado por delito contra la familia –omisión de asistencia familiar- contra sus hijos. Se tramitó ante la Corte Suprema la extradición en vía de reciprocidad, por cuanto no hay Tratado de Extradición con dicho Estado.

### III.- CONCLUSIONES:

1. No hay debida difusión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a nivel nacional y en todos los idiomas nativos.
2. La comunidad académica debería elaborar cartillas sobre los derechos de los niños y niñas, para distribuirlos en los colegios y en las comunidades rurales explicando en forma sencilla los alcances de la legislación sobre los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y jóvenes.
3. Se debe dar a conocer ampliamente que en la DEFENSORIA DEL PUEBLO funciona la Adjuntía de la NIÑEZ.
4. Es importante que en el Perú se haya elaborado un programa de Inclusion Social, elevado a la categoría de Ministerio, situación que consagra la existencia de una voluntad política para desarrollar tal programa social a nivel nacional.
5. En la administración pública hay ineficiencia y pérdida de recursos, debido a la duplicidad de varios servicios públicos, algunos de ellos a cargo de la Beneficencia Pública que continúa con programas iniciados hace varios siglos, que perpetúan la mentalidad asistencialista.
6. Falta establecer políticas públicas modernas a favor de los niños.

#### IV.- PROPUESTAS

- 1.- Los procesos judiciales sobre derecho de familia deben tratarse como “problemas humanos”.
- 2.-En los planes y políticas públicas del Estado se debe garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes menores de edad. Los funcionarios del Estado deben saber que están reemplazando a los padres de familia.
- 3.-El principio del “interés superior del niño” debe informar toda la legislación, no debe admitirse excepciones, ni vacíos, ni contradicciones legales.
- 4.-Los programas y políticas públicas sobre educación deben tener especial atención en la educación bilingüe de las comunidades nativas.

#### V.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Alzamora Valdez, M. (1999) “Derechos Humanos”.
- Aranega, M. (2002) “Los Derechos y Deberes de los Niños”. EDEBE. Barcelona.
- Ardito Vega, W. y La Rosa Calle, J. (2004) “Violencia Familiar en la Región Andina”. Instituto de Defensa Legal. Lima.
- Asís de Roig, R. (1995) “Jueces y Normas. La Decisión Judicial desde el Ordenamiento”. Editorial Marcial Pons. Madrid.
- Atienza, M. (2004) “Las Razones del Derecho”. Lima.
- Bazán, V. (1997) “El Interés Superior del Niño como criterio de atribución de la Tenencia de los Hijos”. Buenos Aires. Argentina
- Bernal Pulido, C. (2003) “La Ponderación como Procedimiento para Interpretar los Derechos Fundamentales” Materiales de enseñanza de Derecho de Derecho Constitucional. Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Carnelutti, F. “Sistema de Derecho Procesal Civil”. Editorial Uteha. Buenos Aires
- Código Civil de España. Edición de 2010.
- Código Civil Peruano de 1984, Edición 2011.
- Código de los Niños y Adolescentes Peruano de 1992.
- Código de los Niños y Adolescentes Peruano revisado en el 2000.
- Código de los Niños y Adolescentes Peruano actualizado a 2010.
- Códigos Civiles Peruanos de 1852 y de 1936.
- Constitución Política del Perú de 1979.
- Constitución Política del Perú de 1993.
- Convención de los Derechos del Niño (1989) adoptada por Res. 44/25 de la ONU en Asamblea General.
- Convención ONU para eliminar todas las Formas de Discriminación de la Mujer, 1979
- Cornejo Chávez, H. (1992) “Derecho de Familia”, Lima.
- Díaz Cortez, L. (2009) “Derecho Penal de Menores”, Editorial Temis, Bogotá.
- Dupla Marín, M. (2012) “El Régimen Jurídico de la Mediación Familiar en España”, Análisis de la Normativa Autonómica. Andavira Editora. Santiago de Compostela.
- Figuerola Gutarra, E (2009) “La Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales. Enfoque Constitucional, Doctrinario y Comparado”. Editorial San Marcos. Lima.
- Gardner, R. (1985) “Síndrome de Alienación Parental” en Revista Derecho y Cambio Social N° 019. Universidad de Columbia. New York.
- Herrador Buendía, F. (2008). “La Política Social de Familia en la Unión Europea”, en Episteme. Revista de la Unidad de Post Grado, Facultad de Derecho y Ciencia Política, UNMSM, págs. 145. Lima.
- Llancari Illanes, S. (2013) “El síndrome de Alienación Paternal como causal de suspensión de la Patria Potestad”, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política. UNMSM. Vol. 70, N° 2. Lima.
- López Rendo, C. (2011) “Efectos Personales del Divorcio de Roma a la Actualidad, respecto de los Hijos”, en Anais do XIII Congreso Internacional y XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Romano. Pará- Brasil.
- Meza Ingar, C. (1988) “Discriminación mediante el Derecho”. Concytec. Lima
- Meza Ingar, C. (1990) “Ideas para un Código de Familia”.



---

MEZA INGAR, Carmen

Concytec. Lima.

Meza Ingar, C. (1986) "Más allá de la Igualdad". Amaru Editores. Lima.

Mizrah Mauricio, L. (1998) "Familia, Matrimonio y Divorcio". Editorial Astrea. Buenos Aires.

Montón García, M. (2003) "Derechos y Garantías de los Menores en el Ambito Civil, su protección procesal en la Ley Orgánica 1996 de 15 de enero". Universidad Complutense. Madrid.

Montoya Chávez, V. (2007) "Derechos Fundamentales de los Niños y Adolescentes" El Interés Superior del Niño y Adolescente y la Situación de Abandono en el art. 4 de la Constitución. Editorial Jurídica GRIJLEY. Lima.

Normas Legales. Edición Oficial. Lima-Perú.

Organización de Naciones Unidas (2007). "Objetivos del Milenio: Un mundo Digno de los Niños",

Reniec. (2014) "NOMBRES". Revista Académica del RENIEC. Vol. 1, N° 1. Lima.

Rentería Durand, M. (1990) "Derecho de Menores". Lima