

CONCEPTO, NATURALEZA DEL DERECHO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE

CONCEPT, NATURE OF THE RIGHT OF THE CHILD AND ADOLESCENT

PEDRO ENRIQUE BERNUI ORÉ¹

Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ciudad Universitaria Av. Venezuela S/N Lima-Perú.

Email: pber1947@hotmail.com

Aceptado: 12-08-14

Aprobado: 06-10-14

SUMARIO. Resumen. Abstract. Introducción. Capítulo I: Concepto del Derecho del Niño y Adolescente. 1. Inicio: Fines del Derecho del Niño y Adolescente. 2. El Derecho del Niño y Adolescente como Microcosmos. 3. Definición Temporal. Capítulo II: Naturaleza del Derecho del Niño y Adolescente. El Derecho del Niño y Adolescente como Fenómeno Social, Histórico, Jurídico, Doctrinal y Biopsicológico. Consideración Preliminar. 1. Derecho del Niño y Adolescente como Fenómeno Social. 1.1. Consideración Preliminar. 1.2. Elementos Determinantes y Condicionantes. A. Pobreza o Riqueza de un País. A.1. Situación Económica del Perú. A.2. Estado del Niño y Adolescente en el Perú. B. La desnutrición en el Perú. 1.3. Elementos Condicionantes. C. Salud. D. Educación. E. La Autoestima. 2. El Derecho del Niño y Adolescente como Fenómeno Histórico. 2.1. Consideraciones Preliminares. 2.2. El Derecho del Niño y del Adolescente en la Antigüedad. 2.3. El Derecho del Niño y Adolescente en Roma. 2.4. El Derecho del Niño y Adolescente en la etapa Moderna. 2.5. Situación Histórica del Niño y Adolescente en el Perú. 2.5.1. En la Sociedad Incaica. 2.5.2. En la Colonia. 2.5.3. En la República. 3. El Derecho del Niño y Adolescente como Fenómeno Jurídico. 3.1. Fundamento del Derecho. 3.2. Condición Jurídica del Niño y Adolescente. 4. El Derecho del Niño y Adolescente como Fenómeno Doctrinal. 4.1. Doctrina de la Situación Irregular. 4.2. Doctrina de la Protección Integral. 5. El Derecho del Niño y Adolescente como Fenómeno Autónomo. 5.1. En cuanto a la Estructura. 5.2. Diferencia con el Derecho de Familia. 6. El Derecho del Niño y Adolescente como Fenómeno Biopsicológico. 7. Definición Definitiva del Derecho del Niño y Adolescente. 8. Referencias Bibliográficas.

RESUMEN

El centro del tema viene a ser el concepto del Derecho del Niño y Adolescente. El aspecto ontológico del Concepto trasunta los principales cuerpos de leyes: Derecho Internacional, Código Civil o Código Penal. Vertebrado al Derecho Público como Privado. Asimismo, del Derecho

Constitucional, lo que es evidente. Pues ningún dispositivo puede escapar de la trascendencia de éste Derecho. El Derecho del Niño y Adolescente no sólo se compone de leyes o dispositivos dogmáticos. Es un mundo inmanente pues su naturaleza comprende una serie de fenóme-

1 BERNUI ORÉ, Pedro Enrique. Abogado y docente de la UNMSM.

nos, como es: social, histórico, jurídico, doctrinal y biopsicológico. Puntos de lo que haremos a continuación escueto análisis.

ABSTRACT

The core of this paper is the concept of the right of the child and adolescent, which is strictly related to de Code of the same right. We are considering how this concepts compromises from the doctrine and nature of the main bodies of law and from the General Law itself. It also compromises from the Constitutional Law, which is more than evident, because no regulation escapes from it. It's necessary to mention as well Penal and Civil laws, being especially important it's essential structure from the International Law. However the right of the child and adolescent not only comes from laws and dogmatic mechanisms, but from a bigger world, were it considers other variables such as: social, historic, legal and bio psychological variables, among others. From which we will make a brief summary in this paper.

Palabras clave:

Concepto del Derecho del niño y adolescente -
Naturaleza del derecho del niño y adolescente -
Condición jurídica del niño y adolescente.

Key Words:

Concept of the right of the child and adolescent -
Nature of the right of the child and adolescent -
Status of the child and adolescent.

Introducción

El siguiente trabajo es síntesis apretada de 12 años de enseñanza del curso Derecho del Niño y Adolescente -de los 25 años que llevó enseñando, fuera de otros cursos- en la Facultad de Derecho, Escuela de Política, Facultad de Cien-

cias Sociales y Facultad de Educación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Viene a constituir más una metodología. Con esto quiero precisar que no es interés en ahondar y profundizar temas importantes y claves que influyen en el desarrollo del niño y del adolescente, en cierto aspecto de manera periférica, pues ello escaparía del tema que con precisión queremos abordar en relación a la enseñanza del curso que dictamos. Hay puntos esenciales que influyen grandemente sobre el desarrollo del niño y adolescente, pero tratar estos temas en forma detallada conduciría a desnaturalizar el trabajo jurídico propuesto por uno sociológico u otra índole que no es exactamente nuestro objetivo. Pero al tiempo que hacemos reflexión de cómo hay íntima relación, como es por ejemplo la situación del país con el desarrollo y conducta del futuro del niño y adolescente, también buscamos influir en las personas interesadas, como también por parte de los alumnos una situación de responsabilidad con éste país. Reitero, hay partes que pienso están establecidas como el concepto en sí y otras que son exclusivamente referenciales porque son de materia dinámica y que pueden avanzar en ciertas circunstancias y otras retroceder como es la situación social y económica de un país, y más un país conflictivo, con tanta confrontación y polarización, como el nuestro.

Este trabajo responde a un capítulo de una investigación más extensa que he emprendido, que comprende del Concepto del Niño y adolescente, la Naturaleza del mismo, Antecedentes del Código de los Niños y Adolescentes y Comentario al Código de los Niños y Adolescentes.

Debo puntualizar que el fin, lo que se pretende del Concepto del Derecho del Niño y Adolescente es que sea técnico, científico tal como aspiran aquellos que el Derecho sea una ciencia y no solo un arte².

2 Hans Kelsen, Teoría Pura del derecho, Ed. Lima, 1991, P'g.20. Lima.



BERNUÍ ORÉ, Pedro Enrique

El Concepto y Naturaleza del Derecho del Niño y Adolescente debe estar integrado a las nuevas épocas, evolución y doctrinas que ha tenido nuestro país sujeto al principio actualmente de la doctrina de la Protección Integral.

Además tengo que reconocer que la metodología a seguir corresponde a la del insigne maestro ex profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos Dr. Fermín Chunga La Monja³ en su obra Derecho del Menor, que si bien fue una obra casi (digo casi por la existencia de otros grandes maestros sanmarquinos sensibles a la época que les toco compartir sus conocimientos) inaugural de la comprensión del Derecho del niño y adolescente, pero como observamos ni el título responde a las exigencias y cambios modernos. Debemos entender que el Derecho es dinámico por esencia y por ende sujeto a cambios. Este trabajo en un momento determinado o es posible desde el inicio pueda servir ya solo de testimonio, de lo que se pretendió ser del Derecho del Niño y Adolescente. En fin de cuentas lo que se busca, es el anhelo de cada autentico peruano, es que los niños y adolescentes no sufran; tengan asegurada su alimentación para una vida sana, distracción, vestimenta apropiada; ajenos a todo tipo de discriminación, respeto a la intimidad de su familia especialmente de su madre y seguridad para que gocen de esta etapa: la más bella del ser humano.

CAPITULO I

Concepto del derecho del niño y adolescente

1. Inicio: Fines y derecho del niño adolescente.

Debemos precisar ad initio que los fines últimos del Niño y Adolescente es: primero, por parte de la comunidad satisfacer las necesidades del niño y adolescente, su sana constitución material y espiritual; y segundo, con ello se busca un

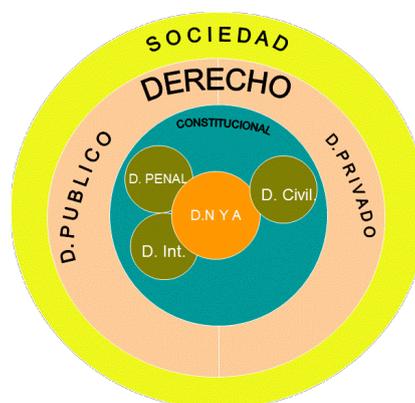
3 Fermín Chunga La Monja, Derecho de Menores. Ed.Grijley. 2001. Lima Perú. Pág. 571.

concepto teleológico mayor, como es el bienestar de la colectividad. En fin de cuentas estos son los fines trascendentes del Derecho del Niño y Adolescente (en adelante DNA.). Parece que éste intento de educar, instruir a los niños en el pasado ha sido un fracaso, al advertir que los abanderados de combatir la corrupción y el robo son precisamente los primeros en incurrir en actos de lesa humanidad.

2. El Derecho del niño y adolescente como microcosmos.

Objeto de esta parte conceptual es esclarecer un tema equívoco: ¿si es el Derecho del Niño y Adolescente parte del Derecho Público o Privado? Partimos en consecuencia desde sus partes más elementales.

Debemos entender el Derecho del Niño y Adolescente (DNA) como todo un universo jurídico o cultural en pequeño. Tiene todos los componentes del Derecho, está integrado a éste. El Derecho del Niño y Adolescente (DNA) asimismo está insertado a la sociedad, como parte de la ciencia cultural a la que pertenece⁴. Tiene todos los componentes propios del Derecho como es: Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Internacional. Con esto pretendo decir que el Derecho del Niño y Adolescente, coexiste con el Derecho en general, pero es más limitado al pertenecer a un grupo etario. Es por ello un Derecho Especial, tal como concebimos el Derecho Laboral, o Tributario.



4 Hans Kelsen, ibid. Pág.18

Éste es el diagrama. El Derecho del NyA está en el centro de color *naranja*. Es el núcleo. Obviamente que el Derecho del NA se encuentra integrado a la sociedad como entidad mayor.

Que, podemos entender del DNA en relación a la *sociedad (color amarillo)*, del punto de vista jurídico, como conjunto de personas tanto naturales como jurídicas. A Continuación vemos al Derecho en color rosado, que al mismo tiempo que está inserto a la sociedad como ciencia cultural.

También vemos en el diagrama al Derecho inserto en la sociedad, pues es cierto, que la sociedad comprende al Derecho como especie de Ciencia Social, como manifestara H. Kelsen en su célebre obra Teoría Pura del Derecho. Ahora bien, el Derecho está dividido en dos ramas: Derecho Público y Derecho Privado, tal como lo dividiera el jurista romano Ulpiano. El Derecho Público responde a los intereses del Estado, con su propio normamiento legal, donde la característica sustancial es el *ius imperium* es decir un papel dominante tanto al interior como al exterior y tanto los sujetos de la sociedad y especialmente su personal o trabajadores, cumple un papel de subordinados. Obviamente con cierta limitación que le da la ley. Mientras que el Derecho Privado la relación es de igualdad y que lo encontramos en líneas generales en el Código Civil, por ejemplo en los contratos.

Después, más abajo, encontramos el *Derecho Constitucional, de color celeste*, casi podríamos incluir éste Derecho, como Derecho en general, pero por razones didácticas la ubicamos en un escalón más abajo del Derecho. El Derecho Constitucional, gira alrededor de la Constitución a la que podemos comprender como la Ley de Leyes. Ningún dispositivo legal puede colisionar o pueda ser incompatible, con el normamiento constitucional. Toda ley que afecte a la interpretación Constitucional es nula per se.

Después en *verde* encontramos tres círculos más, donde hallamos las normas legales que rigen en el interior de un país: Derecho *Inter-*

nacional –como es el caso de la Convención del Niño que es ley en nuestro país-, el *Código Civil*, que responde –en líneas generales- al Derecho Privado, como ya hemos dicho líneas atrás y el *Derecho Penal*, que responde al Derecho Público por antonomasia.

Derecho mixto. Bueno para observar el núcleo central de *color naranja* que corresponde al Derecho al Niño y Adolescente, encontramos que esta ligado tanto al Derecho Internacional, al Derecho Penal y al Derecho Civil, lo que nos indica que no es sólo Derecho Internacional, Civil o Penal sino que tiene de los tres, en consecuencia que no está solo el DNA; asimismo, del Derecho Privado o Derecho Público; sino que al tener de ambos podemos comprenderlo en consecuencia como un *derecho mixto*. Pues tiene de todos estos normamientos legales.

Derecho autónomo: Que, además podemos colegir de este diagrama y otros elementos que se dan en el propio dispositivo legal de la Ley 27337, que implica que este derecho es sui generis lo que nos conduce a establecer que es un *derecho autónomo*, esto es que tiene de Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Internacional pero sin estar incluido en ellos.

Derecho especial: Además si concebimos que el Derecho Civil y Penal como derecho ordinario, son el cuerpo homogéneo del Derecho; pero hay derechos que han tenido que salir de esos cuerpos de leyes, por su índole particular. Por ejemplo, cuando trata de un grupo peculiar con características propias en la sociedad; es el caso del Derecho Laboral, es un derecho que regula relaciones de trabajo, y así otros tipos de Derecho: Tributario, etc. Esto no conduce determinar que el Derecho del Niño y Adolescente, corresponde a un grupo etéreo, esto es que su comprensión se realiza por la edad del grupo materia de protección. Esto nos hace precisar que responde a un *Derecho Especial*.



BERNUÍ ORÉ, Pedro Enrique

Carácter tuitivo: Entendemos, según nuestro Diccionario de la Real Lengua Española tuitivo como “apoyo, protección”. El DNA por su situación de vulnerabilidad requiere el apoyo de la sociedad y el Estado. Nuestra Constitución Política del año 1981, establece en el artículo 4º. Que la “sociedad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente”, concordado con el artículo IX del Título Preliminar que señala que “toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través de poderes ejecutivo, legislativo, y judicial, del Ministerio Público... se considerará el principio del interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos” entendiendo esto como el carácter protector de parte del estado y la sociedad. Toda Autoridad puesto en la disyuntiva de resolver entre un conflicto entre un adulto y un niño o adolescente, tiene que inclinarse a favor del NA, siempre y cuando no implique un daño irreparable al NA. Es decir, empujar al niño o al adolescente a situaciones límite o de desamparo.

Protección integral: Pero hay un elemento más que podríamos incluir en los componentes de la definición. Hemos dicho que el DNA tiene fines propios. Tanto el niño como el adolescente son seres vulnerables. Se encuentran en estado de protección. No discutimos aquí su valor existencial, tan igual al de cualquier humano, sino su grado de debilidad tanto física como intelectual. Pero también debemos, atenernos que el DNA responde a un espíritu, conforme a la época que se transita. En épocas antiguas no había una verdadera atención al niño y al adolescente. En todo caso este tratamiento era parcial, quedaba dentro de la órbita familiar más explícitamente. En la actualidad todos los niños y adolescentes son “*sujetos de derecho*” de acuerdo al artículo II del Título Preliminar, que implica que los NA tienen los mismos derechos que los adultos y aún más, otras normas específicas de acuerdo a su edad, tal conforme al artículo IX del Título preliminar (interés superior del NA) que indica que los NA tienen el apoyo y protección del Estado en

caso de conflicto de intereses con los adultos o en cualquier circunstancia en que estén implicados N y/o A.

3. **Definición temporal:** Habiendo avanzado hasta ésta parte, nos queda aventurarnos dar una definición temporal en relación al Derecho del Niño y Adolescente, entendiéndolo como: *una disciplina jurídica especial compuesto de normas de carácter tuitivo de parte de las entidades sociales y estatales, de naturaleza mixta, y autónoma respondiendo a la doctrina de la protección integral. Posteriormente vamos a regresar sobre esto de manera más efectiva y definitiva.*

CAPÍTULO II

Naturaleza del derecho del niño y adolescente

El derecho del niño y adolescente como fenómeno social, histórico, jurídico, doctrinal y biopsicológico

Consideración preliminar: Si antes hemos dicho que el Derecho del Niño y adolescente era un microcosmos jurídico, ahora debemos entenderlo como que es un fenómeno. Entendiendo esto “como manifestación de la naturaleza”⁵ –Diccionario de la Lengua Española-. Efectivamente, el fenómeno niño y adolescente son ontológicamente manifestaciones simultáneas, sucesivas, o temporales. Pasa por ser conformado como ser *social* al estar integrado a la sociedad y sujeto a sus vaivenes, condiciones y determinaciones; como asimismo tiene una *historia* – zigzagueante si se quiere o como diría el filósofo Juan Bautista Vico, “en espiral” – pero hay una historia. Pero esta historia está vinculada a lo *jurídico*, así como que tiene también su *doctrina* y todo ello vinculado al aspecto biopsicológico de la que está investido todo ser humano desde su nacimiento.

5 Diccionario de la Real Academia Española, Ed. Ramón Sopena S.A. 1991.

Cada uno de estos fenómenos vamos a pasar hablar a continuación.

1. Derecho del niño y adolescente como fenómeno social:

1.1. Cuestión preliminar: Esta parte social tiene características y elementos determinantes y condicionantes. El niño y el adolescente como seres humanos están insertados en la sociedad. La sociedad como cristalización humana como forma de organización tiene finalidad tuitiva para la protección de los individuos, y en relación al niño y adolescente de apoyo y cuidado en forma integral.

1.2. Elementos determinantes y condicionantes

En la sociedad hay principios y empezaremos por la que fue enunciada primero: la mano invisible.

Mano invisible

“Todo individuo trata de emplear su capital de tal forma que su producto tenga el mayor valor posible. Generalmente ni trata de promover el interés público ni sabe cuando lo está ‘promoviendo’. Lo único que busca es su propia seguridad, sólo su propia ganancia. Y al hacerlo, una mano invisible le lleva promover un fin que no estaba en sus intenciones. Al buscar su propio interés, a menudo promueve el de la sociedad más eficazmente que si realmente pretendiere promoverlo”. (Adam Smith⁶).

Ahora tenemos pensamiento que tenemos como principio enunciado por C. Marx en su obra Contribución a la Economía Política que dice escuetamente: “No es la conciencia de los hombres lo que determina la realidad, antes por el contrario es la realidad social lo que determina su conciencia” y otra: “*Hay Fuerzas naturales en la base de la sociedad que imperan en un periodo de tiempo y la caracterizan además permiten su evolución la misma que supedita la*

6 Adam Smith, La Riqueza de las Naciones. Alianza Editorial. 4a. Ed. 2007. Pág. 446 Madrid.

cultura (especialmente el Derecho)”⁷.

Estos pensamientos arriba expuestos, son considerados como principios. O así son entendidos académicamente. Pasaremos analizarlos brevemente. Ya en el siglo XVI, XVII, XVIII, aparecieron filósofos como Hobbes, Hume, Jeremias Bentham que establecían que el espíritu humano era esencialmente egoísta, pero esto no lo veían como un vicio sino como una virtud porque es así como concebían que era como progresa la humanidad. Este espíritu egoísta nace de las relaciones con las que se vinculan las personas para poder subsistir. Por ejemplo decía Adam Smith⁸, padre de la Economía Política actual, teórico sistematizador del sistema capitalista. Contraponiendo el pensamiento antiguo sistematizado por Aristóteles, que el individuo se supeditaba a la sociedad “como la parte al todo”⁹

Otros elementos que condicionan o determinan conforme a las circunstancias vienen a ser el grado de desarrollo económico y social de un país, lo que pasaremos a exponer a continuación.

A.- Pobreza o riqueza de un país.

Decimos que estos elementos son determinantes- condicionantes en el sentido que la situación económica social del país conduce a que los niños y adolescentes puedan tener un desarrollo sano, en caso contrario si la situación es extremadamente grave puede conducir que los niños y adolescentes tengan graves deterioros en su constitución sustancialmente cerebral. El más importante, reiteramos, el aspecto económico del país. En países medios desarrollo como es el Perú los efectos no determinan esencialmente la estructura cerebral, la inteligencia, el ánimo, el comportamiento, conducta, etc. Sólo excep-

7 Eric Roll, Ed. Efe. Fondo Cultura Económica. Quinta Edición 1985. México. Pág. 249.

8 Adam Smith, idem

9 Aristóteles, La Política, Ed. Lima S.A. 1991. Pág. 18.



cionalmente. Una persona pobre y con deficiencias en la alimentación, puede llegar a la desnutrición, anemia; pero sin embargo su capacidad cognoscitiva puede permanecer inalterable, en razón que de acuerdo con la biología el cerebro sabe defenderse, se precave muy bien, descuidar otras partes del cuerpo para proteger el cerebro. No quiero decir que no se pueda afectar seriamente el cerebro si la subalimentación es crónica, permanente, aunado a ello el consumo de drogas, ahí si se puede decir que repercute y hace estragos a todo el organismo y hasta el cerebro. El nivel de pobreza o riqueza de un país es esencial para establecer la situación del niño y adolescente.

A.1. Situación económica del Perú.

La situación económica de un país, es clave para poder entender los demás indicadores. Si un país es rico, de economía próspera, socialmente equilibrado en consecuencia sus indicadores en nutrición, educación y salud como la salud mental de su población es sana. Siendo por tanto, uno de los indicadores más importantes para establecer el estado en que se encuentra la niñez y la adolescencia. El Perú es un país en estado medio de desarrollo pero prevalece la pobreza, la misma que deja una secuela importante tanto en el aspecto macro como micro social. Tanto a nivel de las instituciones, interrelacionado con el individuo y asimismo en la situación específica del NA. Por dar un ejemplo, el ingreso remunerativo del personal en el sector salud aunado al presupuesto asignado a este sector, si es alto o es bajo repercute directamente en la familia y con ello al sector vulnerable como son los hijos menores de edad.

El Perú en relación al mundo su **Producto Bruto Interno Per Capita (PBIPC)** es uno de los más bajos, hasta en Latinoamérica se encuentra relegado: por ejemplo Luxemburgo en el mundo es el que tiene un PBIPC más alto: \$ 111.162.00 dólares, EE.UU. \$ 53.143.00 dólares. Se encuentra en el quinto lugar, más abajo se encuentran

Alemania, Japón, Francia, Gran Bretaña. Podemos decir que los países desarrollados tienen un ingreso promedio mayor de \$ 30.000.00 dólares. En Latinoamérica el puesto más alto lo tiene Puerto Rico con cerca de \$25.000.00 dólares. Pero en Sudamérica el puesto más alto lo disputan Uruguay: \$16.351.00 y Chile \$ 15.752.00. Después le sigue Argentina con \$ 14.760.00 dólares. Después viene Venezuela con \$ 14.415.00 dólares. Brasil con \$ 11.808.00 Colombia con \$ 7.828.00 dólares. Para recién venir el Perú con \$ 6.660.00 dólares. Lo insólito resulta que casi todos los países latinoamericanos han aumentado el doble de su producto bruto interno per cápita en 10 años aproximadamente, mientras el Perú lo triplicó. Si solo hubiésemos duplicado nuestro Producto Bruto Interno, como los demás, estaríamos relegados en los últimos puestos. Las declaraciones de un ex presidente que afirmaba que durante su gobierno iba el Perú a igualar y superar a Chile eran afirmaciones demagógicas, porque la diferencia entre el Producto Bruto Interno de Chile mantiene una alta distancia, máxime que este país no puede considerarse aún desarrollado. Esta diferencia económica tiene su correlato con otros hechos como son la pobreza, la desnutrición, mala educación, fecundidad desmedida, etc. Siendo la más grave sus efectos, como es la baja autoestima, que lo sufre toda la población estratos altos como los bajos. Por supuesto si nos comparamos con otros países aun los de nuestro continente observamos nuestras diferencias: baja estatura, debilidad congénita por la mala nutrición, una educación deficiente, nivel cultural pobre. Es posible que así como hemos triplicado nuestro producto interno bruto en 10 años basado sustancialmente en la enorme capacidad de trabajo del hombre peruano podamos revertir esta situación en pocos años en relación siquiera a nuestros hermanos latinoamericanos.

La pobreza: Está situación de pobreza que exponemos repercute directamente en la situación del niño y adolescente. Los estratos bajos del Perú es una población mayoritariamente

pobre. La pobreza es un verdadero drama: primeramente, se configura como un círculo vicioso, afecta la calidad y niveles de vida. Las familias que enfrentan una situación de pobreza se ven afectadas por secuelas de desnutrición, en la salud y en la capacidad de recibir instrucción que en muchos casos no pueden ser remontadas, aunque los ingresos mejoren.

Concepto de pobreza: La pobreza es una situación social y económica caracterizada por una carencia marcada en la satisfacción de necesidades. Podemos afirmar que la pobreza tiene dos interpretaciones: la de los países desarrollados (USA y Europa, Japón y otros países asiáticos) y la de los países emergentes (Latinoamérica sustancialmente y el Perú en particular). En los países desarrollados la pobreza se mide por ejemplo si posee o no un vehículo, y si tiene, entonces se mide por la antigüedad y estado de éste. Mientras que en los países emergentes se mide por la calidad de vida, el acceso a recursos como educación, vivienda, el agua potable, asistencia médica, nivel de ingresos. Existe además la extrema pobreza, es el estado más severo de la pobreza. Cuando las personas no pueden subvertir sus necesidades básicas como alimento, agua potable, techo, sanidad, educación y cuidado de la salud. Personas con ingresos menores a \$ 01.00 dólar diario precios internacional de 1993 (Banco Mundial).

A.2. Estado del niño y adolescente en el Perú: “La pobreza en el Perú tiene el rostro de un niño” (Enrique Larrea, diario La República 23-05-2011)¹⁰. En el año 2000 el Perú tenía una población de 25 millones 662 habitantes, de los cuales el 30% son menores de 18 años. A pesar que el porcentaje es decreciente respecto a años anteriores el porcentaje continúa elevado, especialmente en el área rural (45%). Esto es que la población etárea comprendida entre la niñez y adolescencia supera el 30 % de la población del país por lo que hay tener en cuenta para políticas de desarrollo social. Los proble-

mas se manifiestan cuando contrastamos el área rural con el urbano: la **Desnutrición crónica** afecta al 18% de los niños y niñas de 6 a 11 años de edad. En el área urbana sólo el 6% se ve afectado por este problema, mientras que en el área rural afecta al 36%. Asimismo esta enfermedad afecta al 14 % de los niños y niñas que hablan castellano como primera lengua, pero al 43% de aquellos que hablan una lengua nativa. El acceso a la **educación secundaria** está marcado por significativas diferencias, en el área urbana la asistencia a la educación secundaria es del 84%, mientras que en el área rural alcanza solo el 67%. Más marcada aún es la diferencia en acceso por motivos étnicos, con sólo un 38% de los adolescentes que hablan una lengua originaria asistiendo a la secundaria en comparación a un 79% entre los castellano hablantes. Huancavelica es el caso más alarmante de desnutrición crónica entre los niños desde la concepción hasta los 5 años, con el 59.2% según la Organización Mundial de la Salud. Otro de los problemas graves es la **anemia** para los niños de 6 a 11 años, lo padecen a nivel nacional el 32% entre los niños y niñas. Pasco tiene la tasa más alta de anemia con el 52% seguido por Puno con 49%, mientras las más baja la encontramos en San Martín y Lambayeque con 12% y 14%.

Mientras que en relación al servicio de de agua y saneamiento revelan que el campo y los departamentos más pobres son los más desabastecidos. En tanto a nivel nacional el 66% de niños tienen acceso al agua potable, en áreas rurales apenas el 32%. Y en lo que se refiere al saneamiento el 73% cuenta con este servicio en zonas urbanas mientras las rurales esta tasa cae al 9%.

Ser niño y adolescente en el Perú, implica pobreza, enfermedad y riesgo social. Con respecto a las familias se constata que las condiciones en las que se desenvuelven la mayoría de niños y adolescentes, muestran una serie de insuficiencias y desventajas que repercuten desfavorablemente en su desarrollo.

10 Enrique Larrea, Artículo del diario la República, 23 de mayo del 2011



BERNUÍ ORÉ, Pedro Enrique

Las proyecciones oficiales del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) para el año 2010, la población del Perú se acerca los 30 millones de habitantes, en consecuencia ahora (2014) ya supero esa barrera. El 36 % está conformada por niños y adolescentes de 0 a 17 años, alrededor del 45 % vive en condiciones de pobreza. En el caso de pobreza extrema el 12 % del total de la población peruana se encuentra en esta situación frente al 19 % de los niños y niñas de 0 a 5 años. Los efectos que causa esta pobreza es la desnutrición, la anemia, deserción escolar, el trabajo infantil, por ello es vital que el Estado asuma su papel y ataque a la pobreza para que los niños y adolescentes obtengan un mejor nivel de vida y buen desempeño en su vida futura.

B. La desnutrición en el Perú: Podemos definir la desnutrición como un estado patológico caracterizado por la falta de aporte adecuado de energía y/o nutrientes acordes con las necesidades biológicas del organismo que produce un estado catabólico, sistémico y potencialmente reversible.

La causa de la desnutrición puede ser biológica, pero no es ésta de la que queremos hablar sino la causa estructural, esto la ocasionada por la pobreza. Para la FAO para 2009, o sea hace 5 años existía en el mundo 1.020 millones de que sufrían de hambre y el mayor porcentaje de esta población vivía en los países subdesarrollados.

Siendo las características:

- Apariencia emaciada.
- Debilitamiento muscular y pérdida de grasa muscular.
- Piel arrugada.
- Descamación de la piel.
- Abdomen distendido.

Los sectores más vulnerables son los socioeconómicos bajos y dentro de estos las madres gestantes y los infantes de 01 a 04 años, lo cual inducirá a una adolescencia con problemas físicos e intelectuales. (Vásquez H. Enrique ¿y los

Niños...Primero? Fondo Editorial Universidad del Pacífico. Lima 2004. Pag. 37). La secuela de la desnutrición es grave. En el Perú como hemos dicho hay como 10 millones de peruanos entre niños y adolescentes que sufren de desnutrición por lo que se tiene que actuar rápido y radicalmente para que la recuperación sea completa.

En el gobierno de Alan García con el afán de disminuir la pobreza creó la Estrategia Nacional Crecer en el año 2007 logrando bajar la desnutrición de 40% a 32%. El actual gobierno de Ollanta Humala también asumió radicalmente medidas para disminuir la pobreza creando el programa Juntos, aspirando bajar la desnutrición hasta el 16% al final de su gobierno. Hay que tener presente que el Perú está en el puesto 21 en Latinoamérica con 25.4 de desnutrición en el año 2009, teniendo el más alto puesto Chile con el 1.5%, Cuba esta con 4%, Paraguay 10%, Brasil 11%, Argentina 13%. El Perú solo supera a Ecuador, Haití y Bolivia. (Elizabeth Herrera Quispe,¹¹ Desnutrición en el Perú. Google) En la actualidad se tiene entendido que el Perú a disminuido el nivel de Desnutrición al 18.1% conforme datos de la UNICEF 2013. Lo que aún resulta alto. El gobierno actual se ha comprometido bajarlo a final de su periodo al 10%.

Para los efectos de atención en zonas deprimidas se han creado diversos programas como es el caso del Fondo para la Inclusión Económica en zonas Rurales el mismo que cuenta con un fondo de S/. 600 millones de soles depositados por la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas, en una cuenta de carácter intangible. Después hay el programa Cuna Más, a cargo del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, cuyo objetivo es mejorar el desarrollo infantil de niños y niñas menores de 3 años de edad en zonas de pobreza y pobreza extrema, para superar brechas en su desarrollo cognitivo, social físico y emocional. Se creó el 23 de marzo del 2012, sobre la base del programa WawaWasi.

11 Elizabeth Herrera Quispe, desnutrición en el Perú, Google. 2010.

Se ofrece servicios cuidados diurnos a niños y niñas entre 06 a 36 meses de edad en situación de pobreza y pobreza extrema, otorgándoles atención alimentaria, nutricional, servicio integral de salud y aprendizaje infantil. También hay servicio de acompañamiento de familias, se establece en áreas rurales diseñado sobre la experiencia del servicio de Qatari Wawa (2008-2012). Otro programa Juntos, Programa Nacional directo a los más pobres, es un programa de transferencias monetarias condicionadas que se inscribe dentro de la política de desarrollo e inclusión social del gobierno peruano. **Pensión 65**, este programa tiene por finalidad otorgar protección a los grupos sociales especialmente vulnerables, dentro de los cuales están los adultos a partir de los 65 años de edad que carezcan condiciones básicas para su subsistencia.

- 1.3. Elementos condicionantes
- C. Salud
- D. Educación
- E. Autoestima

Estos son variables que dependen, asimismo, de la situación del país.

C. La Salud.

Según Informe de la UNICEF,¹² el cual establece que una gran proporción de niños en el Perú enfrenta una situación caracterizada por la baja calidad de vida, escasez de oportunidades, falta de acceso a los servicios básicos y pobreza que se traducen en mortalidad infantil. Esto no es algo reciente sino que viene acumulándose en el transcurso de los años.

Uno de los más graves trastornos de la niñez y adolescencia es la depresión. Los menores que sufren estos trastornos proviene generalmente de un cuadro de stress proveniente de cuadros de ansiedad, conflictos familiares incertidumbre respecto a su orientación sexual, pobre rendimiento estudiantil, trastorno por uso de drogas, pérdida de uno de sus padres o de un

ser querido, rompimiento de una relación sentimental, abuso, abandono, enfermedades crónicas. Se manifiesta como estado de ánimo triste o irritable, pérdida de interés o placer en actividades que antes disfrutaba, cambio significativo en el apetito y peso corporal, etc. Entre las características encontramos, dolor de cabeza, retraimiento, ausencia escolar, etc. Para ello los padres y sus profesores tienen que tener una actitud de percatarse sobre la situación del niño o adolescente y si fuese el caso, preguntarle si ha pensado en suicidarse. Si fuese ese el caso actuar de inmediato para un tratamiento o terapia; no dejarlo solo. La base del tratamiento debe ser la afectividad, el dialogo la comprensión. Otro de los males que asola a los niños y adolescentes reiteramos es la desnutrición. El mismo que hemos enunciado paginas arriba.

Otro de los problemas graves en nuestro país es el aborto. En el Perú no hay política en relación al aborto, sólo existe la criminalización. Todos hablamos en relación al aborto, todos estamos en contra pero el dilema mayor es como lo afrontamos. No existe una política estatal en relación al aborto. No hay una política preventiva, educativa. Sólo existe la represión penal y esta no es una solución sana.

En Italia antes de la segunda guerra mundial el gobierno dispuso que a toda mujer que salga gestando, las premiarían económicamente, además que el estado asumiría el mantenimiento si es que la parturienta o la madre no estuvieran en capacidad de mantenerlo. Reduciendo con esta política en la mínima expresión el aborto clandestino.

La organización Mundial de la salud define el aborto la interrupción del embarazo cuando el feto no es viable fuera del vientre materno. En el Perú solo se admite penalmente el aborto terapéutico con la finalidad de salvar la vida de la madre o vaya sufrir un daño grave o irreparable. (art. 119 del C.P.).

El problema del aborto se encuentra mal enfo-



BERNUÍ ORÉ, Pedro Enrique

cado, en razón que, uno puede estar en contra de la penalización en cuanto al bien jurídico afectado, pero eso no implica estar a favor del aborto. Uno puede estar radicalmente en contra del aborto, pero combatir éste mal mediante una efectiva política social, educativa, como es por ejemplo, premiar a la mujer que salga gestando, o subsidiar económicamente, como se hizo en Italia en el año 1935, a consecuencia de ello desapareció el aborto en ese país. Pero criminalizar el aborto, es un acto de cinismo. En la situación actual, en que la mujer desvalida y en la pobreza, pueda quedar gestando y sin apoyo de su pareja por cualquier causa, verdaderamente se encuentra entre la espada y la pared, tanto su vida, su futuro; en esta situación de desesperación pueda tomar una decisión equivocada. No podemos tapar el sol con un dedo, o cegarnos, de que no es un problema. En el Perú se producen más de 350.000 abortos al año (o más) donde mujeres adolescentes o adultas se exponen a perder la vida llevadas por la desesperación, en consecuencia se deben adoptar ideas compatibles al reto, pero sin que se tenga que afrontar juicios legales absurdos, que además por la benignidad de la pena muchas veces prescriben y no se logra disuadir la conducta.

En Cuanto al consumo de drogas es alto ya sea por parte de los varones, pero la magnitud del consumo de drogas por parte de las mujeres también es elevado. De 100 estudiantes hombres que consumen drogas hay 69 estudiantes mujeres que consumen drogas ilegales. El uso de drogas médica es superior por parte de las escolares mujeres en relación a consumo por parte de los escolares varones (de 100 hombres hay 142 mujeres que consumen diversos tipos de drogas incluyendo drogas médicas).

En realidad no es por parte del autor de este documento tratar hablar en forma pormenorizada sobre los diferentes datos que infieren sobre la conducta y el desarrollo integral del menor en el futuro sino dar indicadores generales, referenciales, de interés metodológico fundamental-

mente. La responsabilidad que debemos tener en relación al niño y adolescente, y su futuro, sustancialmente en función de la influencia que se va tener en la sociedad peruana.

D. La Educación.

Podemos Afirmar que parafraseando el dicho “que los niños son el futuro de la sociedad” podemos decir “como son los adultos y autoridades actualmente sabremos la formación y ejemplos que han recibido en la niñez”. Obviamente podemos afirmar que en este ámbito el país parte de sus autoridades empezando por los Presidentes de la República en colusión con delincuentes desvalijaron al país (1990 al 2010), proponiendo patrones de conducta que aparentemente podían darse por atenuados o desaparecidos en la actualidad: pero no ha sido así: continúa en su esplendor la corrupción en todos los ámbitos, como es el caso en el sector de Educación en instituciones universitarias donde rectores se ponen sumas astronómicas en sus sueldos para cualquier tipo de país ya sea desarrollado o en vías de desarrollo, saqueando el patrimonio de estudiantes de universidades privadas (casi en general); alcaldes, presidentes de región, entidades encargadas de aplicar justicia, medios de comunicación apañadores y cómplices. Todos ellos con notorias muestras de conducta delictivas. En consecuencia podemos decir que la educación en el Perú sufre de gruesas fallas.

A contra pelo de ello sin embargo manifestamos que la educación es uno de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes. La educación es una tarea permanente de las personas que debe ser satisfecha hasta la más avanzada edad. “La educación tiene como finalidad –dice nuestra Constitución Política en el artículo 13- el desarrollo integral de la persona humana”.

La educación en el Perú, no se desarrolla como quisiéramos. Tiene notorias fallas a nivel, inicial, primaria, secundaria y universitaria.

La educación por parte del Estado se brinda gratuitamente y debe ir acompañado con los servicios de alimentación y salud. En cuanto a las normas jurídicas están bien orientadas el asunto es ponerlas en ejecución. Se habla de la gratuidad de la enseñanza, servicios a los alumnos, hincapié en relación a la formación de maestros de calidad, materiales e infraestructura educativa. Pero todo ello se tropieza con la precariedad del presupuesto por dar un ejemplo: en el Perú se gasta \$400.00 dólares por alumno al año mientras que en Chile es \$1.500.00 dólares por alumno al año.

La educación forma parte del tejido institucional y social de un país y es cimiento de su potencial humano.

La educación es base sustancial para el desarrollo de la persona y con ello del país. Deficiencia estructural en la educación como por ejemplo no permitir el acceso de toda la población a prepararse es fuente de frustración personal e incuba deterioros sociales. El escaso presupuesto no permite que el Estado pueda asistir a la población con una educación eficiente. Los centros escolares están lejos de los núcleos estudiantiles. Hay niños que tienen que caminar horas para asistir a clases. Los maestros tienen una escasa preparación. El presupuesto de la República asignado a educación no permite dar una educación decorosa aun cuando se propongan año tras año que el presupuesto de la República sea el 6 % del mismo, esto no se cumple, históricamente se llega hasta el 3% a contrapelo de otros países de la región que su presupuesto anual llega al 6%. El sueldo de los profesores es escaso. Por regla general no llega a los dos mil soles oro. Todo ello contribuye a una elitización en formación educativa, conllevado a la desigualdad en la educación. Ante una educación deficiente y un mundo enormemente competitivo los estudiantes rurales y aquellas zonas deprimidas asumen un reto en total desventaja. Niños, adolescentes y hasta adultos de zonas deprimidas y rurales como es el caso de Huancavelica, Cajamarca, Apurímac, para

ellos siquiera ver una película tiene dificultades de entendimiento, cuando llegan a zonas de más desarrollo conseguir trabajo se les hace un mundo, por lo incipiente de su formación. Hasta para servir en un hogar se sienten incapacitados al verse atascados al no poder encender y poner en uso un microondas, aspiradora o quien sabe encender una cocina a gas pero no porque tenga acceso a ellos pero nunca ha hecho uso de ellos sino porque nunca los ha visto. En términos generales el sistema educativo peruano sufre de tres problemas graves: baja calidad educativa, desigualdad e ineficiencia. La primera hace alusión al tipo de calidad que brindan los profesionales a los estudiantes; el segundo es la desigualdad existente, en especial las zonas rurales y urbanas, particulares y estatales. Por último la infraestructura, totalmente deficiente. No obstante, todos estos males que acosan el sistema educativo peruano, donde el más resaltante es la corrupción, por otro lado debemos dejar constancia la mística de otros miles de maestros que no ceden ante estas plagas y cumplen sus tareas de formación de niños, adolescentes y jóvenes universitarios con la única satisfacción de cumplir con los demás por un desbordante e ilimitado amor al país y a la sociedad.

E. La Autoestima.

La autoestima entendiéndola como factor psicológico subjetivo. Responde a los valores sustancialmente de dignidad, positivos o negativos¹³ que tenemos internalizado. La autoestima puede responder a factor personal o puede ser manifestación de toda o gran parte de la sociedad. Nosotros queremos verlo como uno de los efectos que sufre un niño y adolescente conforme a la situación en la que se encuentra el país. Si la situación es de pobreza, como es el caso del Perú el efecto puede resultar perverso. En consecuencia es una de las consecuencias que más grave y perniciosas que se recibe. En el Perú la baja autoestima es casi generalizada. Se sufre o percibe pesimismo por parte de todos

13 Autor y Editor Corporación Chirre. Lima. 1998.pág. 08.



los sectores sociales. Esto es manifestación asimismo de la desigualdad social, las diferencias sociales que vienen heredados desde la llegada de los conquistadores. Está bajo autoestima se puede expresar por sentimientos que conducen a la depresión. Hay personas que sufren la depresión sin percatarse de ello. Segmentos femeninos, -se rehúsan querer buscar trabajo, esperando que su pareja las mantenga-, niños y adolescentes, que se descuidan en su higiene, hábitos de consumo, presencia personal, etc. Actúan con temor, cualquier problema o perjuicio le echan la culpa a otros. Proclives de culpar a los padres u otros miembros familiares de sus inconvenientes o traumas. Vergüenza de ingresar a sitios públicos o de enfrentar conglomerado de personas. Sentirse abatidos ante extranjeros. Todo ello puede ser combatido ciertamente con un trabajo persistente psicológico. Pero el principal manera como puede ser superado socialmente, es con éxitos sociales y económicos del propio país en su conjunto.

2. El derecho del niño y adolescente como fenómeno histórico

2.1. Consideraciones preliminares: El Derecho del Niño y Adolescente debemos verlo también como un fenómeno histórico, hay que apreciarlo de esta manera, analizarlo de este modo. Entendiendo que hacer historia es un 50 % de concepto de lo que estamos analizando (Samuelson, Economía, 1er. T.¹⁴). Veremos como el fenómeno jurídico, es algo reciente. No podemos negar la actitud instintiva del ser humano de acudir al niño y adolescente desde siempre. Pero no ha existido la conducta afectiva apropiada todo el tiempo. A veces los adultos desfogaban sus frustraciones (bueno según investigaciones realizadas sobre el maltrato al niño son las madres quienes más maltratan a sus hijos) en los niños, esto no ha sido erradicado hasta la fecha. Para el historiador Philippe Aries, historiador francés, en su obra el Niño y la Vida Familiar en el Antiguo Régimen, señala

que la infancia es un descubrimiento hecho en el siglo XVII al XVIII.

2.2. El Derecho del N.A. en la antigüedad. De los restos materiales obtenidos se observa que jurídicamente los pueblos que han dejado suficiente documentos, esto es desde que se descubrió la escritura, como es el caso de los Griegos y en Roma especialmente en estos últimos el Estado dispuso poder irrestricto al padre para que impusiera orden en su entorno. El niño y adolescente, así como la propia madre, se encontraba totalmente subordinada a la autoridad paterna. En Roma se denominó esta potestad como *Pater Familis*, el Estado otorgó con éste principio todo el poder al padre. Aunque el poder mayor lo detentaba el Estado (*ius imperium*). En la antigüedad, Grecia, Roma, Judea, se podían establecer normas, conductas violentas contra los niños y adolescentes como es el caso de Herodes, quien dispuso la muerte de los niños primogénitos. En Grecia, -Esparta- más apropiadamente, se permitía la muerte de niños recién nacidos. Aunque esta actitud estaba permitida en todas las ciudades griegas. Además, estaba admitida la esclavitud de los niños y adolescentes, los padres podían vender sus hijos o cualquier miembro de su familia como esclavos. O pagar deudas entregando a sus familiares incluyendo a sus hijos como esclavos, lo que motivo muchos levantamientos y enfrenamientos, donde el legislador griego, Solón tuvo que intervenir como autoridad y evitar se continuara con estas prácticas, que estaba generando conflictos entre los sectores sociales. También eran frecuentes los sacrificios de los niños y niñas como también mutilaciones para ser utilizados posteriormente como guardianes del harén de las clases altas. O simplemente por que decían que la voz de los niños castrados era más bella. O también para el tráfico sexual. El sacrificio religioso asimismo estaba permitido y esto lo advertimos en las páginas de la Biblia, donde se relata el caso de Abraham, quien estuvo a punto de sacrificar a su hijo Isaac, según manifiesta por mandato divino. Doctrinalmen-

14 Samuelson, Economía. Editorial Mcgraw-Hill Primer Tomo. XII edición. México. 1990. Pág. 45.

te en el siglo 400 a.e. Aristóteles decía “un hijo y un esclavo son propiedad y nada de lo que se hace con su propiedad es injusto”¹⁵. En el siglo IV a.e. en Jericó los niños eran empotrados de los cimientos de las murales, muros de los edificios y puentes, para supuestamente fijarlos.

2.3. El DNA en Roma. En edad antigua, la minoría de edad se daba hasta los 25 años. La pubertad se iniciaba desde los 14 años y se podía contraer matrimonio desde esta edad. P. Aries, manifestaba en su obra que el varón ciudadano representaba el mejor valor de la sociedad, creando con ello desigualdad entre los hijos y la madre. En Roma había tres instituciones básicas dirigidas hacia la protección del menor: en caso de abandono de los infantes, instituciones alimentarias y los registros y certificados de nacimiento. El abandono de los hijos era una atribución propia de la Patria Potestad, en consecuencia atribución propia de la vida y muerte sobre sus hijos. (*ius vitae et necis*). El hijo respondía a la característica del *alieni iuris*, es decir la dependencia y subordinación del hijo. La Ley de las XII tablas se reconocía la venta de los hijos o la muerte por deformaciones “*cito necatustaquam ex XII tabulisinsgnis ad defor-mitatemper*”. En cuanto a la institución de la Alimenta, Las primeras referencias las encontramos en el Gobierno de Nerva (96-98) quién concedió ayuda públicas a las familias que carecían de medios para poder sacar adelante a sus hijos, estas ayudas se denominaron *alimentas*. Con el emperador Trajano (98-117) se institucionalizo y el emperador Adriano continuó con estas ayudas creándose la figura de *praefectura-limitorum*. En cuanto a los Registros y Certificados, respondían a la *Lex Aelia Sentia* (4 d.c.) y la *Lex Poppaea* (9 d.c.). Obviamente no todos los nacidos podían ser inscritos. Estaba restringida a los legítimos. En cuanto a la Patria Potestad en Roma, la dependencia al padre era total en relación a los hijos, esposa, madre y esclavos. En relación a los hijos esta sujeción desaparecía de a cuerdo a derecho. A principios del siglo (8

d.c.) Primero Ulpiano y después Marciano suavizaron los rigores de la Patria Potestad como que no se puede matar al hijo sin antes escucharlo o en el caso de Marciano, que deportó a un padre por haber matado a su hijo acusándolo de mantener relaciones con su madrastra. Aduciendo el emperador que la Patria Potestad debe consistir en la piedad, no en la atrocidad. Ciertamente que esto podía confundir el poder de la Patria Potestad con el *ius imperium* propio del Estado y gobierno Romano. Fue en el imperio romano de oriente donde se constituyo la más alta expresión jurídica siendo durante el reinado de Justiniano (482-565 d.c.) quién secundado de grandes juristas dirigido por Triboniano (según refiere el maestro peruano José Antonio Silva Vallejo¹⁶) hicieron la notable compilación denominada *Corpus Iuris*.

Con las Cruzadas habidas en el Medioevo con la finalidad de recuperar la Tierra Santa se organizó una cuarta cruzada denominada infantil, organizada por el Papa Inocencio III (1148-1202), que utilizando predicadores fanatizados se hizo este experimento que acabó en una debacle. Empujada además por la hambruna que sufría Europa. Falleciendo miles de niños y algunos eran hasta sacrificados con finalidad de alimentarse. La aventura fracaso estrepitosamente, al cruzar los niños el mediterráneo algunos barcos naufragaron y los que llegaron a las costas fueron vendidos como esclavos en Egipto. En otras cruzadas habidas la hambruna era tan fuerte que se comían a los niños, permitiéndose antropofagia.

Para los efectos religiosos en una sociedad signada por prejuicios teológicos, el Derecho Canónico medioeval estableció la edad de siete años para recibir los sacramentos. Al margen que socialmente desconocían la sutileza de los niños considerándolos como si fueran adultos lo que hay muchas referencias en los trabajos pictóricos donde se ponían a los niños con ros-

15 Aristóteles, La Política. Idem Pág. 31

16 José Antonio Silva Vallejo, El Pensamiento Jurídico y Filosófico. 2010. Ed. J.A.Silva Vallejo. II Tomo Pág. 1119.



tros de adultos.

2.4. El Derecho del niño y adolescente en la Etapa Moderna: Se logró entender la educación que se debía dar a los niños y adolescentes, tenemos la obra de Emilio de Juan Jacobo Rousseau donde plantea la controversial hipótesis que el *“hombre nace bueno y la sociedad lo corrompe”*¹⁷. En esta obra da pautas sobre la educación al niño y adolescente. Suavizar la educación que se daba en esa época. En su obra Fermín Chunga la Monja¹⁸, recoge algunos datos, que reproducimos: en Alemania en el año 1833 se dieron modelos de readaptación; en Inglaterra en el año 1854 se separó a los niños de los delincuentes. En Rusia en 1897 se normó que los procesos a los infractores niños y adolescentes fuese a puertas cerradas. En el siglo XIX no existía un centro de protección a los niños como es el caso en Nueva York el maltrato dado a la pequeña Mary Ellen (1874), por sus padres adoptivos, quién denunciados en los tribunales, no había quién la represente ante esa instancia legal, teniendo que ser la sociedad protectora de animales quien la defiende. A raíz de este suceso se crea en Nueva York la primera Sociedad de Prevención de la crueldad en los niños. Fermín Chunga la Monja resalta que en el año 1899 se constituyó en Chicago – Estados Unidos el **Primer Tribunal de Menores**, que denominó la Partida de nacimiento del menor, que después cundió el ejemplo en todos EE.UU. y a nivel mundial. Pues sirvió para la creación jueces especiales abogados al tratamiento del menor como disciplina jurídica autónoma con sujeto y objeto propio. Conllevando preparación especial a los magistrados en el tratamiento y conocimiento de los niños y adolescentes.

2.5. En la Época Contemporánea: Tenemos normas de carácter internacional como la Declaración de Ginebra del año 1924, cinco escuetos puntos pero muy relevantes.

Convención de los Derechos del Niño del año 1989, de gran trascendencia. Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia a menores. Y las Directivas de las Naciones Unidas (RIAD). En América, en el año 1919 se creó en Montevideo Uruguay El Instituto Interamericano en Defensa del Menor.

Es con esto, a partir del Siglo XX, que el Niño y Adolescente dejó de ser invisibles y empezó a ser tratado técnica y profesionalmente.

2.6. Situación histórica del niño y adolescente en el Perú.

2.6.1. En la sociedad incaica: Obvio que lo prioritario fue la subsistencia. El mayor desafío lo ofrecía el medio ambiente. No se tiene conocimiento que las culturas subordinadas a los Incas fueran tratadas de manera cruel y vejatorio. Había un autoritarismo estatal. La sociedad incaica era enteramente estratificada. A cuya cabeza estaba el Inca, la nobleza denominada “Orejones”. Los niños de clases altas tenían acceso a la educación en los centros de instrucción llamados Inkahuasi y a cargo de maestros llamados Amautas. Los niños de sectores bajos, su educación estaba ligado a las labores sustancialmente de tipo doméstico: cuidado de hermanos menores, ayuda en el trabajo en la agricultura. El trato hacia los niños era dicotómico, esto es suave por un lado y riguroso por otro, especialmente en lo que se refiere a ritos religiosos, que conducían hasta el sacrificio.

2.6.2. En la colonia: Dominada por la élite española. Se caracterizó por ser una sociedad escindida y excluyente, especialmente en relación a la raza indígena. El trabajo se convirtió en obligatorio para los de ésta raza. Se rompió la correa de transmisión que significaba la familia. La desigualdad se entronizó y con ello la pauperización de toda la sociedad. Los indios podría afirmarse que trabajaban en las minas hasta el exhausto y hasta la muerte. Se dieron medidas protectoras, como es el caso para menores de 18 años, quienes no tributaban, en caso de trabajar éste debería ser remunerado, igual en los casos de trabajo en las mitas; pero,

17 J.J. Rousseau, Emilio; ed. Mercurio, Lima – Perú 1971.

18 Fermín Chunga la Monja, Derecho de Menores, Ed. Grijley5ª edición 2000. Pág. 81

esto era verdaderamente un eufemismo, pues la retribución no se cumplía. Tan así es así que las madres mataban a sus hijos recién nacidos para evitar que trabajaran en las mitas¹⁹.

2.6.3. En la República: Los sectores sociales débiles continuaron desprotegidos. José Luis Orbegoso creó la Beneficencia Pública de Lima y Agustín Gamarra la reglamentó. El Mariscal Castilla elaboró el Primer Manual de Crianza de Niños.

En el año 1918 durante el Gobierno de José Pardo y Barreda se dio una ley precursora: la ley 2851 a favor de los niños y adolescentes y de la mujer. Se estableció la jornada laboral de acuerdo a la edad: no más de 6 horas los adolescentes a partir de 14 años hasta los 18 y las mujeres no más de 8 horas. Prohibición de trabajo nocturno y perjudicial. Se establecieron Casas Cunas en los establecimientos laborales y una hora para atender a los recién nacidos, Descanso por Lactancia y Beneficio de ingreso para el huérfano del Empleado Público.

Recién en el siglo XX se materializaron dispositivos a favor del niño y adolescente. Primero, el Código de Procedimientos Penales de 1914, después antes acotada, a continuación el Código Penal de 1924, Código Civil de 1936, Código de Menores de 1966 y Código de los Niños y Adolescentes 1991 y 2001.

3. El niño y adolescente como fenómeno jurídico

Para nuestra materia que es el Derecho del Niño y Adolescente viene a constituirse naturalmente el más resaltante. Que, en relación al Derecho del Niño y Adolescente como aspecto jurídico, debemos sentar algunas premisas de lo que debemos entender lo que es Derecho.

El Derecho como se conoce actualmente, en gran parte de América fue importado, tomado como hecho reciente²⁰. Mientras que en África-

ca, después Asia y por último Europa, tuvo un desarrollo normal; por la interconexión e influencia; sin embargo en la actualidad tanto el Derecho del Niño y Adolescente como el derecho femenino está adquiriendo gran desarrollo y protagonismo. Veremos como se plasma jurídicamente tanto en lo doctrinal como en las normas.

3.1. Condición jurídica del niño y adolescente.- En el Perú la condición jurídica del niño y adolescente estaba regulado en la Constitución Política e históricamente dentro del Código Civil y el Código Penal, también en el Código Procesal Civil y el Código de Procedimientos Penales. Posteriormente en el año 1964 apareció una norma especial. Aunque laboralmente estuvo legislado en la Ley 2851 del año 1918. Nuestra Constitución actual en una incongruente normativa dice del niño y adolescente en el artículo 4° que la comunidad y el estado protegen especialmente al niño y adolescente, a la madre y al anciano en estado de abandono²¹. Podemos adelantar decir que es incongruente, -pues más adelante volveremos hablar del tema- en razón que nuestra Constitución del año 1993 habla de sociedad y Estado. Pero es inexplicable el porque ingresan utilizar el término lingüístico comunidad, cuando ya todos tenemos formado un concepto de sociedad pero no el de comunidad. Además agregan “en estado de abandono” cuando nuestro Código del niño y adolescente está integrado enfáticamente a la doctrina de la protección integral y en consecuencia no puede hacer distinción o acoger el concepto superado y antagónico de la doctrina de situación irregular, nuestro Código del Niño y Adolescente, fiel reflejo de la Convención de los Niños, no puede hacer distinciones entre niños y adolescentes en estado de abandono y los que no están en estado de abandono, todos son iguales. Nuestro Código Civil al hablar de capacidades, dice sobre el niño y adolescente que son incapaces: absoluto (desde la concepción hasta los 16 años) e incapaces re-

19 Héctor Galeano, Las venas abiertas de América Latina. Internet.

20 Es reconocido el Código de Hammurabi, encontrado en Mesopotamia, hecho en piedra de basalto, como uno de los documentos más antiguo del mundo.

21 Gustavo Gutierrez-Ticse. Constitución Política del Perú. Ed. Grijley. 2010. Lima



BERNUÍ ORÉ, Pedro Enrique

lativos, (de los 16 a los 18 años). En cuanto a Tutela Jurisdiccional lo pueden adquirir a partir de los 16 años cuando contraigan matrimonio, también pueden interponer demanda de alimentos. Esto es capacidad de ejercicio que lo tienen limitado y pueden ejercitarlo en casos puntuales como los mencionados. En relación a nuestro Código Penal el que teníamos en año 1924 señalaba que la pena que podía infligir al niño y adolescente infractor era 50% del adulto. Recién en el siglo XX se elabora la teoría de la inimputabilidad. Que en el Perú responde al principio *juri et de jure*. Consistente en la capacidad de atribuirle a alguien un delito. Siendo en consecuencia su fundamento su libertad y capacidad de discernimiento. En la caracterización y definición del delito –acción, típica, y antijurídica- un adolescente infractor puede estar comprendido dentro de estos elementos, pero no en relación a la culpabilidad, puesto que no puede ser sujeto de reproche. Según la doctrina se considera inimputable por falta de experiencia (Santo Tomás de Aquino). Otra interpretación es el embotamiento de sus sentidos, bajo intelecto, incapacidad para entender la acción injusta. Condición privilegiada. Vulnerabilidad. Capacidad de rehabilitación e insertarse en la sociedad (conclusiones que obtuve como Fiscal Provincial de Familia en el Distrito Judicial de Huaura en los años 1998 a 2005). Además de ello no es poco frecuente que sufran trastornos bipolares, paranoia o esquizofrenia, que se van superando a medida que vaya avanzando en la edad para que en un momento determinado desaparecer.

4. El derecho del niño y adolescente como fenómeno doctrinal.

Se entiende que existen dos doctrinas:

-Doctrina de la Situación Irregular.

-Doctrina de la Protección Integral.

Son dos teorías una antigua y otra moderna. De manera general una se aplica a países atrasados y otro en las civilizaciones de mayor desarrollo.

4.1. Doctrina de la situación irregular. Como hemos dicho es propio de países atrasados. Se remarca la situación de abandono o cuando se encuentran en estado de peligro social, moral y material. Hay precariedad extrema: pobreza extrema.

Se toma en cuenta:

-Cuando el menor se encuentra en estado de abandono.

-Menores infractores.

-Sustancialmente: segregación. Se criminaliza la pobreza. Es como si existieran dos mundos: el de los niños y adolescentes de clase media y ricos. Y del otro lado los niños y adolescentes de clases bajas, pobres o muy pobres. A estos últimos caen las medidas tutelares o son considerados como infractores. Por decir un adolescente es intervenido caminado por haberse sustraído un gorro de la banca de un parque: la autoridad hace una distinción, si pertenece a la clase media, lo toma como una anécdota pero si es de familia pobre: lo remite interno a un centro juvenil.

Características intrínsecas:

-El Juez de Familia asume todas las responsabilidades. No consulta ni toma en cuenta la opinión del Fiscal de Familia, de los auxiliares de justicia. Actúa como si fuera un padre: esto niega al Niño y Adolescente su capacidad de sujeto de derechos. El Juez si por el fuese bota al Defensor del Infractor y a su familia. Se considera omnímodo y resuelve conforme a su propia subjetividad. Si le cae bien el adolescente es benigno con él, pero si no le cae bien, le aplica lo más severo del Código del Niño y Adolescente.

-Al no respetarse al Niño y Adolescente con ser Sujeto de Derechos se vulnera sus Garantías Constitucionales: legalidad, adopta criterios de peligrosidad, sujeto de restricciones. Se sanciona la pobreza. Hay asistencialismo, del cual no discrepo, pero si cuando es indiscriminado incluyendo sectores que no precisan, por ejemplo personas aptas para trabajar, a los cuales se les puede inocular una actitud permisiva y ociosa. Presunta compasión por parte de las autoridades y legisladores disfrazando los hechos con

eufemismos.

4.2. Doctrina de la protección integral. Se salvaguarda su interés desde la concepción hasta que se cumple los 18 años de edad. Tiene caracteres tutelares. El apoyo se hace extensivo a la familia, especialmente a la madre. Lo que es loable. Se incentiva: centros prepartos, cobertura escolar, creación de cunas infantiles, comedores populares, campañas de salud, centros recreacionales, incentivos pecuniarios (caso de Canadá donde a los niños y adolescentes escolares se les gratifica con una cantidad regular a los alumnos responsables).

Caracteres Intrínsecos:

-Está abolida la segregación entre niños y adolescentes. Se trata de eliminar la desigualdad.

-Se eliminan el criterio de peligrosidad.

-Todos los niños y adolescentes son tratados iguales.

-Existe el concepto univoco que el niño y adolescente es sujeto de derechos.

-Las medidas socio educativas o tutelares aplicarse responden a la acción incurrida y no por ratio de estado de abandono.

El Juez ya no actúa con criterios de paternidad, respetar el principio que niño y adolescente es sujeto de derechos.

-El juez tendrá que tomar en cuenta la opinión de los demás partes del proceso.

Intervención de diversas autoridades, profesionales, como los auxiliares de justicia: trabajadores sociales, médicos legistas especializados, psicólogos, policías.

-Respeto al principio de legalidad.

-Eliminación de eufemismos.

5. El derecho del niño y adolescente como fenómeno autónomo.

En relación al derecho del niño y adolescente hay una línea confusional como es el caso con el Derecho de Familia, sin embargo son distintos. Partamos por tanto señalar unos puntos propios del Derecho del Niño y Adolescente, cuyos

derechos tiene una estructura y características propias.

5.1. En cuanto a su estructura. Responde a lo usual del derecho en general. Un aspecto sustantivo y otro aspecto adjetivo. En cuanto al primero el Niño y Adolescente es titular de derechos y garantías tanto Internacionales como Constitucionales. Derechos inmanentes tanto objetivos como subjetivos.

En cuanto a lo adjetivo, responde a las Garantías Procesales.

Aspecto Político, responde a los lineamientos de la política gubernamental aplicar.

En lo que se refiere a las características del DNA, tenemos a la didáctica aplicar como es la Doctrinal y Metodológica. La Legislativa, consistente en las normas jurídicas que tiene de distintas disciplinas. La Administrativa, responde al nuevo tratamiento de la Gestión Estatal.

5.2. Diferencia con el Derecho de familia.

En relación a diferencia con la familia y el Derecho de Familia por parte de grandes sectores dan por descontado la dependencia del Derecho del Niño y Adolescente con el Derecho de Familia, se considera que el derecho del NA se encuentra inmerso dentro del Derecho de Familia lo que no es cierto.

Diferencias del Derecho de Familia y el Derecho del Niño y adolescente.

Primeramente tenemos que decir que la Familia en textos sociológicos, doctrinarios como en la Constitución del año 1979 señala que la familia es célula de nuestra sociedad. Entendiéndola consiguientemente como una forma especial de organización y esto es muy cierto, el hombre vive en sociedad y no se puede desarraigar de esta muy fácilmente sin que corra enorme peligro su subsistencia.

La familia ha pasado por varios estadios, esto es a evolucionado tal como explicara Lewis Morgan en su obra la sociedad antigua²² y Al-

22 Lewis Morgan, Sociedad Antigua. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. Pág. 45.



BERNUÍ ORÉ, Pedro Enrique

vinToffler²³, este último refiere además la evolución de la familia sino que además da cuenta que la familia sigue evolucionando tal es así que refiere que en los Estados Unidos el 30% de las personas mayores de 18 años viven solas. Además la constitución de las familias ya sean en concubinato o casadas, pueden ser disueltas, ya sea de hecho o con el divorcio. La constituciones matrimoniales o ya sea de unión de hecho responde a caracteres patrimoniales. El matrimonio es una institución al encontrarse protegida por la Constitución de la República y otros hechos.

En cuanto al Niño y Adolescente es de carácter antropológico, consiguientemente indisoluble: es una etapa transitoria de la vida. La más vulnerable. Carece además de fines patrimoniales.

6. El Derecho del niño y adolescente como fenómeno biopsicológico.

El Derecho del niño y adolescente responde además a factores biopsicológico y también sociológicos. Aún cuando pretendamos no observar las diferencias estas saltan a la vista. Si bien en la primera etapa de la vida hasta la llegada de la adolescencia no son notorias las diferencias, y si existen son mínimas. Pero posteriormente se acusan las diferencias. A partir de la adolescencia y con la primera menarquía de la mujer se suscitan transformaciones. Los desórdenes de carácter general entre ambos es las vertientes hormonales haciendo a las mujeres se reproduzca conductas feministas y en el hombre machistas. En ambos se dan desórdenes psicológicos como son paranoias, esquizofrenias (su mundo existencial dividido), delirios de persecución. Conducta bipolar. Esto es, pasar de euforias delirantes hasta depresiones graves. Las infracciones más comunes en el varón es el hurto y lesiones. Se manifiesta además delirios de autoafirmación y causar admiración que conduce a exacerbaciones sociales sobre todo cuando se encuentra en muchedumbre. Mientras que en la mujer –según Simone de Bouvair²⁴

se manifiesta en la entrada de la adolescencia un período grave de variación total de valores, hasta puede llegar como rechazo a la sociedad y autoafirmarse y con las dudas consiguientes, llegar hasta la prostitución. Su incursión no es tanto al delito pues la prostitución no es considerado como acto doloso y por consiguiente no configura como delito, pero también sus delitos o actos inmorales en la mujer están ligadas al consumo y tráfico ilícito de drogas y por último al hurto como al delito de aborto, como sujeto pasivo muchas veces.

7. Definición del Derecho del niño y adolescente

Hay muchas definiciones pero consideramos como la más avanzada la dada por el maestro sanmarquino Dr. Fermín Chunga La Monja, quién define -en su época llamado Derecho de Menores: "Derecho especial de protección al menor en situación irregular". Comparto en parte está definición, en el sentido como derecho, especial y protección. Pero estamos en desacuerdo en relación a lo de situación irregular, puesto que esto queda dentro de la doctrina que ya no es aplicable conforme a nuestro Código del Niño y Adolescente y de acuerdo a lo que hemos dicho y comparado con el de la doctrina de la Protección Integral.

En este caso la cátedra acoge la definición siguiente: "Un Derecho especial de naturaleza mixto, y autónomo de carácter tuitivo que cautela y protege los intereses del niño y adolescente de manera integral". Lo que tratamos es dar una definición técnica de acuerdo a lo que hemos dicho del derecho del Niño y Adolescente hasta está parte.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aristóteles, La Política. Editorial Lima S.A. Perú
Aries, P. El Niño y la Vida Familiar En El Antiguo Régimen. Ed. Taurus, Madrid.

23 AlvirToffler, La 3ª. Ola. Ed. Plaza James. Sexta edición 1981. Barcelona. Pág. 144.

24 Simone de Bouvair. Ediciones Leviatán. 2ª. Tomo. Argentina. 1958. Pág. 77.

- Carmichael, L. (1957) Manual de Psicología Infantil. Ed. El Ateneo. Buenos Aires.
- Chunga La Monja, F. (2000) Derecho de Menores. Ed. Grijley. Perú.
- Código de la Niños y Adolescentes del Peruano 07/08/2000.
- Corporación Editora Chirre, La Autoestima. (1999). P. 98. Lima- Perú
- Diccionario Ilustrado de la Lengua española. (1991) Ed. Ramón Sopena, Barcelona
- Engels, F. (1969) El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. Ed. Progreso. Moscú.
- Ismodes, C. (1969) Sociología. 6ª, Edición. Editorial Minerva. Lima-Perú.
- Roll, E. (1985) Historia de las Doctrinas Económicas. Ed. Fondo de Cultura Económica. México.
- Samuelson, E. (1990) Economía Mc Graw-Hill. México.
- Simone de Beauvoir. (1958) El Segundo Sexo. Ediciones Leviatán. Buenos Aires.