

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

DOCTORADO EN DERECHO

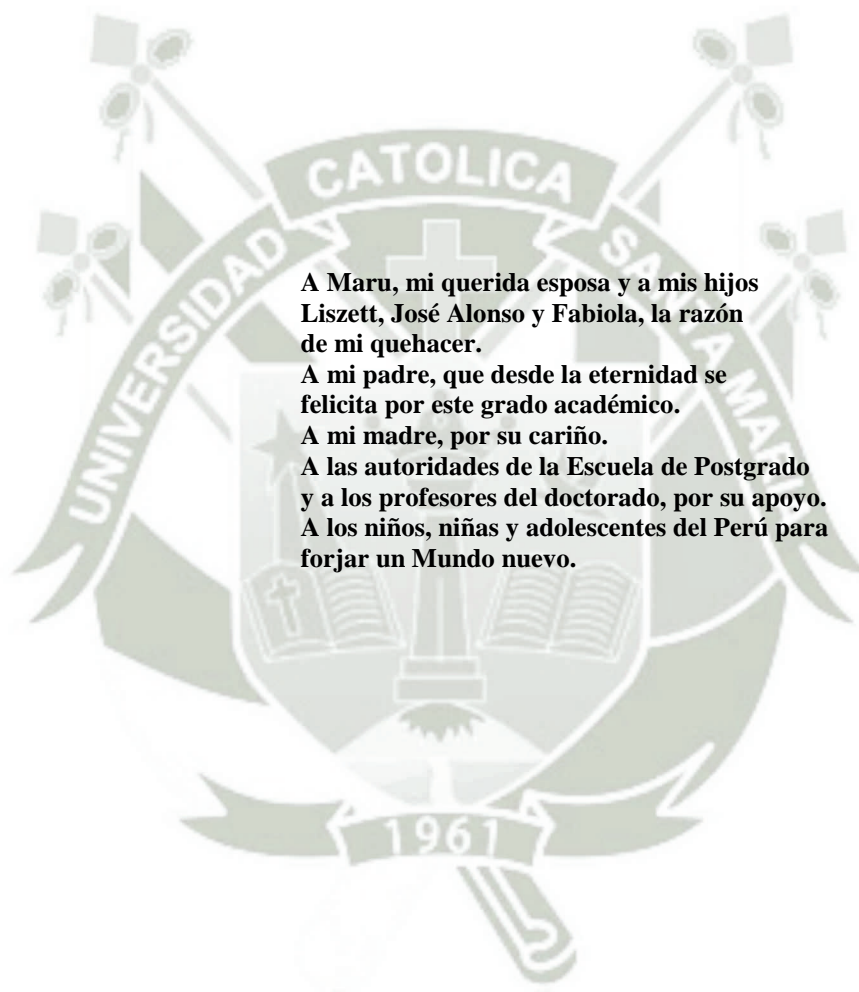


**"LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS FRENTE AL
SISTEMA JURÍDICO"**

Tesis presentada por el Magíster:
JOSÉ ANDRÉS BUTRÓN FUENTES
para optar el Grado Académico de:
DOCTOR EN DERECHO.

AREQUIPA - PERÚ

2004



**A Maru, mi querida esposa y a mis hijos
Lizzett, José Alonso y Fabiola, la razón
de mi quehacer.
A mi padre, que desde la eternidad se
felicita por este grado académico.
A mi madre, por su cariño.
A las autoridades de la Escuela de Postgrado
y a los profesores del doctorado, por su apoyo.
A los niños, niñas y adolescentes del Perú para
forjar un Mundo nuevo.**



EPIGRAFE

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos sociales de derecho, no son seres incompletos, no son minusválidos por definición, son seres humanos con todas sus capacidades en formación, que deben ser promovidos y protegidos en el ejercicio de sus derechos y responsabilidades.

**Lourdes Febres Chirinos.
Directora de PROYECCIÓN.**

ÍNDICE

Resumen.	6
Abstract.	7
Introducción	8
I.- HACIA UNA RECONCEPTUALIZACION DEL DERECHO DE MENORES	10
1.- Antecedentes internacionales normativos	18
2.- Derechos Humanos y Derechos Fundamentales de la persona.	23
3.- Evolución de la doctrina del menor.	31
4.- Antecedentes históricos en el Perú.	35
5.- El amparo del menor en la Constitución Política.	45
II.- LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.	50
1.- Antecedentes de la Convención.	50
2.- Promulgación de la Convención sobre los derechos del niño.	56
3.- Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño.	56
III.- LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS RECONOCIDOS POR EL SISTEMA JURÍDICO.	67
1. El Código de los niños y adolescentes.	67
1.1. Título Preliminar.	67
1.2. Derechos de primera generación.	80
1.3. Derechos de segunda generación.	88
2. El Derecho Familia y el Código de los Niños y Adolescentes.	90
2.1. Las Instituciones de Familia en el código de los niños y adolescentes	95
2.2. La pubertad.	95
2.3. El matrimonio de Adolescentes.	102
2.4. La patria potestad.	109
2.5. La tenencia.	126
2.6. El régimen de visitas.	133
2.7. Los alimentos.	142
2.8. La Tutela y el Consejo de Familia.	148
2.9. Colocación Familiar.	160

2.10.- Autorización para viaje de menores.	162
3.- En el Derecho de Personas.	163
4.- En el Acto Jurídico .	175
5. En el Derecho Sucesorio.	177
Los derechos sucesorios del concebido	177
6.- En los Derechos Reales.	180
La enajenación de los bienes de los menores.	180
7.- En las Fuentes de las obligaciones.	184
La contratación de menores.	184
8.- La responsabilidad civil de los Menores.	196
9.- En los Registros Públicos.	198
La inscripción de actos de menores.	198
10.- En el Derecho Internacional.	200
La Adopción internacional.	200
IV.- EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL AL NIÑO Y ADOLESCENTE	202
V.- LA JUSTICIA ESPECIALIZADA	210
VI.- EL TRABAJO INFANTIL EN EL PERÚ	224
CONCLUSIONES.	241
SUGERENCIAS.	242
BIBLIOGRAFÍA.	261
HEMEROGRAFÍA	264
ANEXOS.	266

RESUMEN

La problemática de los niños y adolescentes en el Perú y en el mundo fue tratada atendiendo a su vulnerabilidad y debilidad, propia de su evolución, en tanto *objetos* de protección por el Estado. Hoy en día, desde su condición de seres humanos, los asumimos como *sujetos* de derechos, y, por tanto, titulares de derechos a fin de ser protagonistas de su propio desarrollo.

A esa nueva orientación apunta este trabajo. Y lo hace a la luz de la doctrina de la protección integral de la Infancia, sustrato ideológico de la Convención sobre los Derechos de los Niños, aprobada por las Naciones Unidas en 1989, y que permitiera promulgar el Código de los Niños y Adolescentes, peruano.

Por eso, la nueva codificación de los derechos de los niños y adolescentes, se encuadra en esta nueva visión, lo que nos ha permitido contrastar su regulación específica, desde la perspectiva de los derechos humanos y los fundamentales de la persona, con al normatividad vigente de nuestro ordenamiento jurídico interno.

Por ello, hablamos de un derecho de los niños y adolescentes superando la antigua normatividad de los menores de edad, y a la luz de las nuevas corrientes doctrinarias, analizamos los derechos reconocidos a su favor contrastándolos con la vigente regulación en el campo del Derecho Civil, especialmente con el Código Civil, con el Derecho Penal, con el Derecho Laboral, con el Derecho Administrativo, a fin de armonizar sus derechos frente al sistema jurídico nacional.

En ese esfuerzo deseamos contribuir, desde nuestra labor académica, en la seguridad que los nuevos vientos de la Convención sobre los Derechos de los Niños y el Código de los Niños y Adolescentes, permitirá encontrar una adecuada regulación en nuestro sistema jurídico, generando espacios y las condiciones necesarias para que los niños y adolescentes sean actores de la construcción de su propio destino, ejerciendo por sí, aquellos derechos que le son reconocidos. enfrentando los nuevos retos y el futuro que la sociedad peruana les depara.

ABSTRACT

The problem of children and teenagers in Peru and in the world was treated attending to its vulnerability and weakness, proper of its evolution, while protection *objects* by the State. Nowadays, from its condition of human beings, we assume them as *subjects* of rights, and therefore, holders of rights in order to be protagonists of their own development.

This work points at this new orientation. And it does it in the light of the integral protection doctrine of the Infancy, ideological substratum of the Convention on the Laws of the Children, Approved by the United Nations in 1989, and that allowed to promulgate the Peruvian Children and Teenagers' Code.

Because of it, the new codification of the children and teenagers' rights, is fitted in this new vision, which has allowed us to confirm its specific regulation, from the perspective of the human rights and the fundamental ones of the person, with the in force norms of our juridical internal classification.

That is the reason why we speak about a children and teenagers' right overcoming the former norm of the youngsters, and in the light of the new doctrinaire currents, we analyze the rights recognized to their favor contrasting them with the in force regulation in the field of the Civil law, specially with the Civil Code, with the Criminal law, with the Labour law, with the Administrative law, in order to harmonize their rights opposite to the juridical national system.

In this effort we want to help, from our academic labour, to be sure that in the new trends of the Convention on Children's Laws and Children and Teenagers' Code, it will allow to find a suitable regulation in our juridical system, generating spaces and the necessary conditions for the children and teenagers to be actors of their own destiny, practising those rights that are recognized, facing the new challenges and the future that the Peruvian society provides them.

INTRODUCCIÓN

La Tesis Doctoral sobre "**LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS FRENTE AL SISTEMA JURÍDICO**" en la última década, pretende investigar el contenido de las distintas instituciones reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de los Derechos reconocidos a los menores de edad por la Convención sobre los Derechos de los Niños aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas, a fines del año de 1989 contrastándolas con las recogidas en el Derecho Civil, además de las que le son propias.

Por eso, busca afirmar las instituciones básicas consagradas en el Código de los Niños y Adolescentes, estableciendo su vinculación con las recogidas en el Código Civil, partiendo de las nuevas situaciones sociales que se han configurado en la última década y que deben ser objeto de tratamiento legislativo.

El caso del concebido como sujeto de derechos, la protección de su integridad desde la concepción prohibiendo la manipulación genética extensiva a técnicas modernas como la clonación; o los derechos de la persona, de la familia o sucesorios y sus implicancias con instituciones reguladas por el Código de los Niños y Adolescentes principalmente con aquellos derechos como el de la identidad, la intimidad, la identificación, a las libertades de asociación y de tránsito, del ejercicio de derechos civiles y políticos por parte de los Niños y Adolescentes peruanos, como el juzgamiento del adolescente infractor o el régimen laboral del adolescentes, son pues, entre otros, temas de preocupación latente que merecen ser analizados e investigados.

En el caso de los derechos de Familia, tenemos el tratamiento que de manera concordante requieren las instituciones de familia, tales como la patria potestad, los alimentos, figuras reguladas tanto por el Código de los Niños y Adolescentes como en el Código Civil, y otras como la Tenencia o el régimen de Visitas, ampliamente tratadas en el primero a diferencia del segundo así como en otros derechos civiles, la responsabilidad de los menores de edad; en las Fuentes de las Obligaciones, el derecho a contratar de los Adolescentes, o en el Derecho Internacional Privado, a propósito de la Adopción, también requieren un estudio, que permita encontrar una regulación

adecuada y orgánica por el sistema jurídico peruano, atendiendo a la nueva realidad planteada, a partir de 1991, en que fuera ratificada por el Perú la Convención de los Derechos de los Niños y en particular, con la promulgación del primer Código de los Niños y Adolescentes, reemplazado hoy con la Ley N° 27337.

Por eso, es indispensable identificar los derechos regulados por la nueva codificación de los Niños y Adolescentes, con el propósito de establecer la necesaria conexión jurídica con los derechos e instituciones del Derecho Civil y otras ramas del Derecho, como la Penal, la Laboral o la Administrativa, puesto que ello traerá, sin lugar a dudas, consecuencias de carácter legal en sistema jurídico peruano.

No es posible que ingresados a un nuevo milenio, sigan reguladas instituciones jurídicas en forma dual, sin merecer por lo menos, una atención académica que contribuya a reflexionar un tratamiento en una sola perspectiva legislativa de los Derechos de los Niños como de los Derechos Civiles y Laborales, o su tratamiento penal y administrativo. A esa tarea, pretendemos contribuir, desde el campo de la investigación doctoral.

Arequipa, diciembre del 2004.

I.- HACIA UNA RECONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO DE MENORES

Desde una perspectiva eminentemente jurídica, el tratamiento de la situación de los menores de edad, desde las épocas romanas hasta las sociedades modernas, no implicó ninguna clase de protección jurídica sino la consideración de ser objetos de propiedad, bien del Estado, bien paternal, por lo que su regulación, quedo enmarcada en la normatividad aplicable a los adultos.

Pese a ello, diversos sectores en el plano internacional como nacional, asumieron una preocupación por la situación de la minoridad, lo que obligaría -más tarde que temprano- a diseñar un conjunto de normas dirigidas a regular la minoría de edad desde el punto de vista jurídico, dando lugar a lo que se conceptuaría como un Derecho de Menores, disciplina aplicable a los menores de edad, por lo que aún así, no era "necesario remontarse a sociedades antiguas, como la griega o la romana, en las que el menor ni siquiera era considerado un bien susceptible de protección jurídica, sino un mero objeto de la propiedad estatal o paterna, caracterizado por un estado de imperfección del que sólo se salía con el transcurso del tiempo."⁽¹⁾.

En estas latitudes americanas, como la del Perú, un sector reducido de juristas se dedicaron al estudio de esta novísima rama del Derecho; así es el caso del Dr. Fermín Chunga Lamonja, para quien el Derecho de Menores, "no sólo es el conjunto de normas jurídicas relativas a definir la situación irregular del menor, su tratamiento y prevención, sino, además, permitir el reconocimiento del derecho del menor que el Estado está obligado a garantizar, proteger y hacer realidad"⁽²⁾.

¹ ALÁEZ CORRAL, Benito. Minoría de edad y derechos fundamentales. Tecnos. 2003. Página 31.

² CHUNGA LAMONJA, Fermín. Derecho de Menores. Editorial Grijley. 3ra. Edición, 2000. Página 82.

Haciendo un breve recuento encontramos otras definiciones sobre el derecho aplicable a los menores de edad, las que han sido elaboradas por diversos tratadistas especializados en este ámbito⁽³⁾, habiéndose producido una evolución normativa para su caracterización, arribando a conceptos coincidentes o similares, como aquella propuesta por el Dr. Ubaldino Calvento, para quien su configuración como nueva disciplina, está relacionada directamente con "la protección integral del menor a través del Derecho"⁽⁴⁾ por cuanto se le empieza a contemplar "como una persona en sentido pleno del término, a la que alcanzan los derechos y libertades de los que ésta es beneficiaria por esa condición general, incluso en el período del tiempo durante el cual se halla en proceso de formación", lo que forma parte de una evolución histórica de la consideración del menor⁽⁵⁾.

Partimos entonces en reconocer que durante una etapa muy prolongada, no se reconoció siquiera el derecho de los menores, siendo que a la luz de las nuevas corrientes mundiales y nacionales, se fueron desbrozando los caminos para su conceptualización, que alcanza su madurez y se admite su plena autonomía como disciplina jurídica, cuando se separa de aquella legislación como la civil, que ponía énfasis en la institución de la patria potestad, elaborada para la sociedad adulta, y en la que se encontraba inmersa, sin que se perfilara su propia naturaleza jurídica.

Ese proceso de conceptualización, tiene como punto de partida la denominada doctrina de la "situación irregular del menor", que marcó un hito en la historia del tratamiento de la minoridad, al primar durante varias décadas, sea en el plano internacional o en nuestro país, la que obviamente influiría decididamente en las concepciones de la gran mayoría de juristas estudiosos y dedicados al desarrollo conceptual y jurídico de esa rama del Derecho. Baste revisar la definición que el

³ CHUNGA LAMONJA, Fermín. Obra citada. En las páginas 80-81, se explicitan diversas definiciones sobre el particular.

⁴ CHUNGA LAMONJA, Fermín. Obra citada. Página 82. Ver también la obra de la Dra. Columba del Carpio. Derecho de los Niños y Adolescentes. Impresiones Dongo. Página 23.

⁵ ALÁEZ CORRAL, Benito. Obra citada. Páginas 31-32.

propio Dr. Fermín Chunga Lamónja y otros tratadistas nos ofrecen, para darnos cuenta de ello, al incorporar a la "situación irregular del menor", como un aspecto inherente del concepto del Derecho de los Menores.

Esa orientación cedería finalmente, acorde a los nuevos signos de los tiempos, a una definición que cambiaría radicalmente su óptica y sentido jurídico, la que se inspiraría en la doctrina de la "protección integral de la infancia", que se constituye en el núcleo central de esa nueva visión. Ejemplo de ella la tenemos en la brindada por Ubaldino Calvento, aunque aún sesgada, al conferir la protección integral del menor a través del Derecho, sin precisar la naturaleza de la misma, pese a lo cual, ha de ser asumida mayoritariamente por los diversos juristas de la nueva hornada.

Ese cambio, como no podía ser de otro modo, no se explica únicamente por la situación social y económica, y especialmente, por las condiciones materiales en las que se encontraban los menores y por ende, en el tratamiento de la minoridad, ya que tanto las normas sustantivas como adjetivas del ordenamiento jurídico no variarían su contenido ni su forma, pues asumían al menor de edad simplemente como un ente al que había que otorgar medidas de protección.

Se explica también por cuanto la doctrina de la "situación irregular del menor" entendía que esa protección no era para una persona con potencialidades para ser titular de derechos, ya que ello recién se evidenciaba a partir de la nueva doctrina de la "protección integral de la infancia", la que asume al menor como el eje central de una nueva regulación, reconociéndolo como un sujeto de derechos, superando de ese modo la visión meramente proteccionista por parte del Estado, los padres y la sociedad adulta, lo que implicaría crear nuevas condiciones materiales, económico-sociales así como instrumentos jurídicos para hacerla viable, tomando como núcleo central el reconocimiento de los Derechos Humanos como inherentes a todo ser humano, y de manera específica, a los menores de edad.

Es por ello que antes y sobre todo a partir de la promulgación de la Convención de sobre los Derechos de los Niños, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas en el año de 1989, que se cristaliza la nueva doctrina de la "protección integral de la infancia", como un nuevo paradigma, enmarcada sin lugar a dudas, dentro de la dinámica de los Derechos Humanos y de los Derechos Fundamentales de la persona.

Esa nueva doctrina, inherente al contenido de la Convención, aperturó una nueva etapa en lo que a los menores se refiere, asumiendo un sentido contrario e inverso, esto es, superando el tratamiento del menor como un "mero objeto" -según palabras del Benito Aláez Corral- para asumirlo como persona y como "sujeto" y por consiguiente, poseedor, en principio, de la capacidad para ser titular de derechos; esa es la razón por la cual, luego de su aprobación, diversos países como el Perú, dieron a luz sus novedosos Códigos de los Niños y Adolescentes, derogando a los vetustos Códigos de Menores, propios de la etapa anterior, o mejor, de la prehistoria de la minoridad.

En ese nuevo contexto, la sistematización jurídica del Derecho aplicable a los menores, superó a la "situación irregular" e introdujo la "protección integral de la infancia", lo que generaría una diferente conceptualización, entendiéndola ya no como un Derecho de Menores sino como un Derecho de los Niños, lo que orientaría la promulgación de los denominados Códigos de los Niños y Adolescentes, tal como fue el caso peruano, y en otros países sub-regionales, como el Estatuto del Niño y el Adolescente del Brasil, el Código de Menores del Ecuador, entre otros.

Esa superación conceptual del Derecho de Menores, influenciado por la doctrina de la "situación irregular", cuya manifestación extrema fue el Código de Menores, elaborado y promulgado para un tiempo y espacio histórico, no utilizó los vocablos niño y adolescente pues en su articulado empleó generalmente los términos menor o menores, permitió confluir en un nuevo Derecho, el de los Niños, acorde a

los nuevos vientos, y que se ha venido en plasmar como se tiene dicho en los Códigos de los Niños y Adolescentes, elaborados bajo el imperio de la doctrina de la "protección integral".

No cabe duda, que el sustento doctrinario influyó en el tratamiento de los menores de edad tanto para el Estado como para la sociedad; pero la naturaleza jurídica del ámbito de esta nueva disciplina jurídica, como es la regulación de las relaciones jurídicas para este sector tan importante de la sociedad, llegó a modificar sustancialmente su contenido, variando su propia nomenclatura, esto es, del Derecho de Menores al de los Derechos de los Niños y Adolescentes.

Evidentemente, no se trata de un cambio simple de nombre. Su denominación tiene que explicitar categorías jurídicas que estén y formen parte del contenido del Derecho común. Y si bien, la categoría es la de menores de edad, tal como aparecen en los textos de los Códigos Civiles para referirse a aquellos que no tienen capacidad de ejercicio por no alcanzar la mayoría de edad, no es menos cierto, que dentro del rol que la doctrina de la "protección integral" le otorga al niño, es que tal debe merecer tutela por el orden jurídico, como una especie de carta de ciudadanía jurídica.

En ese orden de ideas, el Dr. Jorge Valencia Corominas⁽⁶⁾, nos entrega el siguiente concepto: "El derecho del niño es una disciplina jurídica, autónoma, independiente del derecho civil y del derecho penal; regula los derechos específicos de los niños, las medidas de protección así como las materias de contenido civil, penal y laboral, dentro del carácter de especificidad de los derechos otorgados a la infancia".

Su autonomía -nos dice-, se denota a partir de tres elementos; el científico, pues su objeto de estudio, el sujeto dinámico es el niño que se constituye en sujeto de

⁶ VALENCIA COROMINAS, Jorge. Derechos Humanos del Niños en el marco de la Doctrina de la protección Integral. Rädä Barnen de Suecia. 1999. Página 107.

derechos. El dogmático, que supone la existencia de principios propios que acreditan una autonomía conceptual al Derecho del Niño y se sustenta en la doctrina de la protección integral de la infancia, y el normativo, referido a una legislación especializada incorporada por los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados suscriptores de tal legislación (7).

Entonces, queda fuera de toda duda, que esta rama especial logró conquistar su propia autonomía frente a otras ramas del Derecho, en especial del derecho civil y penal, lo que vería favorecido y fortalecido con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como afirmábamos, el núcleo de este derecho especial, desgajado de las disciplinas más antiguas del derecho, se centra en que el Niño es un sujeto de derechos, y los derechos que se le estatuyen serán extensivos hasta que cumpla su mayoría de edad, refiriendo la categoría niño al menor de edad, sea niño, niña, joven, impúber, adolescente o cualquier otro. Es decir, siendo un sujeto de derechos, el menor de edad debe merecer un nuevo tratamiento a partir de la titularidad de los derechos en tanto persona, tan igual como los tiene la persona natural adulta, radicando la diferencia exclusivamente en la forma como el sistema jurídico ha de regular el ejercicio de sus derechos así como en la edad que es una etapa distinta en la vida del hombre.

Prueba de esto último, la edad, la encontramos en la referencia que se menciona en el Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia, dictado por el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano, PROMUDEH, hoy MINDES, en el que considera un enfoque evolutivo de estrategia metodológica llamada "línea de vida", que tiene que ver con los diversos factores que inciden en el desarrollo de cada sujeto, que adquiere relevancia en las etapas o momentos específicos de su vida. Allí distinguen cuatro grupos principales, la de exclusión

⁷ VALENCIA COROMINAS, Jorge. Obra citada. Página 108.

temprana y primera infancia; niñez; adolescencia; y derechos para todo el ciclo de vida que le son propios al niño y obviamente no se condicen con la adultez (⁸).

Por lo tanto, se deduce que la categoría Niño abarca varios períodos, como el informado en el referido Plan Nacional de Acción por la Infancia, hecho que habría conllevado para que nuestro ordenamiento jurídico interno, utilice la categoría Niño distinta a la del Adolescente, considerados dentro del segundo y tercer rango, esto es, hasta los 11 años, 11 meses 29 días y desde los 12 años hasta los 17 años, 11 meses 29 días, respectivamente, sin entrar a la disquisición sobre la naturaleza jurídica del concebido, quien es excluido del cuarto grupo principal de la "línea de vida".

A partir de esa lógica, podemos desprender que la denominación que asume nuestro Código, sea de los Niños y los Adolescentes, tomando como referencia a la edad, tal como lo prevé la propia Convención sobre los Derechos de los Niños, que en su artículo 1º al definir al Niño, lo entiende como el ser humano **menor** de dieciocho años de edad, salvo que, por ley aplicable, alcance antes la **mayoría de edad**, la misma que fue aprobada por el Estado Peruano mediante D. L. N° 25278, teniendo como fundamento doctrinario el noveno párrafo de su Preámbulo que declara que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

La categoría jurídica Niño comprende entonces al menor de edad siempre que no haya alcanzado su mayoría de edad; por ser un sujeto de derechos, la disciplina jurídica especial que ha de regular sus relaciones jurídicas, será aplicable únicamente al menor de edad, pues su normatividad ya no le alcanzaría, una vez que cumpla su

⁸ PROMUDEH. Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia. Aprobado por D. S. 003-2002-PROMUDEH. Normas Legales de 23 de junio de 2002.. Allí se precisa los rangos de edades: 0-5 años considera desde la concepción hasta los 5 años, 11 meses, 29 días; 6-11 años considera desde los 6 años hasta lo 11 años 11 meses, 29 días; 12-17 años considera desde los 12 años hasta los 17 años, 11 meses 29 días; y, 0-17 años considera desde el nacimiento hasta los 11 meses, 29 días.

mayoría de edad. De allí que el criterio del Código de los Niños y Adolescentes, peruano, que considera como niño al menor de 12 años y al Adolescente hasta cumplir los 18 años de edad, que supera el criterio genérico de la Convención, siendo más razonable.

Desde ese punto de vista, al niño se le conceptúa tomando como elemento central a la **edad** y desde la óptica jurídica se trata de un menor, siendo ese estado el que denota su propia naturaleza para diferenciarlo del adulto o del mayor de edad. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico interno tendrá que admitir un derecho de los niños y adolescentes, tratándose de menores de edad, derecho que tendrá que ser definido como el conjunto de normas que regulan la actividad de los niños, niñas y adolescentes, que se han de calificar atendiendo exclusivamente a la edad, por ser el único elemento que cualifica su condición como sujeto de derechos y con capacidad para ser titular de derechos y deberes, reconocidos por el sistema jurídico, lo que conlleva a formular una nueva y distinta visión del derechos de los niños, reconceptualizando de esa manera el denominado derecho de menores, tal como fue asumido en antaño.

Y es que la edad tiene un significado jurídico en la esfera del Derecho común, puesto que permite determinar la situación jurídica de las personas frente a los derechos que la ley les confiere, y en el caso de los menores de edad, sea niños o adolescentes, a partir de su edad, la ley le brinda una protección especial y los faculta a ejercitar determinados derechos. Por ello, Guillermo Cabanellas define a la edad como la "número de años que uno tiene, contados a partir del nacimiento", denotando una temporalidad de la vida de un ser hasta un momento determinado y, "también cada uno de los períodos en que se estima dividida la vida humana" por razón del desarrollo físico y mental"⁹).

⁹ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario del Derecho Usual. Atalaya. Argentina. Página 192.

Por eso, el Derecho Civil prevé la situación jurídica a partir de la cual, el menor de edad puede disponer de su persona o bienes, como contraer matrimonio o celebrar actos; el Derecho Penal para determinar la comisión de ilícitos penales así como la exención o atenuación de la responsabilidad penal; el Derecho Laboral para realizar actividad laboral. Y como no puede ser de otro modo, el Derecho de los Niños y Adolescentes, cumple la función tuitiva brindando a los menores de edad protección especial, reconociendo sus derechos y deberes, en tanto sujeto de derechos.

1. ANTECEDENTES INTERNACIONALES NORMATIVOS

Durante los siglos XVII al XIX, las disposiciones dirigidas a proteger diversos aspectos del desarrollo personal del menor se basaron en la consideración de que la minoría de edad era un status del individuo, lo que justificaba que no se planteara el problema de sus derechos subjetivos, por considerársele incapaz para el disfrute por sí mismo de aquellos, tanto más que en pleno auge del capitalismo, la concepción sobre la minoridad estaba ligada de un lado a la autoridad paternal, cual propiedad de los hijos sometidos a la patria potestad que era concebida como un auténtico poder jurídico sobre un individuo de dignidad inferior, y de otro lado, a las necesidades de la acumulación del capital, que veía en la fuerza de trabajo del menor de edad, una mercancía a la que podía echar mano por el bajo costo laboral que representaba, levantándose voces que pretendieron que su protección, dada su propia condición, hacía necesario garantizar su propio desarrollo educativo, la que debería brindárseles como su razón de ser.

Es durante las primeras décadas del siglo XX, que se genera la preocupación de la comunidad internacional por la problemática de la infancia, a partir de elementos endógenos y dirigido a dos sectores en particular: los niños víctimas de la

guerra y aquellos sin recursos económicos⁽¹⁰⁾. Un recuento normativo en el plano internacional coincide en señalar que fue la Organización Internacional del Trabajo, O.I.T., el único órgano que sobrevivió a la Sociedad o Liga de las Naciones, la que realizó "una labor importante en cuanto a estudios sobre el trabajo infantil y su protección mediante Convenios Internacionales. En 1919 la Conferencia Internacional adoptó el primer Convenio Internacional relativo al empleo o trabajo de los niños. Ese Convenio fijó en 14 años la edad mínima de admisión al trabajo en la industria, en concordancia con una corriente tuitiva de la época"⁽¹¹⁾. Esa corriente, a tono con las concepciones de la época, se extendió concomitantemente a los derechos de la mujer, por considerar que ambos sectores eran urgidos de medidas de protección, atendiendo a su propia naturaleza, lo que de una manera u otra se ha venido reproduciendo hasta nuestros días, al encontrar normas dirigidas tanto a la mujer como al menor.

No hay explicación alguna sobre el por qué la comunidad internacional, desde aquellos años, dictó medidas sobre todo en el campo laboral, y que años y décadas más tarde se extenderían a otras áreas, que vincularon específicamente los derechos de la mujer con los del menor, tal como ocurrió con algunas normas internacionales de la Organización Internacional del Trabajo y posteriormente de otros organismos internacionales, que de manera uniforme se pronunciaban sobre circunstancias en las que tanto mujeres como menores debían ser protegidos o al final de cuentas, prohibidos de realizar o ejecutar determinadas actividades predeterminadas.

El campo de la actividad industrial y productiva y particularmente la actividad laboral, fue inicialmente el objeto básico de ese dirigismo normativo. Esa temática fue abordada por diversos sectores, destacando el laboralista venezolano. Rafael Caldera⁽¹²⁾, que sustentaría la explicación basada en la experiencia del trabajo de las

¹⁰ VALENCIA COROMINAS, Jorge. Obra citada. Página 66.

¹¹ VALENCIA COROMINAS, Jorge. Obra citada. Página 69.

¹² CALDERA, Rafael. Derecho del Trabajo. Editorial "El Ateneo". Buenos Aires. 1960. En Derecho del Trabajo Individual. Materiales de Enseñanza. PUC. Lima. 1989. Página 304.

mujeres, señalando que "ellas trabajan porque tienen que trabajar", lo que estaría vinculado estrechamente al trabajo infantil de los menores de edad, y para quien las normas reglamentarias del trabajo femenino, se enmarcarían en tres niveles:

- a) Protección especial cualitativa;
- b) Protección especial cuantitativa; y,
- c) Protección igualitaria de sexos.

La primera trató la situación de la mujer en su condición de madre, y como afirmaba el autor citado⁽¹³⁾, "la mujer antes que todo, es madre. Es su función suprema" y por ello, las normas estaban dirigidas a proteger su función materna, que comprendería diversas medidas:

- 1.- El descanso por maternidad, vinculado al descanso pre y post-natal y a su duración.
- 2.- Las prestaciones de maternidad, a fin de garantizar su subsistencia y la del niño, sean a cargo del empleador o del Estado, a través de la Seguridad Social.
- 3.- Las facilidades para la lactancia materna, a fin de que sea la madre la que alimente a su niño con su propia leche materna o un período de lactancia, con porciones de tiempo que no supere una hora.
- 4.- La garantía del empleo, limitando el despido de la madre trabajadora durante su ausencia autorizada por ley.
- 5.- La protección de la salud materna, limitando o prohibiendo labores durante su estado de gravidez. La O.I.T., recomendó que en el caso del período de embarazo o lactancia, las trabajadoras tenían derecho a un trabajo alternativo, si había exposición para la salud del concebido o del lactante.

La segunda protección estaba dirigida a la condición de la mujer como tal, estableciendo para ellas prohibiciones expresas para determinados trabajos, tanto para garantizar su integridad corporal como moral. Así, se dictaron normas prohibitivas

¹³ CALDERA, Rafael. Obra citada. Página 305.

para las labores peligrosas, insalubres o pesadas; incluido el trabajo nocturno. Y normas prohibitivas en labores que pudieran perjudicar las buenas costumbres.

La tercera protección, relativa a la condición igualitaria de sexos, partía de reconocer una evidente desigualdad de trato en la actividad laboral, por lo que la igualdad de los derechos entre el varón y la mujer debía permitir superar la discriminación existe en el mundo empresarial y laboral, todo lo que fuera más tarde recogido en las normas constitucionales y legales de la materia.

Siguiendo la misma orientación, se regularían los derechos de aquellos menores de edad que se vieran en la necesidad de trabajar, siéndoles aplicables las disposiciones reglamentarias de la segunda protección, esto es, aquellas que los protegerían atendiendo a su minoría de edad, por su vulnerabilidad en la que se encontraban frente a los riesgos laborales. No le serían aplicables, las disposiciones sobre la primera, salvo que se tratará de una joven menor de edad que prestará servicios remunerados y subordinados y se encontrará en estado de gestación así como la tercera protección, reservada a las mujeres en relación al varón. Por eso, la legislación laboral mantiene normas referidas únicamente a los menores que se encuentran en aptitud de prestar un trabajo bajo dependencia o en forma independiente.

Si contamos con instrumentos internacionales referidos justamente a los derechos de la mujer como del menor, ratificados por los Estado en los distintos países del mundo, esa tendencia no pudo ser esquiva para el Perú, habiéndose convertido incluso en pionero, pues antes que se aprobaran los Convenios Internacionales sobre el trabajo de las mujeres y menores, promulgaría la Ley N° 2851, dirigida exclusivamente a regular los derechos de ambos sectores, pero con el discurrir de los años y las nuevas tendencias, particularmente la lucha por la no discriminación, determinó que las normas que protegían a la mujer en su condición de tal fueran derogadas, quedando únicamente los derechos referidos a su función de madre trabajadora y manteniendo vigente una legislación especial para la protección

del trabajo de los menores de edad, cuya regulación estuvo inicialmente contenida en el Código de Menores, del año de 1962, para luego ser asumida por el Código de los Niños y Adolescentes, aprobado primero por el D. L. 26102 y reemplazado por la vigente Ley N° 27337, ratificando el rol tuitivo por parte del Estado Peruano hacia los menores que trabajan, dentro del marco normativo internacional.

No se puede desconocer que las normas jurídicas que protegían el trabajo de los menores en edad, estuvo influenciada por la doctrina de la "situación irregular", tal como fuera incorporada en el Derecho de Menores con las particularidades propias de la actividad laboral que, con la doctrina de la "protección integral", se propendería a extender a otros institutos propios de la infancia, donde la función tuitiva y su aspecto social y preventivo, se tomará en cuenta, mediante nuevas normas especiales dirigidas a los menores de edad en tanto sujetos de derechos, más allá de su eventual necesidad de incorporarse al mercado laboral.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por las Naciones Unidas en el año de 1948, en su artículo 25° se sentencia que "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social", lo que implicaría una clara postura de defensa de la maternidad como de la infancia, consagrándolos como derechos humanos, y en particular la infancia, dada la situación por la que atravesaba la niñez en el mundo, habida de protección.

Por ello, había razón para que la discriminación de los niños fuera recusada, otorgando a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, el derecho a la misma protección social, que el Estado y la comunicad debía dar.

2.- DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Como producto de las grandes transformaciones operadas luego de la Revolución Industrial y el desarrollo del capitalismo liberal, el Derecho Internacional asumió la preocupación por la persona humana y la promoción de sus principales derechos, vinculados directamente a la libertad, la justicia y a la paz en el mundo, sobre la base del reconocimiento de la dignidad inherente a todos los seres humanos, como puede apreciarse del preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagrándose de ese modo a los más importantes derechos de la persona humana.

La doctrina los conceptuó como derechos humanos por ser inherentes a la dignidad de la persona humana, pese a que existen diversas posiciones sobre su existencia u origen, sustentadas evidentemente en las distintas ideologías y concepciones jurídico-filosóficas de las escuelas clásicas -cuyo análisis será referencial- y las que se expresan en diversas posturas. Una de ellas se basa en el derecho natural⁽¹⁴⁾, que conceptúa a los derechos humanos como inherentes al ser humano, y derivan simplemente de su propia naturaleza, por lo que ellos son anteriores y superiores a la voluntad del Estado y su positivización en el ordenamiento jurídico no es más que un reconocimiento de su existencia como tales; para el iusnaturalismo entonces, la génesis de los derechos humanos no se encuentra en el Estado sino en la propia condición de los seres humanos.

De otro lado, tenemos a la que se funda en el derecho positivo, para la cual los derechos humanos lo serán en la medida que se incorporan formalmente al ordenamiento jurídico, pues antes no son sino meras expectativas o valores éticos o filosóficos, los que carecen de exigibilidad por el Derecho; para los positivistas por ello, los derechos humanos nacen de la voluntad de la norma jurídica creada por el

¹⁴ ALZAMORA VALDEZ, Mario. Los Derechos Humanos y su protección. EDDILI. Lima. Perú. 1977.

hombre desde el Estado, los que serán obligatorios en tanto sean reconocidos por el sistema jurídico. Finalmente, existe la postura realista, cuyo punto de partida no está en si los derechos humanos se encuentran o no reconocidos por el ordenamiento jurídico, a través de su positivización, sino si los mismos tienen vigencia real y efectiva, cuya materialización debe ser asumida por los órganos del Estado o por la sociedad civil, sin distinción de ninguna clase. Por eso, su incorporación por la norma positiva al ordenamiento jurídico, no implica un mecanismo de declaración iusnaturalista o constitutiva de derechos positivizada sino un instrumento a partir del cual, su eficacia debe estar garantizada, requiriendo la intervención de diversos factores de distinto nivel, como el económico, social, jurídico, etc.

Postulamos desde esa perspectiva, que los derechos humanos, en su contexto actual, tienen como antecedente a la Revolución Francesa, dado que con ella se inicia el proceso de conceptualización, que tuvo en la norma jurídica la principal herramienta no sólo para su reconocimiento sino para su extensión, considerando como elemento central a la persona humana, cuya evolución ha venido siendo admitida, casi uniformemente por el Derecho Internacional y el constitucionalismo. Así inicialmente los derechos humanos se entroncaron con las expectativas de libertad de los ciudadanos frente a la arbitrariedad del Estado y de sus autoridades, siendo reconocidos primigeniamente los derechos civiles y políticos, conocidos como derechos de “primera generación” al estar íntimamente ligados a la persona humana.

Pero la persona humana, para desarrollar la plenitud de su propia condición, requería de condiciones materiales para mejorar su nivel de vida, que no se la otorgaba el ser una persona que gozará de los derechos vinculados a su libertad. Por eso es que con posterioridad, se reconocerían los derechos humanos de “segunda generación”, tales como los derechos económicos, sociales y culturales, lo que hacía necesaria la intervención del Estado para hacerlos efectivos. Ambas categorías serían recogidas en las Declaraciones Universales de los Derechos Humanos como en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto de los Derechos Económicos y Sociales.

Luego vendrían los derechos de la "tercera generación", denominados de la solidaridad y del desarrollo, pues le interesan a la humanidad sin distinción de ninguna clase, como los del medio ambiente y la ecología, el derecho a la paz o las comunicaciones universales. Entre éstos últimos se podrían incluir los Derechos de los Niños, ya que a la sociedad internacional le interesa su progreso y bienestar, por ser el futuro generacional en el plano mundial.

Sobre este particular, Karel Vasak, nos dice:

“Los derechos que la Declaración Universal estatuye pertenecen a ambas categorías: derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro. Pues bien, cabe preguntarse si la evolución reciente de la sociedad humana exige que se elabore una tercera categoría de derechos humanos, la de los que el Director General de la UNESCO ha calificado de derechos humanos de tercera generación. Mientras los derechos a la primera generación (civiles y políticos) se basan en el derecho a oponerse al Estado y los de la segunda generación (económicos, sociales y culturales) en el derecho a exigir al Estado, los derechos humanos de la tercera generación que ahora se proponen a la comunidad internacional son los derechos de la solidaridad.. Inspirándose como se inspiran en una cierta concepción de la vida humana en comunidad, tales derechos (derecho al desarrollo, derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, derecho a la paz, derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad) sólo pueden ponerse en práctica gracias al esfuerzo conjunto de todos: desde los individuos y los Estados hasta las entidades y órganos públicos y privados”⁽¹⁵⁾.

Tal como afirma Raúl Ferrero Costa, esas "tres etapas (generaciones) de los derechos humanos, en cierta forma se equipararon a los tres principios fundamentales que consagró la Revolución Francesa de 1789: Libertad, Igualdad y Fraternidad. Los derechos humanos que fueron primeramente reconocidos, es decir, los civiles y

¹⁵ VASAK, Karel. "La larga lucha por los derechos humanos", en El Correo de la UNESCO, noviembre de 1977. Citado por Raúl Ferrero Costa. Ed. Ausonia. 1983. Página 70.

políticos, son aquellos basados en la "libertad" de la persona. Los derechos económicos, sociales y culturales que se imponen en una segunda época, podemos muy bien decir que se basan en la "igualdad" del ser humano. Los derechos a la solidaridad, que responderían a una tercera etapa todavía en proceso de maduración, son los basados en la "fraternidad" entre los hombres y entre los pueblos"⁽¹⁶⁾, criterio que implica asumir que el origen de los derechos humanos esta vinculado a dicha Revolución, como hemos sostenido.

En los tiempos actuales, como producto de las transformaciones realizadas en el mundo contemporáneo, luego de la caída del "muro de Berlín" y la superación del mundo bipolar para dar paso a la unipolaridad, se han venido en mencionar a una nueva gama de derechos humanos denominados de "cuarta generación", que serían aquellos que han ido germinando con el proceso del fenómeno denominado de la "globalización", los que son vinculados con el campo de la informática, de la contratación electrónica, entre otros, que son signos de la mundialización de la economía, rompiendo con las barreras nacionales de los países en favor de los capitales internacionales y cuestiona incluso la teoría de los llamados "Estadonación".

Esa conceptualización es importante por su trascendencia constitucional; los derechos humanos son asumidos como derechos negativos, donde la intervención del Estado no es permitida, negándosele la posibilidad de limitar o coactar los derechos de "primera generación", los derechos civiles y políticos como los derechos de la persona consagrados en el ámbito constitucional o en el Derecho Civil, como el derecho a la vida, al nombre, a la identidad, a la integridad física, etc.⁽¹⁷⁾.

¹⁶ FERRERO COSTA, Raúl. El nuevo orden económico internacional y la promoción de los derechos humanos. Editorial Ausonia. 1983. Página 70.

¹⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derechos de la Persona. Fondo Editorial de la PUC. 1989.

Y los considerados derechos positivos, que si admiten la necesaria participación del Estado para cautelar y crear las condiciones materiales para su real y efectiva realización de los derechos humanos de “segunda generación”, como el derecho a la salud, a la educación, a la alimentación, a la vivienda, a la recreación o la regulación adecuada del derecho al trabajo, entre otros.

Sin embargo, realizar una distinción entre los derechos humanos y derechos fundamentales de la persona se hace necesario, para delimitar la esfera de cada uno de ellos, por cuanto algunos tratadistas los utilizan como sinónimos mientras que otros los diferencian, pues los primeros serían aquellos derechos naturales positivados en los instrumentos internacionales o constituyen exigencias relacionadas con la dignidad, la libertad y la igualdad de las personas, que no alcanzan un estatuto jurídico, en tanto que los segundos, designarían derechos básicos recogidos en un Estado, en su normativa internacional.

Por ello, un breve análisis del significado de los derechos fundamentales pasa por señalar un proceso que recorre diversas etapas⁽¹⁸⁾. Así, un primer proceso es el de su *positivización*, donde el iusnaturalismo racionalista justifica la positivación normativa de los derechos naturales para su mayor eficacia y por la influencia de la ideología contractualista que relaciona el poder y el derecho. Luego, vendría el de *generalización*, que supone un proceso en el que se ha de considerar a los derechos fundamentales como derechos naturales, propios de los seres humanos por corresponder al género humano, los que deben formularse en forma general y abstracta, válida para todos los tiempos. Posteriormente, el proceso de *internacionalización* permite otorgarles una dimensión internacional y cobran mayor auge después de la Segunda Guerra Mundial. Finalmente, el proceso de *especificación o concreción*, en el que se establece la relación de los sujetos titulares de los derechos fundamentales con su contenido.

¹⁸ TICONA POSTIGO, Víctor. El derecho fundamental a una sentencia razonablemente justa como elemento del debido proceso en el proceso civil peruano. Tesis de grado de Doctor.

Sobre este último proceso, en su relación con los titulares, cobra relevancia aquellas circunstancias que pueden derivar en discriminaciones, por la condición social o cultural de la persona, y cuya finalidad es superar las diferencias que le generen perjuicio, como el caso de la protección a la mujer, lo que requerirá precisarlas con esa finalidad. Es por ello, que la comunidad internacional aprobó normas para el sector femenino en virtud del género, tales como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, de 1979; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, de 1999; o la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, de 1994, -para mencionar algunas de ellas-, los que han sido ratificados por el Estado Peruano y que versan sobre la igualdad de oportunidades, la igualdad de trato y la no discriminación por razón de género⁽¹⁹⁾.

Así mismo sobre aquellas circunstancias que inciden sobre la condición física de la persona, que se encuentra en una "situación de inferioridad" en las relaciones sociales como sucede con los derechos de los niños.. Y en aquellas otras, en las que la situación de las personas en una determinada relación social, debe recibir determinadas protecciones por el rol hegemónico de la otra parte, como el caso de los derechos del consumidor.

En suma, como anota Ticona Postigo, esas situaciones especiales, de origen cultural, físico o psicológico, importan una debilidad en la persona en concreto, que el Derecho, desde el ámbito de los derechos fundamentales, pretende morigerar o corregir, ratificando en ese sentido, la opinión de Gregorio Peces-Barba M.⁽²⁰⁾.

Y en cuanto al contenido de los mismos, se perfilan varias dimensiones, como

¹⁹ CARRILLO CALLE, Martin. Los principios de igualdad de oportunidades, de igualdad de trato y de no discriminación, en el anteproyecto de Ley General de Trabajo. En José Butrón Fuentes, Materiales de Lectura, 2003. En dicho texto se señalan los más importantes instrumentos internacionales sobre esa materia.

²⁰ TICONA POSTIGO, Víctor. Obra citada. Página 17.

los derechos referidos al medio ambiente que se sustenta en la solidaridad tanto con la generación contemporánea como con las futuras; los derechos relativos al desarrollo no de individuos sino de colectividades, y el derecho a la paz, que resulta estrechamente vinculado con la democracia y los derechos fundamentales.

El concepto de los derechos fundamentales tiene su origen en Francia, y se expresarían en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, los que se trasladaron a Alemania y se incluyeron en la Constitución de Weimar de 1919 y actualmente se insertan en todo sistema de relaciones entre individuo y Estado. De allí, que "los derechos fundamentales resultan configurados en la etapa más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales, tal como aparecen en los textos constitucionales de los Estados de Derecho, teniendo como punto intermedio de conexión con los derechos humanos"⁽²¹⁾. Por tanto, los derechos fundamentales son inherentes a toda persona, por el hecho de serlo y no dependen de que el Estado los reconozca ni se les consideran concesiones otorgados a favor de los ciudadanos puesto que son derechos de carácter universal que pertenecen al género humano.

Merece hacer un comentario breve aquellos derechos fundamentales, con relevancia de las circunstancias que pueden derivar "por la condición física de la persona", atendiendo a "una situación de inferioridad como los derechos de los niños"; esa apreciación desde ya importa una perspectiva errónea, dado que los niños, pese a su vulnerabilidad, son sujetos de dichos derechos fundamentales, y su reconocimiento no pueden sustentarse "en la condición física de su persona", por lo que no es correcto que la titularidad como sujetos de ellos, lo sea por las circunstancias físicas o de otra índole, pues de ser así, se estaría atentando contra otro derecho fundamental como es el de la dignidad de la persona; esa connotación no sería la más adecuada para fundamentar el sentido de la relación del titular con los

²¹ TICONA POSTIGO, Víctor. Obra citada. Página 25.

derechos fundamentales.

Así mismo, sobre el contenido de los derechos fundamentales, merece significar los derechos de los niños, en la medida que el desarrollo de la humanidad, se sustenta en que su futuro estará en manos de la niñez, de lo que se desprende, que sus derechos forman parte del contenido de los derechos fundamentales.

En tal sentido, la distinción con los derechos humanos, se puede sintetizar en cuanto éstos últimos se ubican en la categoría de aquellos derechos protegidos en el ámbito internacional por medio de los tratados internacionales, pactos, convenciones teniendo un enfoque supranacional mientras que los derechos fundamentales corresponden a la categoría de derechos inherentes a las personas, consagrados en las Constituciones Políticas de los Estados, por lo que su ámbito es interno y nacional. En otros términos, según anota Reynaldo Bustamante Alarcón⁽²²⁾, los derechos humanos proyectarían su connotación prescriptiva o deontológica a todo el orbe en tanto que los derechos fundamentales se encontrarían delimitados temporal y espacialmente por el ordenamiento jurídico de cada Estado, en el que han sido incorporados.

Eso determina que las Constituciones Políticas de los Estados, como la del Perú, consagren e incorporen en sus textos los derechos fundamentales de la persona, tal como puede verse en el artículo 2º de nuestra carta magna vigente, de 1993, independientemente de aquellos que aunque no estén consignados, pero atendiendo a la dignidad de la persona, también son considerados, como lo prevé su artículo 3º: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno"

²² BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Positivismo jurídico y derechos humanos. En *Ius Et Veritas* N° 24. Página 127.

3.- EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL MENOR

Para entender el contexto histórico, es inevitable ingresar al terreno ideológico que estuvo presente como sustento en las corrientes que pretendían regular el status de los menores de edad. Podemos afirmar que se desarrolló un punto de vista doctrinario, para tratar la problemática del menor, dando paso a la configuración de un Derecho de Menores autónomo.

Doctrinariamente, los tratadistas sobre la problemática del menor, inicialmente crearon la denominada “Doctrina de la Situación Irregular del Menor”, que tuvo como sustrato ideológico el criterio de “compasión-represión”, por la cual, la sociedad adulta sólo le ofrecía protección al menor, si se declaraba previamente alguna incapacidad en la que estuviera incurso; se asumía que era un sector débil que merecía ser defendido por estar en una situación irregular.

El Dr. Fermín Chunga Lamónja indica que ella "preconiza en primer lugar la protección no solamente del niño en situación irregular, sino también del menor que por razones de conformación, fundamentalmente, de la familia en que convive, se desvía de la regla normal impuesta por la sociedad" y para lo cual, la sociedad establece una jurisdicción especial de menores, dado que "los hechos que atentan o agreden a la sociedad, los considera actos antisociales, anómicos, es decir son circunstancias en la vida del menor que por causas que tratará el Juez de averiguar, hacen daño a la sociedad"⁽²³⁾.

Esto es, la sociedad adulta califica la conducta de los menores como de situación irregular, pues sus actos, al apartarse de las reglas que impone, genera peligro en el orden social. De esa forma, se dictarán leyes de menores para amparar a la infancia que se encontrare en peligro material o moral, en estado antisocial, con deficiencias sensoriales o en crisis familia para lo cual constituirá instancias

²³ CHUNGA LAMONJA, Fermín. Obra citada. Página 72.

judiciales, creando órganos administrativos dependientes del Poder Ejecutivo que supervisarán su rehabilitación y reintegración a la sociedad.

El Perú y demás países latinoamericanos, no escaparon a esta doctrina. En el caso peruano, ello se evidencia con el conjunto de acciones llevadas a cabo por el Estado peruano, a lo largo del siglo XX y con la promulgación del Código de Menores, dictado en la década de los años '60 y demás normas legales -sobre las cuales haremos un comentario posterior-, signado sin lugar a dudas, por el contenido de dicha doctrina, elaborada para enfrentar la problemática de los menores.

Esa visión, en palabras del Dr. Jorge Valencia Corominas, permitió “La teorización en torno a la “situación irregular” se fundamenta en determinadas circunstancias en las que se pueden ver envueltos los “menores”. En un vocabulario recopilado por el Instituto Interamericano del Niño, se define la “situación irregular” como:

“Aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en un hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandonado material o moralmente o padece de un déficit físico o mental”⁽²⁴⁾.

La doctrina de la "situación irregular", asumió al menor como un objeto al que había que proteger, dado que su conducta, asumida por la sociedad adulta desde una óptica defensiva en el caso que generara hechos antisociales, debía ser tratada por el Estado comprendiendo las dificultades que atravesaba durante su formación y reprimiendo sus actos contrarios al status establecido. En suma, "la infancia latinoamericana sin derechos y sin historia, y lo que es peor aún sin derecho a la historia por ser una categoría pensada ontológicamente, se constituyó en un objeto

²⁴ VALENCIA COROMINAS, Jorge. Ver. Sajon, Rafael y otros: Menores en situación irregular. Aspectos sociolegales de su protección. Derecho a tener Derecho. Editorial Radda Barnen. 199. Página 95.

pasivo de la "protección reprecisión", dado que dicha doctrina "confunde (activa e intencionalmente) la protección de una categoría de sujetos débiles con la legitimación de formas irrestrictas de intervención coactiva sobre los mismos", como sostiene Emilio García Méndez, que con Alessandro Barata, Elías Carranza, Antonio Amaral, son los representantes más conocidos de la nueva doctrina de la infancia.

El desarrollo de los movimientos sociales a nivel mundial, permitió generar un nuevo planteamiento en el tratamiento del menor. La hipótesis de que "la infancia no constituye una categoría de carácter ontológico siendo por el contrario el resultado de un complejo proceso de construcción social que la descubre en la conciencia colectiva" es un referente que ha de variar la conceptualización de la "situación irregular".

De ese modo se pasaría a construir la "Doctrina de la Protección Integral de la Infancia", bajo cuyo norte se darían un conjunto de normas internacionales, que asumen una protección integral de la niñez, superando la concepción de "compasión-represión" asumiendo al menor como un ser humano, con derechos humanos inherentes a su condición.

Esta doctrina, "considera al niño como sujeto de derechos, y consecuentemente ha de respetarse los diferentes derechos humanos que tiene toda persona, los derechos específicos que corresponden a esa persona en desarrollo, le reconoce también las libertades, es decir en función de el hecho de ser la persona humana con derechos está como sujeto en que se le debe reconocer imperativamente tales derechos" ha sostenido Fermín Chunga Lamónja⁽²⁵⁾.

²⁵ CHUNGA LAMONJA, Fermín. Obra citada. Página 75.

En ese sentido, “la doctrina de la protección integral de la infancia se sustenta en tres fundamentos que conforman el *corpus* que da sustento a la disciplina jurídica del derecho del niño. Estos fundamentos son los **derechos específicos del niño**, el reconocimiento del **niño como sujeto de derechos** y el **principio del interés superior del niño**”, precisa Jorge Valencia Corominas⁽²⁶⁾.

Ese será entonces el contenido de la nueva doctrina de la infancia que se sustenta en esos tres fundamentos: los derechos específicos del niño, el reconocimiento del niño como sujeto de derechos y el principio del interés superior del niño, que han de regirse en la piedra angular de la nueva perspectiva de tratamiento de los niños y adolescentes a nivel mundial.

La comunidad internacional dio paso a esa nueva doctrina, con el aporte acumulado de las diversas experiencias nacionales y de los foros especializados, superando aquella visión de considerar al menor como un objeto de protección pasando a reconocerlo como un sujeto pleno derechos.

Nuestro país no ha escapado a la nueva tendencia creada por esta doctrina. En efecto, se ha reconocido derechos específicos de este sector de la sociedad; se le ha instituido como un sujeto de derechos y se ha consagrado el principio el Interés superior del niño, todo lo que se ha plasmado en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Cabe por último, rescatar el rol de la sociedad civil. Todos los ciudadanos estamos en la obligación de brindar un trato adecuado al menor, evitando los inútiles operativos de “limpieza de calles”, pues el problema medular de toda sociedad democrática y moderna, es reconocer a la infancia, que por sus propias particularidades y por las condiciones materiales de un país como el nuestro, se encuentra postergada en sus necesidades vitales, por lo que se hace imprescindible un vasto trabajo de esclarecimiento sobre la situación real de la infancia.

²⁶ VALENCIA COROMINAS, Jorge. Obra citada. Página 97.

Lamentablemente, la conclusión a la que arriba el Dr. Fermín Chunga Lamonja, no es la más feliz. Sostiene que "ambas doctrinas -de la situación irregular y la protección integral- apuntan a un mismo objetivo, la protección integral en base al interés superior del niño, pero para que esto sea una realidad, no simplemente "una historia", deben desarrollarse las políticas, los programas, las acciones que ejecuten lo que la Convención y el Código mandan"⁽²⁷⁾.

Aparentemente, apuntan a un mismo objetivo, la protección integral del menor, pero en el fondo, la "situación irregular" desmerece la condición del menor mientras que la "protección integral" releva la naturaleza de ser humano, extendiéndole los derechos y libertades inherentes a todo sujeto de derechos.

4.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL PERÚ.

En el caso peruano podemos verificar la aplicación de la doctrina de la "situación irregular del menor", la que imperó durante varias décadas habiéndose plasmado a través de distintos actos legislativos o administrativos; la promulgación del Código de Menores aprobado por la Ley N° 13968, que entró en vigencia a partir del mes de julio de 1962, que fuera una expresión de dicha doctrina, pretendió encarar la problemática de la infancia y la minoridad en situación irregular, sin distinción alguna entre la niñez y la adolescencia. Es importante indicar que en esos momentos se encontraba en vigor la Declaración de los Derechos del Niños, aprobada en 1959, en el marco de la referida doctrina.

El Código de Menores creó instituciones tutelares encargadas de velar por la minoridad; entre ellas teníamos al Consejo Nacional de Menores, la Procuraduría de Menores y el Patronato de Menores, las que posteriormente serían suprimidas, por mandato del D. L. 21993, que derogó el Título I de la Sección Primera y los Títulos

²⁷ CHUNGA LAMONJA, Fermín. Obra citada. Páginas 75-76.

XI y XIII de la Sección Tercera. Igualmente en la Sección Segunda se instituyó la "Jurisdicción de Menores" referida a los órganos encargados de administrar justicia en los casos vinculados a los menores de edad, disponiendo que "la jurisdicción especial de menores estará constituida por los Tribunales de Apelación, integrados por 3 Vocales y por los Juzgados de Menores". Finalmente el Código de Menores fue derogado expresamente con la promulgación del Código de los Niños y Adolescentes.

En el Perú y según los antecedentes históricos, el órgano del Estado encargado de tutelar a la minoridad fue el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia y Culto de entonces, ente encargado de organizar, supervigilar y controlar el sistema de menores en el Perú, que se hacía a través de la Dirección General de Establecimientos Penales y de Tutela. Es de resaltar que la intervención de los Poderes Públicos frente a la minoridad estuvo marcada por dos etapas claramente diferenciadas en el tiempo: una hasta el año de 1965 y otra segunda, con posterioridad a ese año.

Durante la **primera** etapa, los establecimientos de tutela constituidos para velar por los menores, formaron parte de aquellos organismos que dirigían y administraban los centros carcelarios; los denominados Centros de Tutela integraban la Dirección General de Establecimientos Penales, dependientes del Ministerio de Justicia y Culto, y la "rehabilitación" que se brindaba a los menores infractores no difería en nada con la que se daba a los adultos.

Se limitaba antes que otorgar oportunidades a los menores de edad, a impedir su evasión o fuga, con medidas de seguridad y disciplina, permaneciendo durante algunos años en Correccionales, Reformatorios o Establecimientos de Reeducción, con prácticas reeducativas de carácter punitivo. Así, el acto antisocial, era sancionado con una reclusión más o menos prolongada. Incluso el régimen penitenciario era similar al de las prisiones, con visitas de familia limitada a los días domingos.

La custodia externa estaba encargada a la Guardia Republicana y la custodia interna al personal civil que cumplían una función carcelaria como el control disciplinario con imposición de castigos corporales. La comparecencia del menor a

los Juzgados de Menores, se hacía con personal armado y la sentencia judicial era equiparada a un antecedente que marcaba toda la vida del menor.

En el fondo, el menor era separado de la sociedad, por el "peligro" que implicaba a la sociedad adulta, y era mejor tenerlo segregado a la espera de una eventual redención; más aún, en algunos centros se aplicaba el trabajo productivo, que muchas de las veces reproducía la explotación a la que eran sometidos por las autoridades, deviniendo en ineficaz como sistema de corrección. Esta primera etapa que va hasta el año de 1965, estuvo caracterizada por la visión que la sociedad adulta y el Estado tenía sobre la minoridad, asumiéndola como un mero objeto de protección y frente a los actos anti-sociales en los que se incurría, el tratamiento era similar a la de los adultos en los casos en que los se infraccionaba la ley penal.

El Consejo Nacional de Menores, previsto en la Sección Primera, Título I., artículo 1º del Código de Menores, debía ser el órgano encargado de perfilar la política de asistencia y protección al menor, quedando igualmente encargado de supervigilar el cumplimiento cabal de las disposiciones del Código de Menores y demás normas conexas.

Entre sus atribuciones se pueden mencionar, la de promoción de una efectiva y coordinada acción a nivel nacional, que permitiera que los recursos aportados por el Estado, instituciones públicas y privadas y la colaboración de la sociedad civil, pudiera emprender una completa asistencia al menor; también proponer al Poder Ejecutivo los proyectos para el mejor cumplimiento de sus fines y objetivos; informar anualmente sobre la procedencia de las subvenciones que otorgaba el Estado a las instituciones públicas y privadas para fines de protección del menor, ordenando si fuera el caso, auditorias contables de las inversiones realizadas; estimular la organización de instituciones privadas de protección a la familia y al menor.

A partir del año de 1964, inicia sus funciones como organismo interministerial bajo la Presidencia del Ministro de Justicia y Culto y su actividad estaría regulada por el Código de Menores. Una de sus primeras acciones fue conseguir la

creación de la Dirección General de Tutela, como organismo autónomo e independiente de la Dirección de Establecimientos Penales, encargado de cumplir funciones tutelares y re-educativas dirigidas a los niños y jóvenes entre los 7 y 17 años de edad, sean varones o mujeres, huérfanos o abandonados, que se encontraran en peligro moral o que sean simplemente infractores.

Para esa cometido, se le asignaron tareas como:

- Acción tutelar, por medio de hogares sustitutos de diversos tipos.
- Acción reeducativa, por medio de servicios abiertos de libertad vigilada y semi-abiertos.
- Acción preventiva, por medio de recreación dirigida para los niños y jóvenes que no tenían lugar de entretenimiento.

La Dirección General de Tutela, sería un órgano dependiente del Ministerio de Justicia y Culto e independiente de la Dirección General de Establecimientos Penales, con presupuesto propio, iniciando sus actividades durante el año de 1965, aunque oficialmente lo haría a partir 1° de enero de 1966, por disposición de la Ley N° 15850, asumiendo el control de todos los establecimientos de tutela del país. Era un organismo técnico del Estado, que estaría a cargo del cuidado y atención de todos los menores de edad; este organismo mientras tuvo vigencia, implemento Acciones Tutelares, a través de hogares sustitutorios con la colocación familiar, en sus dos aspectos, hogares sustitutos y hogares de emergencia, además de casas-hogares y servicio social familiar; también implementó acciones re-educativas, desarrolladas a través de servicios abiertos como el sistema de libertad vigilada y semi-abiertos como los Institutos y Albergues Tutelares de Menores; finalmente acciones preventivas a través de Programas de Recreación dirigida orientados a niños y jóvenes de la comunidad que no contaban con lugares apropiados para desarrollar actividades formativas.

También estaba facultada para suscribir Convenios con entidades del país o del exterior, habiendo suscrito dos importantes Convenios durante su existencia, tales como el celebrado con CARITAS DEL PERÚ en 1967 y con la Asociación EMAUS DEL PERÚ, en 1968; el primero tenía importancia pues se trataba de una Agencia Voluntaria que administraba recursos de la cooperación internacional y en virtud del referido Convenio, se comprometía a otorgar, en forma gratuita, ayuda complementaria en bienes y servicios, para beneficio directo de los niños y jóvenes atendidos por la Dirección General de Tutela, ayuda que abarco rubros de alimentación, vestuario y sanidad, cubriendo a diversos Departamentos del país, entre ellos, Arequipa.

Por el segundo, se estableció el compromiso de llevar adelante un Programa Modelo de Servicios y Seguimiento Social, en beneficio de menores sujetos a Tutela, incorporando a un número seleccionado de menores especialmente a los de reeducación, incluyendo a los que se encontraban con Libertad Vigilada, a la comunidad de EMAUS, proporcionándoles un trabajo estable adaptado a la vocación de cada menor.

Los resultados de ambos Convenios no fueron los más óptimos, tanto porque faltó voluntad política para modificar el status de los menores, como que no se cumplieron los objetivos trazados, debido a la lógica con la que abordaría la problemática de los menores en situación irregular.

De esa forma se daría curso a la **segunda** etapa del tratamiento del menor, siempre bajo la dependencia del Ministerio de Justicia y Culto, con el Código de Menores en plena vigencia y con el Consejo Nacional de Menores activo en el cumplimiento de sus fines específicos, operando cambios cuyas características más resaltantes serían: la Dirección General de Tutela como organismo encargado de las funciones tutelares y re-educativas de los menores de edad a nivel nacional fue independizada de la Dirección General de Establecimientos Penales y del régimen aplicable al adulto e introduce nuevos mecanismos alternativos al internamiento,

como la Libertad Vigilada, casas-hogares, colocación familiar, entre otros, financiando su implementación y preparando personal técnico, desligando en forma definitiva al menor del régimen penitenciario adulto; sustituye el Derecho Penal por el Derecho Tutelar de Menores; el menor antisocial deja de ser un inculpado para constituirse en un menor en estado de necesidad, con educación especial y amparo; no se considera más a los menores como reos ni a los funcionarios de la institución como carceleros; y se enmarca la protección al menor en función de su ambiente familiar y social.

Para ello, se perfecciona la jurisdicción de menores constituida por los Tribunales y los Juzgados de Menores; el Juez de Menores no sólo conoce los detalles del acto anti-social sino también la situación socio-educativa de la familia del menor, su perfil psicológico, su estado de salud, escolaridad, entre otros, para disponer la medida de protección más adecuada. Se simplifica también el procedimiento judicial en el caso de los menores.

Pese a ello, el tratamiento de los menores en situación irregular, mantenía los mismos preceptos fundamentales, más allá de las modificaciones introducidas en la legislación nacional, asumiendo al menor como objeto de tutela y protección.

A partir de 1969, se emprende una reforma radical de la Administración Pública, lo que implicó la desaparición del Ministerio de Justicia y Culto y la conversión del Consejo Nacional de Menores en un organismo meramente consultivo, dependiente del Sector Salud. Así, por D. L. N° 17523, de 21 de marzo de 1969, que promulga la Ley Orgánica del Ministerio de Salud, se establece que los Establecimientos, Servicios y demás programas de la Dirección General de Tutela del ex-Ministerio de Justicia y Culto así como el Consejo Nacional de Menores se le integrarían, dando lugar a la formación de la Dirección de Asistencia y Tutela de Menores, dependiente del Ministerio de Salud, por lo que las funciones y acervo documentario fue transferido al Sector Salud.

A partir de ello, se dispone la reorganización a nivel nacional de todos los Institutos de Reeducción y de los Hogares de Menores dependientes de la Dirección de Asistencia y Tutela de Menores, en lo que vendría a ser una nueva versión de la Reforma Social del Régimen de Menores. Principales objetivos de la misma era superar los errores y defectos del sistema anterior, sustentándose en una concepción distinta de los sistemas de asistencia social y de los medios de tratamiento de menores en situación irregular.

Ello implicaría, superar el estado de los Hogares de Menores, como simples internados para niños pobres, muchos de los cuáles tenían familia pero con escasos recursos económicos, desapareciendo las llamadas "cárceles juveniles" como eran conocidos los Institutos de Re-educación asumidos como depósitos de menores, en los que se les retenía y vigilaba para que no volvieran a cometer actos anti-sociales, con el propósito de conseguir la rehabilitación social del menor y su reincorporación a la sociedad como sujeto libre y con una personalidad definida y formada.

La tan mentada Reforma se efectuaría en dos etapas. Una que se iniciaría con acciones de evaluación al personal de servicio, ratificando únicamente a quienes estaban en condiciones de cumplir adecuadamente su labor y cesando al personal no apto para dichas tareas, procediéndose a un proceso de selección de nuevo personal, adecuado para esos menesteres.

La segunda comenzó con la elaboración de los Reglamentos Generales de estos servicios y su aplicación al nuevo sistema. En ese sentido, durante el año de 1970, una Comisión Especial aplicó el nuevo sistema en forma experimental, en el Instituto de Maranga, evaluando a los menores y asignando nuevas funciones al personal. Luego se trabajaría en el Instituto de Mujeres "Ermelinda Carrera", reorganizándolo.

Como podía esperarse, ya que se mantenía la visión del menor en situación irregular, la experiencia aplicada no fue muy alentadora, pese a los vientos de cambio con los que aparentemente gobernaba el Gobierno Militar de las Fuerzas Armadas

que pregonaba un proceso revolucionario. Si bien los Centros de Reeducción se convirtieron en Institutos de Menores y los Hogares Infantiles en Hogares Transitorios, durante el período experimental no cambió la esencia de la problemática de los Menores, pues pese a todo, se continuó con actos atentatorios a la dignidad de la persona humana con una actitud punitiva del personal a su cargo evidenciando un cambio de personas, con nuevos Reglamentos y con reajustes en la organización administrativa de los Establecimientos de Tutela, sin mayor aliento.

Luego por Decreto Ley N° 18822, se le dota de nuevas funciones a la Dirección de Asistencia y Tutela de Menores, ya que formaba parte de la Dirección General de Programas de Asistencia Social del Ministerio de Salud, tales como dirigir, coordinar y controlar el desarrollo de los Programas y actividades de asistencia social; la rehabilitación, asistencia y tutela de Menores.

Acto seguido se dictaría el Decreto Ley N° 19326, Ley General de Educación, por el cual, el Sector Educación tendría ingerencia en la problemática de los menores en situación irregular. Por eso se dispuso que los Institutos de Menores y otros Centros de Reeducción de menores, dependientes hasta ese entonces del Sector Salud, pasarían con sus correspondientes recursos a depender orgánicamente del Ministerio de Educación, a partir del mes de marzo del año de 1972, aunque recién se efectivizó a partir del mes de enero de 1973.

La reorganización de tales centros así como su administración educativa fue encomendada a las Direcciones Regionales en toda la República, en coordinación con la Dirección de Educación Especial de la Dirección General de Educación Inicial y Básica Regular del Ministerio con sede en Lima. Esta reorganización consistió en la evaluación del personal que laboraba en dichos Institutos y que fuera nombrado por el Ministerio de Salud, para que sirvieran a la naturaleza de los nuevos Centros de Educación Especial, nombre con el se reemplazaría a los Institutos de Menores, por lo que a dicho personal se les denominaría como Auxiliares de Educación.

Esa orientación se mantendría hasta el año de 1977, pues con la promulgación del Decreto Ley N° 21993, de 10 de noviembre de 1977, durante el mismo régimen militar de las Fuerzas Armadas, se procedería a la desactivación del Consejo Nacional del Menor, derogando la parte pertinente del Código de Menores para dar paso a la creación del "Instituto Nacional de Asistencia y Protección del Menor y la Familia", INAPROME, como organismo público descentralizado de la Presidencia de la República, dependiente del Primer Ministro, encargado de proponer y ejecutar la política nacional de asistencia, protección y promoción del Menores, del anciano y de la Familia, integrándose a partir del año de 1978, los Centros y Servicios de reeducación del Área de irregularidad social de la Dirección de Educación Especial del Ministerio de Educación, con su personal y sus recursos financieros y materiales.

Dicho proceso se inicia el año de 1969 cuando se instaura el Gobierno Militar, con la supresión del Ministerio de Justicia y Culto y la conversión del Consejo Nacional del Menor como un ente meramente consultivo, pasando a depender del despacho ministerial de Salud y culmina con la posterior transferencia de los Centros y Servicios de Tutela, dependientes del Sector Salud al Ministerio de Educación, por mandato del Decreto Ley N° 19326 y culminaría con la dación del Decreto Ley N° 21993.

Convocada la Asamblea Constituyente en el año de 1978, se inicia la transición al régimen democrático, eligiéndose al gobierno constitucional del Arq°. Fernando Belaúnde Terry en 1980. En materia de la minoridad, el 15 de junio de 1981, el gobierno promulgaría el Decreto Legislativo N° 117, aprobando la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, con la que se reestablecería dicho Ministerio, y con el cual se crearía el "Consejo Nacional del Menor y la Familia", teniendo éste la responsabilidad de formular, coordinar y supervisar la política nacional de protección, asistencia, rehabilitación y promoción de la familia, la infancia y la juventud, asignándole la función de actuar como Ente Rector de la política de bienestar social familiar.

Con la misma fecha, 15 de junio, se dicta el Decreto Legislativo N° 118, que crea el "Instituto Nacional de Bienestar Familiar" INABIF, como órgano descentralizado del Sector Justicia, encargado de planificar, proponer, dirigir, ejecutar y evaluar la política nacional del bienestar familiar.

Ambos organismos propendían a un objetivo común, cual era, la de formular y coordinar la política a favor del menor y de la familia; dependiendo funcionalmente el INABIF del Ministerio de Justicia y estaba sometido a la supervisión por el Consejo Nacional del Menor y la Familia.

Reestablecido el Ministerio de Justicia en julio de 1980, el INAPROMEF se integra al Sector Justicia, como organismo público descentralizado, que en mérito al Decreto Legislativo N° 117, se convertiría en el Instituto Nacional de Bienestar Familiar, INABIF, y su supervisión estaría a cargo del Consejo Nacional del Menor y la Familia,

La historia reciente, demuestra que después de ello, no hubo cambios significativos, los que se avizorarían recién con la dación de un nuevo instrumento internacional, basado en la nueva doctrina de la "protección integral de la infancia" superando la doctrina de la "situación irregular" del Menor, a partir del año de 1989, con la aprobación por las Naciones Unidas de la Convención de los Derechos del Niño, cuando el Estado Peruano además de ratificarla, encomendó la tarea de elaborar un nuevo Código de los Derechos de los Niños y Adolescentes, el que derogaría definitivamente al vetusto y anacrónico Código de Menores.

Esta norma ha de considerarse como la más importante en la regulación de las relaciones jurídicas de los menores de edad, y forma parte del Derecho de Menores; a diferencia del sistema anterior, no sólo se ha consagrado la condición de sujetos derechos de los Niños y Adolescentes, sino que paralelamente, se ha instaurado una instancia judicial propia para solucionar los conflictos de intereses que involucren a los niños y adolescentes a través de una justicia especializada con órganos especializados, hoy a cargo de los jueces de Familia.

De otro lado, las instancias administrativas se encuentran bajo la competencia del Ministerio de Promoción de la Mujer y el Desarrollo Humano, PROMUDEH, hoy MINDES, que actúa como Ente Rector y es el vértice del Sistema Nacional de Atención Integral de los Niños y Adolescentes, cuya labor si bien no es del todo satisfactoria, permite sentar las bases para un adecuado tratamiento del menor, como sujeto y ya no como objeto.

5.- EL AMPARO DEL MENOR EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La Constitución Política, por ser la norma más importante del sistema jurídico, suele ser considerada como una fuente del derecho, inobjetable. La doctrina italiana, por eso ha construido el sistema de jerarquía de normas, teniendo el nivel superior, la norma constitucional.

Ella expresa el contrato social al cual se someten los ciudadanos, y por ende, irradia su amparo a nivel de toda la sociedad. Y la doctrina constitucional ha establecido básicamente dos partes en la que se divide el texto constitucional. Una, la parte dogmática y otra, la parte orgánica. La primera recoge los derechos que consagra a favor de los ciudadanos que forman la Nación, mientras que la segunda establece la estructura del Estado y los órganos que la conforman.

Desde ese punto de vista, su parte dogmática precisa de manera indubitable, aquellos derechos de la persona que han de ser respetados y que corresponden a la naturaleza de la persona humana, los que le son inherentes. En el Perú, hemos producido diversos textos constitucionales desde la instauración de la formal República en 1821, remitiéndonos a las Constituciones Políticas del siglo XX, las que de una u otra forma, han establecido derechos vinculados a los menores de edad.

La Constitución Política de 1920, dictada al fragor de la "revolución primaveral" encabezada por Augusto B. Leguía, que lo llevaría al poder del Estado, previó los derechos de la infancia, tal como aparece de su artículo 55°, al prescribir

que el Estado establecerá y formulará los servicios sanitarios y de asistencia pública, institutos, hospitales, asilos y cuidara de la protección y auxilio de la INFANCIA⁽²⁸⁾.

El Estado sería promotor, dentro de la perspectiva tuitiva que le correspondía frente al menor, de las políticas de protección y auxilio a la infancia del Perú. Como se trataba de una norma de naturaleza programática, era necesario dictar normas de desarrollo constitucional, que nunca se dieron, por su efímera duración, máxime que el propio dictador, el Presidente Leguía, la desconoció en la práctica, para salvar sus propios intereses autoritarios y de permanencia en el poder político, por lo que no tuvo mayor gravitación ni mayor incidencia a favor de la Infancia.

Como producto del derrocamiento del "oncenio leguista", se produjo una crisis política que conllevó como salida política a convocar una Asamblea Constituyentes que elaborara un nuevo texto constitucional, que reemplazara a su antecesora. De esa manera se elaboraría la Constitución Política de 1933, la que fue mucho más específica en la redacción referido a la infancia. Su artículo 52º, establecía que "Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. El Estado defiende el derecho del niño a la vida del hogar, a la educación, a la orientación vocacional y a la amplia asistencia cuando se halle en situación de abandono, de enfermedad o desgracia. El Estado encomendará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo a organismos técnicos adecuados"⁽²⁹⁾.

Si bien se trataba de una norma programática, sin embargo, es menester admitir, que la preocupación por los derechos de la infancia era más certera, al no abarcar solamente su desarrollo vital, defendiendo su salud física y moral, sino que además, establecía otros derechos del niño, utilizando esta categoría para referirse a los menores, como los vinculados a su familia, a la educación, al apoyo para dilucidar su futuro como su orientación vocacional y de manera más amplia, a dictar medidas de protección que lo asistiera si se encontrara en una situación de abandono, sufriera

²⁸ Constitución Política de 1920.

²⁹ Constitución Política de 1933.

enfermedad o cayera en desgracia. Para ello el Estado comprometía su acción para viabilizar la norma constitucional, encomendando a organismos técnicos adecuados, la implementación de las medidas previstas en ella.

Con el derrocamiento del régimen del Presidente Arq° Fernando Belaúnde Terry, en 1968, llegó al poder del Estado el Gobierno Militar de las Fuerzas Armadas, de vocación "revolucionaria y nacionalista". Las reformas aplicadas a nivel económico, social, cultural, educativo, judicial y en el plano jurídico, le cambiaron la faz a un país formado bajo los moldes "oligárquicos". La amplia movilización antidictatorial del segundo lustro de la década de los años '70, permitió su retiro del poder, convocando a una Asamblea Constituyente, que tuviera como misión, dar a luz un nuevo texto constitucional, dado paso a la civilidad.

Más allá de los pormenores sobre su elaboración, sanción y promulgación por el extinto Presidente de ese Poder Constituyente, don Víctor Raúl Haya de la Torres, la Constitución Política de 1979, estuvo a tono con los signos sociales de aquellos tiempos, con adecuados derechos de las personas y apropiada estructura del Estado. Y como no podía ser de otra manera, también consagró derechos relativos a los menores de edad, tal como es de verse de su artículo 8°:

"El niño, el adolescente y el anciano son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral"⁽³⁰⁾.

Los constituyentes de 1979, insistieron en el rol tuitivo y protector que el Estado debía dar a los menores pero sin variar la lógica de las Constituciones que la antecedieron, aunque es de resaltar que por primera vez se hacía una distinción entre las categorías de niño y adolescentes, presumiblemente estarían marcadas por la edad; pero esa función se daría atendiendo a sus condiciones de vida, siempre que estuviera en un estado de "abandono económico, corporal o moral". Si las mismas no se produjeran, el Estado no los protegería?

³⁰ Constitución Política de 1979.

No está demás indicar que en el artículo 44°, parte final hace hincapié en que la ley "determina las condiciones de trabajo de menores y mujeres" con el mismo sentido de la naciente legislación laboral en el Perú; y, en su artículo 45° que "la ley determina medidas de protección a la madre trabajadora", previsión distinta a la mujer propiamente dicho.

El advenimiento de la década de los años de 1990, llevó al gobierno constitucional a un político desconocido, quien generó expectativas en la población, para dejar atrás el desastroso gobierno del Presidente aprista Alán García Pérez;. a los 2 años de su mandato, dio un golpe de estado instaurando un "Gobierno de Reconstrucción Nacional" de carácter autoritario y dictatorial.

Para reestablecer el Estado de Derecho, la comunidad internacional le impuso la convocatoria a un Congreso Constituyente que elaborara una nueva Constitución Política, tal cual sucedió con la promulgación con la de 1993. Tampoco merece tratar las vicisitudes de su elaboración, promulgación y ratificación vía un referéndum cuestionado sino certificar que pese a la orientación neo-liberal de sus constituyentes, se incorporó una vez mas, los derechos del menor. En su artículo 4° se señaló lo siguiente:

"La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente y a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma de matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley"⁽³¹⁾.

Se reitera, como aparece de su texto, el condicionamiento de la situación de abandono, para que la comunidad y el Estado protejan a los niños y adolescentes, en iguales términos que a la madre y al anciano, haciendo el mismo distingo entre niños y adolescentes, tal cual se formuló en la Constitución anterior. No se puede dejar de

³¹ Constitución Política de 1993.

lado, la mención de que ya, a partir del año de 1990, se había aprobado la Convención sobre los Derechos de los Niños, la que fuera ratificada durante su mandato y debió ser utilizada para regular en forma mucho más concreta, la protección a los menores de edad, niños y adolescentes peruanos, tanto más que derogó el Código de Menores de 1962 y dictó el primer Código de los Niños y Adolescentes, mediante Decreto Ley N° 26102, promulgado a fines del año de 1992.

Adicionalmente supera formalmente la visión del menor abandonado para incorporar al trabajo como derecho, conforme a su artículo 23:

“El trabajo, en sus diversas modalidades es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, *al menor de edad*, y al impedido que trabaja”.

La atención prioritaria del Estado al trabajo en sus diversas modalidades y de manera especial al menor de edad tiene como sustento la protección especial cuantitativa, pues esta dirigida al menor como tal, la que será distinta a la protección que corresponde a la madre trabajadora y al impedido que trabaja. En tal sentido, el tratamiento para el menor de edad que trabaja, no estaba relacionada con su situación material o social, o del supuesto abandono, considerando la intervención del Estado para actuar decididamente sobre la realidad social para transformarla en la perspectiva del establecer estructuras más justas, buscando una igualdad de oportunidades, a favor de los menores de edad que trabajan.

A lo que se agrega que en el artículo 22 del Título I de los Derechos de la Persona, Capítulo de los Derechos Económicos y Sociales, consagra que el trabajo es un derecho y un deber; recusa el trabajo forzoso y señala la prohibición constitucional de que “nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”, aspectos éstos últimos que son de aplicación de los menores que trabajan.

Esta apretada síntesis del decurso constitucional y la regulación de los derechos reconocidos a favor de la niñez, en sus diferentes variantes, determina que los constituyentes en uno y otro tiempo, sólo atendían la problemática y condiciones de vida del menor por el Estado, desde una orientación estrictamente proteccionista, perdiendo de vista que ella sólo adquiriría perspectiva, si el Estado reconociera el rol protagónico que les correspondía a los menores por ser seres humanos, con derechos y libertades propios de este importante sector de la sociedad.

II.- LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

1.- ANTECEDENTES DE LA CONVENCIÓN

En los inicios del siglo XX, la comunidad internacional asumiría un rol protagónico para reconocer los derechos de los menores de edad preocupándose por generar una adecuada regulación relativa por la "situación de inferioridad" en la que se encontraba, tal como era visto desde la perspectiva de la sociedad internacional.

Es así, que después de la Primera Guerra Mundial, la Sociedad de Naciones encaró la problemática de los menores de edad, como la de los niños en peligro moral. Eso explica, el por qué, su Tratado constitutivo crea la Organización Internacional del Trabajo, y sus primeras normas laborales aplicables a este sector social, fueron aprobadas en la I Conferencia Internacional del Trabajo realizada en 1919 coincidiendo con su constitución.

Por los primeros años de la década de 1920, diversos consultores preveían la necesidad de contar con instrumentos internacionales que amparasen a la niñez, no sólo en el campo laboral sino confiriéndoles derechos y protecciones más amplias. Para eso, la comunidad internacional elaboraría diversos instrumentos dedicados a la niñez, destacando sin lugar a dudas los Convenios Internacionales de Trabajo aprobados por la Organización Internacional del Trabajo dirigidos a proteger la actividad laboral de los menores de edad, y que se remitirían al denominado trabajo

infantil, para dictar posteriormente otras de normas internacionales de carácter general, siendo la última y más importante, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptado por la Organización de las Naciones Unidas y aprobada en el año de 1989.

Entre las normas que la antecedieron⁽³²⁾ y otros instrumentos internacionales referidos a la regulación de los derechos de los niños, se puede mencionar:

1. La Declaración Universal de los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1959, que recogió 10 principios para la protección del menor y fue el principal instrumento internacional para promover sus derechos, como:

Primer Principio: El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración, sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Segundo Principio: El niño gozará de protección especial para poder desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, y añade que al promulgar leyes para ese fin, se tomará siempre en consideración el interés superior del niño.

Tercer Principio: Reconoce que el niño desde su nacimiento tiene derecho a un nombre y a una nacionalidad.

Cuarto Principio: Señala que el niño tiene derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Quinto Principio: El niño físico o mentalmente impedido deberá recibir un tratamiento especial.

³² VALENCIA COROMINAS, Jorge. Derechos Humanos del Niño en el marco de la doctrina de la protección integral. El autor realiza un comentario sobre los más importantes antecedentes normativos en este campo.

Sexto principio: Para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el niño necesita de amor y comprensión.

Sétimo Principio: Consagra el derecho del niño a recibir educación y a disfrutar plenamente de juegos y recreaciones.

Octavo Principio: El niño debe figurar entre los primeros en recibir protección y socorro en todas las circunstancias.

Noveno Principio: El niño deberá ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

Décimo Principio: El niño deberá ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia y amistad entre los pueblos.

2. La Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado.
3. Las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing).
4. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).
5. Anexo Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).
6. La Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los Niños, con particular referencia a la Adopción y la Colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional.
7. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad.

8. Anexo Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.
9. Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, aprobada por la O.E.A.

Algunos instrumentos están dirigidos a la mujer y al menor, tal como fue en épocas anteriores, como el de la "protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado", que sumados a otros dirigidos a la infancia, como los Convenios de la O.I.T., por la preeminencia de la doctrina de "la situación irregular", al regular el tratamiento de los menores como objetos de protección, asumiendo su natural fragilidad y necesidades, no se condecía con la condición de seres humanos, por lo que devenían en insuficientes, razón por la cual, se la reemplazó por la doctrina de "la protección integral", a partir de la cual, su consideración como sujeto de derechos, permitió reconocerles derechos específicos siendo titulares de los mismos, capaces de ser actores de su propio desarrollo, de su familia y comunidad.

Será el proceso de conceptualización de los derechos humanos, la que orientaría la nueva protección de la infancia, como sector vulnerable de la sociedad, mediante instrumentos internacionales que garantizarán su propio devenir social, asumiendo la comunidad internacional un rol protagónico para reconocer los derechos de los menores de edad, cuya máxima expresión fue si lugar a dudas, la aprobación de la Convención sobre los Derechos de los Niños, la que marcaría un hito en el reconocimiento de derechos a este importante sector social.

En tal sentido, el Consejo Económico y Social acogió la iniciativa de la Comisión de Derechos Humanos, para elaborar un proyecto de Convención y por decisión de la Asamblea General de NN.UU., se le delegó a ésta última su formulación, para lo cual, en 1979 decidió implementarla, creando un Grupo de Trabajo abierto con ese propósito para sistematizar los aportes y recoger los derechos específicos propios de este sector social, iniciando los trabajos tendiente a promover

una nueva Convención Internacional que recogiera los derechos humanos propios de la niñez.

Dichos instrumentos internacionales dirigidos a la niñez, mostraba una preocupación en el plano internacional, pero se demostraría que no eran suficientes, por lo que se hacía necesario pasar a un estado superior para reconocer derechos específicos de los menores; para tal efecto y siendo propósito de las Naciones Unidas contar con un instrumento normativo que sistematizara todos los aportes aplicables a este sector social, es que convocó a la comunidad internacional para dotarse de una Convención dirigida exclusivamente a la niñez, reconociéndoles sus derechos.

Es así que se iniciaron los trabajos preparatorios, cuya finalidad era elaborar un nuevo tratado internacional que recogiera orgánicamente, en una norma, aquellos derechos que tuvieran como su sujeto activo, a los menores de edad, pasando de la condición de objetos de protección a los actores principales de su propio destino, y con ellos, de la humanidad.

El trabajo de elaboración de la Convención, podemos resumirlo⁽³³⁾ en las siguientes actividades y eventos:

El Grupo de trabajo abierto, conformado por delegados de los Estados miembros, por delegados de organismos especializados de las NN. UU., como los representantes de la Organización Internacional del Trabajo, (O.I.T.) y de organizaciones no gubernamentales.

Se finiquitaría un Proyecto de Convención, el que fue sometido a la comunidad internacional, a fin de recibir sugerencias, las que prohibieron de:

1. La reunión centroamericana sobre derechos del niño en Centro América, celebrada en Guatemala.

³³ VALENCIA COROMINAS, Jorge. Obra citada. El autor hace un recuento del trabajo realizado por la comunidad internacional para dotarse de una Convención de los Derechos de los Niños.

2. La Asociación Mundial de Amigos de la Infancia, que propuso adoptar varias prohibiciones como la creación de seres vía clonación o la elección del sexo mediante manipulación genética, entre otras.
3. La opinión de la República Argentina a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de menores separados de sus padres.
4. La Cumbre de Jefes de Estado de los Países No alineados, celebrada en el año de 1989.

Ese trabajo previo culminaría con la Asamblea de Naciones Unidas de fines del año de 1989, en la que aprobó la Convención sobre los Derechos de los Niños.

Es necesario tener presente, en abierta contradicción con las corrientes liberales, que los distintos Tratados Internacionales sobre derechos humanos, reconocen la necesaria intervención de los Estados para materializar los postulados en ellos enunciados; la propia Convención sobre los Derechos del Niño prevé que los Estados Partes, igualmente garantizarán el adecuado cumplimiento de los derechos consagrados a favor de los Niños, como reza su artículo 4°.

De tal suerte, que los llamados derechos de "primera generación" serán garantizados mediante diversas medidas administrativas, legislativas y de otra índole por parte de los respectivos Estados Partes mientras que los derechos de "segunda generación", los económicos, sociales y culturales, lo serán además, con los recursos fiscales o de ser el caso, recurriendo al apoyo de la cooperación internacional. No escapará al análisis, que entre éstos últimos, está el derecho al trabajo de los niños y la protección que los Estados han de brindarle, lo que conllevará a una regulación específica por los Estados signatarios de la Convención, en concordancia con la normativa internacional.

2.- PROMULGACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño, fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 61ª. sesión plenaria, el 20 de noviembre de 1989; "preocupada porque la situación de los niños en muchas partes del mundo sigue siendo crítica como resultado de las condiciones sociales inadecuadas, los desastres naturales, los conflictos armados, la explotación, el analfabetismo, el hambre y las incapacidades, y convencida de que es preciso aplicar medidas urgentes y eficaces en el plano nacional e internacional"⁽³⁴⁾.

Quedó claro la profunda preocupación demostrada por Naciones Unidas sobre el devenir de la niñez en el mundo y que obligaba a adoptar medidas en el plano nacional a internacional para encararla. Por ello, en su Preámbulo, ratifica que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, por lo que los Estados Partes convinieron en dictar la Convención, la que posteriormente entraría en vigor, para ser ratificada por los diversos países, y entre ellos, por el Estado Peruano en el año de 1991, planteando el reto y la posibilidad de superar el tratamiento diferenciado que le brindaba el sistema jurídico peruano a la Infancia y la Adolescencia.

3.- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Definición de Niño

La Convención entiende por niño a todo ser humano desde su nacimiento hasta los 18 años de edad, tomando en cuenta únicamente como criterio referencial a la edad. En caso de presentarse duda sobre ella, se presume la minoría de edad, salvo que en virtud de una ley alcance la mayoría de edad, antes de la señalada por la Convención.

³⁴ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños. Introducción. UNICEF.

A partir de esa definición, es menester precisar algunas pautas a considerar, para los Niños. La Convención como no podía ser de otro modo, rechaza cualquier forma de discriminación, es decir, debe reconocerse les los derechos al menor, sin distinción de raza, sexo, opinión política, origen étnico, posición económica.

Para el tratamiento de los niños, se debe estar a lo que se denomina como interés superior del niño; por lo que cualquier política que adopten los Estados Partes debe estar a ese principio, es decir, aplicar las medidas que los benefician.

La aplicación de los Derechos de los Niños

La propia Convención ha introducido mecanismos para garantizar la vigencia de los derechos reconocidos, para lo cual, todos los Estados partes dictarán las medidas necesarias para dar efectividad a los mismos; y en cuanto a los derechos sociales y económicos, se precisa que deberán disponer de recursos fiscales o recurrir a la cooperación internacional.

Así claramente se desprende del artículo 4º de la Convención:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas de conformidad con los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

La efectividad de los derechos reconocidos en la Convención, es un mandato que los Estados Partes deben acatar, permitiendo su real aplicación a través de la "adopción de medidas administrativas, legislativas y de otra índole", respetando los derechos de "primera generación". Sobre los derechos de "segunda generación", los obligan a tomar medidas para plasmarlos con recursos fiscales necesarios, y en caso contrario, recurriendo a la ayuda de la cooperación internacional.

Los derechos humanos específicos, que este instrumento internacional garantiza, han sido catalogados siguiendo la premisa "generacional" indicada, sean los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales. Veamos el tratamiento con el cual se los ha regulado:

DERECHOS CIVILES

La Convención ha precisado los derechos civiles reconocidos a favor de la Niñez; teniendo a los siguientes:

DERECHO A LA VIDA

Es el derecho esencial que sirve de sustento a todos los demás. No sólo garantiza que ese derecho lo tenga toda persona por ser tal, y que pueda gozarlo también a partir de su nacimiento sino también que se creen todas las condiciones necesarias para su pleno desarrollo y supervivencia como ser humano.

DERECHO AL NOMBRE

El nombre cumple una función individualizadora de la persona humana en su relación con los demás seres, por lo que todo niño debe contar con un nombre, que incluye el nombre de pila o pre nombre y los apellidos de los padres. Está vinculado directamente al derecho de conocer a sus padres; en todo caso serán las legislaciones nacionales las que utilizarán mecanismos para garantizarlo.

DERECHO A LA NACIONALIDAD

Es un derecho humano reconocido a toda persona dentro del contexto internacional actual. Su antecedente lo encontramos en el artículo 15° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que prescribe: "1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad". Por eso a todo infante se le debe reconocer y respetar su nacionalidad, ya sea por razón de sangre o por territorio.

DERECHO A LA IDENTIDAD

Este derecho permite que cada persona tenga una condición ser único, atribuyéndole una unidad psicosomática propia de cada quien, por lo que al niño se le debe reconocer en todas sus dimensiones, tal como es, por lo que su identidad prevalecerá en cualquier circunstancia.

DERECHOS POLÍTICOS

Igualmente, la Convención de los Derechos del Niño, ha previsto el ejercicio para este sector, de los derechos políticos, que más allá de su propia condición, están habilitados para ello, dentro del margen contenido en su propio texto.

Así se mencionan los siguientes:

LIBERTAD DE OPINIÓN

Se reconoce el derecho a opinar en todos los asuntos que les afecten, para ello, se las tomará en cuenta en función de su edad y de su madurez. Conforme a los pronunciamientos emitidos por organismos vinculados a los Derechos Humanos, éste es un derecho Absoluto, que no admite restricciones ⁽³⁵⁾.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Se reconoce el derecho de difundir ideas o recibir todo tipo de información. Es un derecho Relativo, sometido a restricciones, tales como el respeto a la reputación de los terceros, por seguridad nacional o el orden público, la salud y la moral públicas, las que deben ser establecidas por la ley ⁽³⁶⁾.

³⁵ Protección Internacional de los Derechos Humanos. Comisión Andina de Juristas. Ed. 1989, Página 247.

³⁶ Obra citada. Página 249.

LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN

Los Niños tienen derecho a pensar libremente, forjando su propia conciencia y confesión religiosa, la que debe formarse en relación directa con sus padres, es decir, bajo la dirección de sus padres.

LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

Se admite la libertad de asociarse y reunirse con fines lícitos, garantizando el derecho para que los Niños puedan constituir Asociaciones sin fines de lucro. La Convención lo prevé, asumiendo que sea ejercido directamente por el Niño, sin intervención de terceros o adultos. En consecuencia, admitida la libertad de asociarse, los ordenamientos jurídicos nacionales velarán porque este derecho sea ejercido por ellos, en razón de ser sus legítimos titulares.

DERECHO A SU VIDA PRIVADA

Este derecho está vinculado directamente a la intimidad del menor, lo que implica que deberá respetar su vida privada, sea en el seno de su familia, en su domicilio e incluso frente a su correspondencia, la que tiene no podrá ser vulnerada ni por sus padres, tutores o por los adultos.

RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES

No sólo los padres que ejercen la patria potestad asumen la responsabilidad frente a los Niños sino que obliga a mantener una relación directa con ellos, para lo cual, la Convención les otorga la obligación de la crianza de los niños y la de velar por su desarrollo integral.

ASPECTOS SOBRE DETERMINADOS SECTORES DE NIÑOS

Una normativa prevista por la Convención, se refiere a determinados sectores de los Niños, que no tiene carácter general por lo que acepta un tratamiento especial.

Entre estos casos se menciona:

PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA

Se consagra explícitamente el rechazo a toda forma de violencia que sea ejercido contra los menores de edad, en cualquier eventualidad, dado que afecta su condición de seres humanos. Dicha violencia no sólo debe ser entendida como la política o militar sino también la que tiene naturaleza social.

NIÑOS REFUGIADOS E IMPEDIDOS

La Convención hace hincapié en aquellos sectores que los denomina niños impedidos por alguna razón física y los niños refugiados por condiciones socio-políticas, estableciendo que se les ha de brindar un trato y protección especiales.

ADOPCIÓN

La Convención ha introducido una de las modificaciones más significativas en cuanto al tratamiento de la Adopción de los niños, lo que ha conllevado a introducir cambios legislativos significativos en la normatividad nacional.

Sobre el particular, encontramos 2 aspectos importantes que resaltar. El primero, la situación jurídica del menor que carezca de padres o familia, requiere ya no se trata de un trámite simple y de carácter privado sino que la adopción ha de merecer la intervención de la autoridad competente, que es el Estado y que en el caso peruano, se ha regulado como un procedimiento administrativo.

El segundo, es el referido a la adopción internacional, pues para que proceda la adopción de un niño nacional por un ciudadano extranjero, requiere de un convenio de adopción entre sus respectivos países o de un acuerdo binacional o multinacional entre los Estados.

DERECHOS SOCIALES, CULTURALES Y ECONÓMICOS

Estos derechos de segunda generación, obliga a los Poderes Públicos para que puedan ser efectivizados en cada país con la intervención de los Estados Partes.. Entre ellos tenemos:

DERECHO A LA SALUD

No sólo es un derecho el gozar de buena salud sino que señala además, los mecanismos necesarios de rehabilitación para los niños. Este derecho se aplica buscando reducir la mortalidad infantil, otorgando asistencia medica, evitar la mal nutrición y utilizar la medicina preventiva.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

Otra innovación importante que trae la Convención, es el derecho a la Seguridad Social, entendido como un servicio de protección que se presta a la ciudadanía cuando se presentan contingencias y riesgos sociales que deben ser cubiertos con determinadas y diversas prestaciones, como las económicas o asistenciales, las que son prestadas por los seguros sociales, que en el caso peruano viene a ser ESSALUD.

Los niños tienen el derecho a la Seguridad Social, y de acuerdo a las posibilidades financieras, a los seguros sociales, sin hacer distinción de la entidad encargada sino de las garantías para que sean beneficiarias de las mismas. Por eso,

reconoce tanto el derecho a la Seguridad Social como al seguro social, al que se accede no desde el punto de vista contributivo ni que sea efectivice por medio de los padres sino que sea el niño el que esté directamente vinculado al sistema de la Seguridad Social..

El acceso al seguro social y a la seguridad social dependerá de los recursos que entregue el Estado para que dicho derecho pueda ser efectivo para los niños, a fin de sean cubiertos los riesgos sociales o la contingencias que sufran, con determinadas prestaciones.

EL NIVEL DE VIDA

Para que los niños gocen de un nivel de vida adecuado, se requiere contar con condiciones óptimas para lograr su desarrollo físico, mental y moral, la que debe ser asumida como una responsabilidad por los padres; si por alguna circunstancias los padres no estuvieren posibilitados de hacer por carecer de los recursos económicos necesarios, será el Estado el que asuma esa responsabilidad, a través de la asistencia material o realizando programas de apoyo o ayuda.

Esa asistencia a de plasmarse por medio de una adecuada nutrición, para lo cual el Estado entregará los alimentos necesarios con esa finalidad además del vestido e incluso del derecho a una vivienda. Solamente así, el nivel de vida de los niños estará asegurado y logrará su pleno desarrollo.

DERECHO A LA EDUCACIÓN

El derecho a la educación parte del principio de la igualdad de oportunidades a las que debe acceder un menor; es un derecho que debe cumplir el Estado; para lograrlo la Convención ha previsto:

- El Principio de la Gratuidad de la enseñanza en el nivel primario pero con la prescripción de que sea para todos, sin restricción alguna.

- El acceso a la Educación secundaria, superior, profesional sin que necesariamente sea aceptado con el principio de la gratuidad sino con consideraciones de capacidad.
- Debe permitirse la asistencia regular a todos los niveles educativos.
- Brindar la más amplia información en materia educativa.

En cuanto a los objetivos la Convención se propone en el área educativa, los referidos a la difusión y respeto a los Derechos Humanos, a las libertades fundamentales, el respeto a los padres y la preparación del niño para una vida responsable.

EL ESPARCIMIENTO Y LA RECREACIÓN

En este campo, los niños tienen derecho al juego, al esparcimiento y a la recreación, a su propia vida cultural, que es lo que debe caracterizar a un Niño. Estará a cargo de los gobiernos locales a través de programas municipales para el esparcimiento y recreación de los niños.

EL TRABAJO

La Convención no ha establecido como un derecho de los Niños el trabajo sino todo lo contrario, ha señalado que para el caso de que el menor de edad trabaje, deben dictarse los mecanismos de protección para tal caso, debiendo remitirse los Estados Partes a los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, como órgano especializado en el campo del trabajo a nivel mundial.

Medidas de Protección. La edad mínima para el trabajo, que será establecida conforme a las normas internacionales sobre la materia; Horarios y condiciones de trabajo, para diferenciar entre el horario del colegio y el del trabajo. La asistencia a la escuela debe ser regular; y las sanciones que deben imponerse en caso del incumplimiento de las normas preventivas.

La Convención de los Derechos de los Niños, Adicionalmente, ha considerado Situaciones Especiales que también son reguladas como:

LA VENTA Y EL TRÁFICO DE NIÑOS

La prohibición de la venta de niños con medidas de protección para evitar su venta y tráfico, por constituir un abuso contra los niños.

DERECHOS CONTRA LA TORTURA Y LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Se pronuncia contra cualquier forma de trato y penas crueles; se prohíbe la pena capital, la pena de muerte o la prisión perpetua para todos los menores de 18 años de edad. En el caso de que se les prive de la libertad, ésta será dispuesta por sentencia garantizando su derecho a impugnar la ilegalidad de la privación de su libertad ante el tribunal competente.

CONFLICTOS ARMADOS

Se toman en cuenta algunas diferencias: En cuanto al Servicio Militar Obligatorio, no se podrá reclutar a personas que sean menores de 15 años; sin embargo, para la Convención, los menores entre los 15 y 18 años podrían ser reclutados, pero en tal caso, podrán serlo, aquellos que cuenten entre los 17 y 18 años de edad.

PROTECCIÓN A LA POBLACIÓN CIVIL

Durante un conflicto armado se busca garantizar una adecuada protección para los niños afectados, que son los que conforman la población civil, por tratarse de menores desprotegidos.

REINTEGRACIÓN SOCIAL

Con esta garantía, se busca proteger a los niños que sean víctimas de cualquier forma de abandono, abuso o trato inhumano, promoviendo su recuperación física y psicológica.

JUSTICIA ESPECIALIZADA PARA NIÑOS

Finalmente, en este campo, se establece una administración de justicia, la que será especializada, aplicable únicamente a los menores de edad, que atenten contra la legalidad o infrinjan la ley penal.

Debe existir una administración de justicia para los menores, con órganos de justicia especializada para los niños y adolescentes.

Los principios de la administración de justicia para niños.

El niño tiene que ser tratado acorde a su dignidad; respeto a sus derechos y libertades fundamentales tomando en cuenta su edad.

Se consagra determinadas garantías, como el debido proceso, el de ser considerado inocente mientras no se prueba lo contrario.

Su derecho a la defensa y a la asistencia legal.

III.- LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS RECONOCIDOS POR EL SISTEMA JURÍDICO

1. EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

El Código de los Niños y Adolescentes, fue promulgado por el Decreto Ley 26102, de 28 de Diciembre de 1992, bajo el amparo de la Convención sobre los Derechos de los Niños, aprobada por Naciones Unidas. Luego de casi 8 años de vigencia, fue derogado con todas sus modificatorias, el D. S. N° 044-99-JUS y demás normas que se le opongan y reemplazado por la Ley 27337, de 21 de julio del 2000, que aprobó el **nuevo CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**, que cuenta con un Título Preliminar, cuatro Libros y Disposiciones Transitorias y Finales.

Haremos un comentario, breve por cierto de su contenido.

1.1. TÍTULO PRELIMINAR

El Título Preliminar es un conjunto de normas que históricamente ha sido preparado para regir a todo el sistema jurídico. Es el caso del Título Preliminar del Código Civil⁽³⁷⁾ que contiene un conjunto de normas con rango de ley. Ahora se suma el del Código del Niños y del Adolescente, que tiene por objeto precisamente informar al sistema jurídico peruano, de la aplicabilidad de normas referidas específicamente a los Niños y Adolescentes.

Es importante analizar su contenido, por la trascendencia gravitante para el sistema jurídico peruano.

DEFINICIÓN DE NIÑO

Niño, según la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, es todo ser humano a partir de su nacimiento hasta los 18 años de edad, teniendo en la edad al único elemento que califica su condición.

³⁷ RUBIO CORREA, Marcial. Para leer el Código Civil. Fondo Editorial PUC. Página 15.

El Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes⁽³⁸⁾, por el contrario, define al Niño como todo **SER HUMANO** desde su concepción hasta los 12 años de edad, mientras que desde los 12 hasta los 18 años de edad, lo considera como Adolescente; de existir duda sobre su edad, se le considerará como Niño o Adolescente, según sea el caso, mientras no se pruebe lo contrario.

Sobre el SER HUMANO, a decir del maestro Carlos Fernández Sessarego, la doctrina ha elaborado sobre la base de su dimensión coexistencial, el concepto de “Situación jurídica subjetiva” por la cual “todo derecho subjetivo incluye un deber y, viceversa, que en todo deber se inserta un derecho. Como es lógico, al no haber derechos subjetivos puros, tampoco existen deberes puros. La noción de “situación jurídica subjetiva” surge, por consiguiente, como adecuación conceptual a la realidad misma del ser humano”⁽³⁹⁾.

Por tanto, el SER HUMANO es un centro referencial de derechos y deberes, por lo que se considera Niño al concebido hasta los 12 años y Adolescente hasta los 18 años de edad. Conforme al Código Civil peruano, de 1984, la vida humana comienza con la concepción, y reconoce al concebido como un sujeto de derechos⁽⁴⁰⁾ para todo cuanto le favorece y que la atribución de derechos patrimoniales esta condicionada a que nazca vivo. Según la doctrina moderna, al concebido se le atribuye derechos que lo hacen desde esa perspectiva sujeto de los mismos, como por ejemplo, a no ser sometido a manipulación genética atentando contra su integridad.

En segundo lugar, se plantea la peculiaridad sobre la condición de ser humano del Niño desde su concepción. La visión desarrollada por el ilustre Dr. Carlos Fernández Sessarego indica que hay rasgos distintivos entre la persona y el sujeto de derechos cuando nos dice que la “diferencia entre el sujeto de derecho designado como “persona natural” y aquel otro que llamamos “concebido” es que el primero,

³⁸ Código de los Niños y Adolescentes. Título Preliminar. Ley 27337. Artículo I.

³⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. En Precisiones preliminares sobre el Daño a la Persona. Revista THEMIS. Página 183.

⁴⁰ Código Civil Peruano de 1984. Artículo 1.

tiene el pleno goce de los derechos civiles, y por ende de los deberes que le impone el ordenamiento jurídico, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley, mientras que el concebido es sólo sujeto de derechos para todo cuanto le favorece. Es decir, goza de una capacidad limitada parcial”⁽⁴¹⁾. De lo que se deduce el énfasis que el Código Civil le da a ambos términos, para diferenciar al concebido de la persona humana.

Más allá de tales diferencias, como se admite por los especialistas del Derecho Civil y entre ellos, el autor citado, el Código de los Niños y Adolescentes, no ha redundado sobre el particular, para precisar por el contrario, que Niño es desde la concepción hasta los 12 años de edad.

De allí que se pueda concluir sin temor a equivocaciones, que el tratamiento que otorga el Código de los Niños y Adolescentes al concebido en tanto Niño, partiendo de su naturaleza de SER HUMANO, tiene una amplitud mayor a la de su simple consideración de ser sujeto de derecho, por cuanto éste le es implícita para diferenciarlo de la persona natural, pero asumiendo una perspectiva jurídica de mayor dimensión.

Si partimos del criterio que el Título Preliminar contiene un conjunto de principios generales válidos para todos los derechos establecidos para los Niños y Adolescentes, estamos entonces ante normas que informaran a todo el sistema jurídico peruano sobre los mismos, y por tratarse de normas especiales prevalecen sobre normas generales, aún de nuestro propio Código Civil.

La definición del Niño que comprende al concebido, el sujeto de derecho y los derechos de la persona humana, son los nuevos vientos que soplan con el nuevo

⁴¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las Personas. Editorial Grijley. 1998. Página 36.

Código de los Niños y Adolescentes; sin embargo, conviene abordar otros tópicos interesantes.

SUJETO DE DERECHOS

Si seguimos la lógica de nuestro Código Civil, advertida por el Dr. Carlos Fernández Sessarego en su amplia obra jurídica⁽⁴²⁾, tenemos que el término “**Sujeto de Derechos**” tiene cuatro (4) categorías, asumiendo ese concepto genérico en relación al que corresponde la expresión “**persona**”, que será más específica.

Con ésta última, se menciona con la categoría de “**persona**” tanto al hombre nacido como al que colectivamente se organiza, es decir, lo que se conoce como a la persona natural y la persona jurídica, a partir de su inscripción en el registro pertinente. Mientras que con el primer término se utiliza la categoría, “sujeto de derechos” no es para referirse a la persona en sí misma, sea natural o jurídica, sino al concebido con el que se inicia la vida humana así como a la organización de personas que actúan sin cumplir con la formalidad que la ley exige, esto es, entes no inscritos en los Registros Públicos.

En tal sentido, conviene resaltar que el Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes en torno al concebido, no tiene el énfasis que el Código Civil le atribuye como sujeto de derecho, en lo que al inicio de la vida humana, se refiere. No asume al concebido como un sujeto de derechos sino con el significado de reconocer una situación real y objetiva, bajo la noción de una “situación jurídica subjetiva”, que por definición del Título Preliminar, es un **SER HUMANO**, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica, por cuanto tal es por esencia un **CENTRO DE REFERENCIA NORMATIVO Y QUE LA CALIDAD DE SUJETO DE DERECHOS SOLO PUEDE SER ATRIBUIDA**, lo que obviamente no ocurriría con los entes formados por un conjunto de bienes que constituyen un patrimonio.

⁴² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Obra citada. Página 32.

Sobre la atribución de derechos al concebido, como los patrimoniales que tienen un significado económico y los extra-patrimoniales que no lo tienen, dentro de éstos últimos estarán aquellos que el ordenamiento jurídico le reconoce en tanto sujeto de Derechos, siendo el máspreciado el derecho a la vida evidentemente, o el derecho alimentario. Sobre los primeros, es necesario precisar que el concebido podrá gozar de derechos patrimoniales como el patrimonio adquirido a título hereditario, por lo que siendo titular de un derecho, ha de contraer obligaciones, las que serán cumplidas por medio de sus representantes, sean sus padres, y en particular su madre; así ocurrirá en el caso que ella inicie una acción judicial peticionando alimentos, durante la etapa pre natal. Si es titular de un derecho patrimonial, a través de ellos, será exigido para cumplir con determinadas obligaciones en el caso que se le atribuya un patrimonio vía una donación o herencia. Incluso recibirá indemnizaciones por daños cometidos por terceros, originado por la muerte del padre, como grafica el Dr. Fernández Sessarego⁽⁴³⁾.

En cuanto a la capacidad para obligarse por medio de sus representantes, más allá del patrimonio adquirido a título de herencia o donación, la disposición o gravamen de sus bienes será factible atendiendo a la causa justificada de necesidad o utilidad, requiriendo en ese supuesto la autorización judicial de conformidad con lo dispuesto por el Código de los Niños y Adolescentes.

Adicionalmente, si desde el punto de vista jurídico, el sujeto de derecho viene a constituir un ente al cual el ordenamiento jurídico le imputa derechos y deberes, este concepto como ya se ha descrito anteriormente, le es aplicable a los Niños y Adolescentes en una doble condición, según lo dispone el Título Preliminar, tanto de aquellos derechos reconocidos a su favor como de libertades y de protección específica.

⁴³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Obra citada. Página 34.

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

De acuerdo a lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño, los derechos deben ser ejercidos por sus propios titulares, y en tal caso, los niños peruanos no pueden ser objeto de ninguna clase de discriminación por cualquier razón, por lo que la igualdad de oportunidades debe guiar la interpretación y aplicación de los derechos reconocidos a su favor. Este precepto también está consagrado en la Constitución Política del Estado, de 1993 y por diversos instrumentos internacionales.

CAPACIDAD

Un tema que no ha merecido una observación detenida, es el referido a los derechos que le son propios a los Niños y Adolescentes, atendiendo a su condición de personas humana y más propiamente dicho, al ejercicio de los derechos específicos de los menores de edad, relacionados a su proceso de desarrollo.

En tal sentido, se ha regulado la denominada Capacidad, incorporada en el Título Preliminar. La capacidad especial a la que se hace mención, no es aquella de disfrute y goce de derechos sino la que permite por sí, ejercer los derechos sin necesidad de representante, tales como la de constituir Asociaciones civiles sin fines de lucro, la de celebrar actos y contratos sin que importen disposición patrimonial, como la de ejercer por sí, sus propios derechos laborales de carácter colectivo, como la sindicalización, negociación colectiva o huelga, para el caso de los trabajadores adolescentes⁽⁴⁴⁾.

También, se les reconoce capacidad procesal, valga decir, el acceder sin necesidad de contar con apoderado ante las autoridades judiciales y administrativas para hacer respetar los derechos que el Código de los Niños y Adolescentes ampara.

⁴⁴ Código de los Niños y Adolescentes. Artículos 65 y 66. Se refiere tanto a la capacidad reconocida a los trabajadores adolescentes para el ejercicio de sus derechos laborales colectivos.

En tal sentido, la propia Ley Procesal del Trabajo ⁽⁴⁵⁾, admite que los menores de edad podrán accionar ante los Juzgados de Trabajo, de acuerdo a su normativa vigente.

En el Título Preliminar sólo se refiere a la capacidad de los adolescentes y no la hace extensiva a los niños.

La capacidad, remitiéndonos a Anibal Torres Vásquez⁽⁴⁶⁾, es la aptitud que tienen las personas para el goce y ejercicio de los derechos subjetivos que les reconoce el ordenamiento jurídico. Goza de un derecho el que es su titular; ejerce un derecho, el que, por sí o mediante representante, lo pone en práctica mediante los actos jurídicos destinados a producir algunos efectos. En otros términos, la capacidad es la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones y para realizar actos con eficacia jurídica por lo que ambos constituyen la plenitud de la capacidad de un sujeto, separados dan lugar a 2 clases, lo que tradicionalmente se consigna capacidad de goce y de ejercicio.

La capacidad de goce es la aptitud que tiene el sujeto para ser titular de derechos (sujeto activo) y deberes (sujeto pasivo). Es inherente a la persona humana para gozar de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Suele clasificarse en general, cuando es atribuida para la totalidad de derechos subjetivos y en especial, si se refiere a determinados derechos.

La capacidad de ejercicio es la aptitud que tiene el sujeto para ejercitar personalmente sus derechos y asumir deberes, la que se obtiene al cumplir los 18 años de edad; pues clasificarse en general cuando es atribuida para ejercer todos los actos jurídicos permitidos por el ordenamiento jurídico o especial, cuando lo es para

⁴⁵ Ley Procesal del Trabajo. Ley 26636.

⁴⁶ TORRES VASQUEZ, Anibal. Capacidad para celebrar actos jurídicos. Normas Legales.

determinados actos singulares esta capacidad presupone necesariamente la capacidad de goce o jurídica, pero puede existir ésta sin aquella. El ejemplo típico es el niño, o sea el menor de edad, que por el solo hecho de ser persona le es intrínseca la capacidad de goce, más no la de ejercicio, salvo los presupuestos previstos por el ordenamiento jurídico.

Significa que el legislador ha considerado un nuevo tipo de Capacidad, denominada "especial", aplicable únicamente a los menores de edad, a efecto de que realicen los actos civiles autorizados por el Código de los Niños y Adolescentes y demás dispositivos legales.

Si ello es así, existe una tácita modificación del Código Civil permitiendo el ejercicio de derechos civiles, siempre que tales actos se encuentren autorizados por la norma legal. Los actos civiles que se les reconocen, desde el punto de vista de la legislación civil, son los actos remitidos a la capacidad de ejercicio, como el ejercicio de la libertad de asociación, regulada por el Código Civil como asociaciones sin fines de lucro, realizando con la expresa limitación de aquellos actos que impliquen disposición del patrimonio, pudiendo adquirir bienes e incrementar el patrimonio de la Asociación pero con la expresa limitación de no enajenarlos.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Su ámbito se aplica a los Niños y Adolescentes que habitan en todo el territorio nacional, a tenor de lo dispuesto en el Título Preliminar ⁽⁴⁷⁾, bajo la premisa de desterrar todo tipo de discriminación por cualquier causa o motivo, sea de raza, etnia, sexo, idioma, religión, impedimento físico o mental, ya sea de los Niños y Adolescentes como de sus padres o responsables.

⁴⁷ Código de los Niños y Adolescentes. Título Preliminar. Artículo V.

EXTENSIÓN DE SU APLICACIÓN

Su ámbito no se reduce a los menores de edad puesto que se ha normado que se extiende a la madre y a la familia de los Niños y Adolescentes, siguiendo la misma orientación de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

Esto es, que se trata de un Código que no se reduce a regular derechos de los menores de edad sino que le es extensiva a la madre y a su familia.

FUENTES

En la doctrina es común encontrar conceptos relativos a las Fuentes del Derecho. Prediere, citado por Javier Neves Mujica ⁽⁴⁸⁾, entre otros ⁽⁴⁹⁾, aluden a dos tipos de Fuentes; aquellas que son producidas por determinados órganos, y las formas que adoptan las normas creadas por tales órganos.

Entonces se puede hablar de 2 tipos diferentes de Fuentes:

Fuentes en sentido propio: Referidas al órgano que produce la fuente.

Fuente en sentido traslativo: Es la forma que la fuente adopta, su formalidad.

Desde el punto de vista formal sólo se toman en cuenta las segundas y no las primeras, las mismas que están contenidas en el art. VI del Título Preliminar, siguiendo una jerarquía normativa.

Las Fuentes en el Código de los Niños y Adolescentes

Las Fuentes previstas en el Código de los Niños y Adolescentes⁽⁵⁰⁾, se remiten exclusivamente, -como ocurre generalmente en nuestro sistema jurídico

⁴⁸ NEVES MUJICA, Javier. Prediere. "El Sistema de las fuentes de Derecho". En Derecho Laboral. Página 78.

⁴⁹ DIEZ PICASSO, Luis. Ver. su Obra Sistema de Derecho Civil.

⁵⁰ Código de los Niños y Adolescentes. Título Preliminar. Artículo VII.

peruano-, a las traslativas, esto es, a la forma que adoptan más no a los órganos que las producen y dan lugar a su configuración.

Para una mayor ilustración, se consideran diversos niveles de Fuentes, que inspiran el ordenamiento de los niños y adolescentes, las que gravitan en un régimen de jerarquía, prevaleciendo siempre la primera sobre las posteriores, y así sucesivamente. Tenemos las siguientes:

- a) La Constitución Política como fuente traslativa y en sentido propio su fuente es el Congreso Constituyente; en el mismo está la Convención sobre los Derechos de los Niños y demás instrumentos internacionales; el órgano que las produce es la Comunidad Internacional a través de las Naciones Unidas y demás organismos internacionales.
- b) En lo referente a las instituciones de familia, se rigen en forma concordada las disposiciones del Código de los Niños y Adolescentes y las del Código Civil, en lo que fuere aplicable.
- c) En forma supletoria, el Código Civil, el Código Penal, el Código Procesal Civil y el Código Procesal Penal; y en defecto o deficiencia de la ley, se aplican los usos y costumbres.

Ello significa que si existen normas, se aplica el Código de los Niños y Adolescentes, pues a falta de ellas y en forma supletoria, las nombradas, de existir vacíos en la norma principal.

- d) Como fuente adicional, tenemos a la costumbre en sentido traslativo, pues la comunidad que la produce es la fuente en sentido propio, y al ser reconocida por ella, se hace obligatoria. La aplicación de esta fuente es a los niños y adolescentes que pertenecen a grupos étnicos o de comunidades nativas o indígenas, siempre que no sean contrarias al orden público. Esta forma de regularla constituye un retroceso a la forma en que fuera prevista en el Código derogado.

OBLIGATORIEDAD DE LA EJECUCIÓN DEL CÓDIGO

Tienen el deber de velar por la aplicación de los derechos contenidos a favor de los Niños y Adolescentes:

LA FAMILIA : Tanto la jurídica como también la familia biológica.

EL ESTADO : Por medio de los distintos Poderes Públicos.

LAS INSTITUCIONES PUBLICAS Y PRIVADAS. Comprometidas con el futuro de la niñez y la adolescencia.

ORGANIZACIONES BASE: Se refieren a la sociedad civil, comunidades, asociaciones que tenga relación directa con el niño.

Todas ellas, deben contribuir y hacer respetar:

1. Los principios que establece en el Código de los Niños y Adolescentes.
2. Los derechos específicos que les corresponde.
3. Las normas contenidas en el Código de los Niños y Adolescentes, referidas a su ejecución, brindando su más amplio apoyo.

La obligatoriedad implica la aplicación de los principios, derechos y normas establecidas por la Convención de Derechos de los Niños como del mismo código de los Niños y de los Adolescentes, las mismas que deben ser cumplidas.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Un aspecto novedoso es el relativo al Interés Superior del Niño. El primer instrumento internacional que lo recogió fue la Declaración de los Derechos del Niño, habiéndolo ratificado tanto la Convención sobre los Derechos de los Niños como el Código de los Niños y Adolescentes en su Título Preliminar, entendiéndolo en el

sentido de que cualquier medida que se adopte en relación a los niños y adolescentes debe considerarse el INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO⁽⁵¹⁾.

Fermín Chunga Lamónja, especialista en Derecho de Menores, hace una referencia al respecto indicando que “Consideramos el desarrollo integral del niño y adolescente en el seno de una familia, que reúna las 3 características: amor, comprensión y felicidad”⁽⁵²⁾.

Por su parte, en el Título Preliminar se exige a los Poderes Públicos el irrestricto cumplimiento de preservar el Interés Superior del Niño, en toda acción en la que intervenga el Estado. Compartimos el criterio según el cual, el Interés Superior del Niño implica que siempre a de estarse en todo lo que favorezca y beneficie a los niños, niñas y adolescentes, siendo una obligación compartida con todas las instituciones públicas y de la sociedad civil.

Su objeto será garantizar un adecuado desarrollo del niño y adolescente, por lo que cualquier acción que se prevea en relación al niño, debe tomar en cuenta aquello que lo favorezca. Si bien los padres, en ejercicio de la autonomía privada que se les reconoce, pueden regular la relación con sus hijos, no es menos cierto que ella una vez más se ve limitada, si es contraria al interés superior, debiendo en tal caso, someterse a la decisión de los órganos jurisdiccionales.

¿Quiénes deben velar por el interés superior a favor del niño?

Hay dos instancias que deben dar cumplimiento a este principio.

- a) El Estado: El interés superior del niño es asunto prioritario de los Poderes del Estado; del Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ministerio Público, de los gobiernos regionales y locales, entre otros.
- b) La sociedad civil a través de sus múltiples formas de organización social.

⁵¹ Código de los Niños y Adolescentes. Título Preliminar. Artículo IX

⁵² CHUNGA LAMONJA, Fermín. Derecho de Menores. Editorial GRIJLEY. Página 225.

PROCESO COMO PROBLEMA HUMANO.

Conforme a las nuevas tendencias internacionales del tratamiento de la problemática de los menores, no ha escapado la exigencia de contar con una administración de justicia especializada para los Niños y Adolescentes, tal cual ocurre en la actualidad en nuestro país. Es importante precisar que dicha administración de justicia deberá tratar los casos en los que se encuentren involucrados, como problemas humanos en toda su real magnitud.

Nuestro Código obliga al Estado a garantizar un sistema de administración de justicia especializada para el Niño y el Adolescente, por lo que es un mandato de la Convención sobre los Derechos de los Niños, que ha sido recogida expresamente. Los procesos en los cuales se incluyan a los niños y adolescentes se asumen como problema humano⁽⁵³⁾, atendiendo a su condición de sujeto de derechos.

En el Perú, el Niño y el Adolescente que pertenece a grupos étnicos, comunidades nativas, comunidades indígenas, se les aplicara los principios del Código del Niño y del Adolescente así como sus usos y costumbres y se consultara a las autoridades de la comunidad.

DERECHOS Y LIBERTADES

Los derechos de la persona se han constituido sin lugar a dudas, - desde el punto de vista político - en la Carta de Ciudadanía de los hombres libres. Su reconocimiento nos viene desde la Revolución Francesa, Ahora, los derechos de la persona tienen como atributo fundamental el ser objeto de protección jurídica pues se encuentran situados en el centro de la persona humana, habiéndose consagrado en las Cartas Magnas, como fruto del constitucionalismo social. Por eso los encontramos en

⁵³ Código de los Niños y Adolescentes. Título Preliminar. Artículo X.

el art. 2o. de la Constitución Política de 1993; en las Normas Internacionales de Naciones Unidas; en el Libro I, Derecho de las Personas del Código Civil de 1984.

Dichos derechos son aplicables, tanto a los adultos como también a los Niños y Adolescentes, por disponerlo así. el artículo III del Título Preliminar.

1.2. DERECHOS DE PRIMERA GENERACIÓN

Entre los Derechos Humanos llamados de "Primera Generación", y que están recogidos en el Código de los Niños y Adolescentes, tenemos a:

- Derechos Civiles.
- Derechos Políticos.

DERECHOS CIVILES:

DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD

Todo niño tiene derecho a la vida desde la concepción. El Código garantiza la vida del concebido, en tanto sujeto de derecho. Lo relevante está en torno a la protección estatuida frente a los experimentos o manipulaciones genéticas.

Marcial Rubio Correa⁽⁵⁴⁾ sobre la reproducción humana asistida entendida como los procedimientos de inseminación artificial, anota que "la literatura y las normas existentes, establecen la necesidad de regular cuándo es admisible y cuándo no es admisible la reproducción asistida. Total libertad en este ámbito no es una regla que parezca adecuada a nadie". Su regulación por el Derecho debe cristalizarse, sin que ello genere manipulaciones genéticas que atenten contra la integridad del concebido.

⁵⁴ RUBIO CORREA, Marcial. Las reglas del amor en probeta de laboratorio. Fondo Editorial PUC. 1996. Página 137.138.

Un derecho establecido tanto en la Convención sobre los Derechos de los Niños y el Código de los Niños y Adolescentes, es el conocer a sus padres. Este derecho, de conocer a sus padres, no es excluyente, sea el padre legal o el padre biológico; un supuesto en éste último caso será el de los niños nacidos por reproducción humana asistida.

Ello generará sin lugar a dudas, discrepancias entre los juristas, dado que incluso en casos de adopción, se recomienda no dar a conocer los antecedentes familiares.

DERECHO DE ATENCIÓN A LA MADRE

A la madre se le garantiza protecciones específicas:

El Estado debe garantizarle condiciones adecuadas para su atención durante su embarazo, y en la etapa pre y post-natal.

La sociedad debe coadyuvar a crear esas condiciones.

El Código de los Niños y Adolescentes, señala que debe dársele una atención especializada.

Dos derechos adicionales que han sido incorporado⁽⁵⁵⁾:

La lactancia materna: este derecho se encuentra en el Código de los Niños y Adolescentes; inicialmente estuvo en la Ley N° 2851; la madre tenía el derecho de dar de lactar al su niño en el trabajo, con porciones de tiempo que no pasará de una hora diaria. Tal derecho, luego de su derogatoria, subsistió a nivel de la Seguridad Social, otorgando una prestación mediante un subsidio de carácter económico; hoy en

⁵⁵ Esta protección también está prevista en las normas del Derecho laboral a favor de la Mujer que trabaja; también su amparo legal se encuentra en el Código de los Niños y Adolescentes.

día se ha reestablecido el permiso por lactancia materna de una hora diaria por el término de un año, conforma a la Ley N° 27240, la Ley N° 27403 y la Ley N° 27591.

El establecimiento de centros de cuidado diurno: En la legislación anterior se les conocía como Salas Cuna, y la obligación de instalarlas estaba a cargo de los empresarios, si se cumplía con los requisitos exigidos por la legislación laboral, norma que también ha sido derogado; ahora se mantiene a través de los Wawahuasi.

VIVIR EN UN AMBIENTE SANO

Este derecho esta vinculado al medio ambiente y a la ecología, es decir, que hay que contar con todos los servicios de luz, agua, entre otros; y también se refiere a aquellas zonas ecológicamente equilibradas, pero que constituye más que todo, un derecho a mediano plazo.

TODO NIÑO Y ADOLESCENTE TIENE DERECHO A LA INTEGRIDAD

Debe garantizarse la condición humana, respetándose su integridad moral, psíquica y física y su libre desarrollo y bienestar.

No puede ser sometido a tortura, a trato cruel o degradante; tampoco a formas esclavizantes como por ejemplo el trabajo forzado, la explotación económica, la prostitución infantil y el tráfico de niños.

LA LIBERTAD

Todo ser humano es ontológicamente libre. No se puede afectarla, salvo por 2 razones:

Por orden judicial

Por comisión de flagrante delito.

DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la identidad del menor está plenamente garantizado, lo que incluye el nombre que es el que nos individualiza y nos diferencia de las demás personas y la nacionalidad.

Para Carlos Fernández Sessarego, el nombre individualiza la propia identidad psicosomática⁽⁵⁶⁾ del individuo; es la expresión visible y social con la que se identifica a la persona, por lo que adquiere singular importancia dentro de los derechos de la persona mientras que la nacionalidad, tiene que ver con el territorio o lugar donde se nace, y en la medida de lo posible, conocer a sus padres, debiendo además garantizarse la inscripción del recién nacido en el Registro pertinente.

PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

La Ley 26407 crea el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC. Todos los nacimientos producidos en los Hospitales del Ministerio de Salud o del IPSS deben inscribirse, siendo el plazo de inscripción del niño de 30 días, en el Registro de la jurisdicción donde nació o en el lugar donde reside o vive el niño. Si no lo hacen, se ha establecido un procedimiento administrativo.

COMPETENCIA

Es órgano competente, la Oficina del Registro Civil de cada jurisdicción.

¿Quién puede inscribirlo? Los padres, tutores, guardadores, hermanos mayores de edad o quienes gozan de su tenencia.

⁵⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Obra citada.

¿Qué se debe acreditar?

Ante el registrador, debe acreditar su identidad y parentesco con el menor.

¿La solicitud que debe contener?

Los datos necesarios para la identificación del menor y de sus padres y/o tutores.

Prueba que debe acompañarse: El certificado de Nacimiento o documentos similar.

Si no hay certificado de nacimiento se presentará:

Partida de Bautismo

Certificado de Matricula Escolar

Declaración Jurada suscrita por 2 personas en presencia del Registrador.

¿En caso de orfandad paterna o materna o se desconoce al padre o esta abandona?

La inscripción del nacimiento podrá ser solicitado por los ascendientes, sus hermanos mayores de edad, los hermanos mayores del padre o la madre, Directores de Centro Educativo o por el Ministerio Público, por el representante de la DEMUNA o el Juez Especializado.

DERECHO A LA IDENTIFICACIÓN

El sentido de la identificación del niño se produce en el momento del nacimiento.

Hay 2 mecanismos para establecerlo:

La identificación dactilar de la madre

La identificación pelmatoscópica del recién nacido

El artículo 33° de la Ley, señalaba que en el primer ejemplar de Documento Nacional de Identidad que se emitiera, contará además de los datos consignados en el artículo anterior, constará la identificación pelmatoscópica del recién nacido es sustitución de la huella dactilar y la firma del titular se consignará la de uno de los padres, tutores o quienes ejerzan la tenencia del recién nacido, con lo que se garantiza el derecho a la identificación.

PRESERVACIÓN DE LA IDENTIDAD

El Estado garantiza la identidad de los niños y adolescentes y su nacionalidad.

El derecho a su identidad debe ser garantizada para los niños y adolescentes.

Existe una garantía en contra de la persona que vulnere este derecho, el mismo que será pasible de sanción y que diera lugar a:

Alteración de la identidad del menor

Privación de la identidad del menor

Todo ello sin perjuicio de reestablecer su identidad del menor desde su nacimiento.

DERECHO A VIVIR EN FAMILIA

En nuestra legislación podemos diferenciar dos tipos de familias, tales como:

- a) Natural, a través de la condición de padres-hijos.
- b) Legal que se manifiesta a través de la vía de adopción.

Al Código de los Niños y Adolescentes le interesa que el niño no sea separado de sus padres ni de la familia natural, salvo circunstancias que ameriten dicha separación, como para entregarlo en adopción, atendiendo a su interés superior.

DERECHOS POLÍTICOS

El Código de los Derechos del Niño y del Adolescente, ha recogido los siguientes derechos políticos, extendiendo aquellos que generalmente han sido establecidos para el ciudadano.

DERECHO DE LIBERTAD DE OPINIÓN

Frente a este derecho, se señala la misma regla de la Convención por la cual, la libertad de opinión es absoluta, siendo válida la que emita el Niño o Adolescente cuando se forma un juicio propio, para lo cual, hay que tomar en cuenta su edad y madurez ⁽⁵⁷⁾.

Esta opinión debe ser tomada en cuenta en los procesos judiciales donde se afecte el interés del menor.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Conforme lo dispuso la Convención, la libertad de expresión es relativa, dado que admite que podrá ser objeto de restricciones previstas por la ley⁽⁵⁸⁾.

⁵⁷ Código de los Niños y Adolescentes. Artículo 9.

⁵⁸ Código de los Niños y Adolescentes. Artículo 10. Dichas restricciones han sido establecidas en el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, tales como no atentar contra la reputación de terceros o por razones de seguridad nacional, salud o moral públicas.

DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN.

Este derecho es concordante con lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño, manteniendo una diferencia, dado que los acepta aún si fuere contrario al pensamiento o creencia de sus padres.

DERECHO A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO

Los menores de edad tienen derecho a transitar por el territorio de la República, el mismo que está sujeto a determinadas restricciones que el Código de los Niños y Adolescentes ha establecido, requiriendo la autorización notarial de sus padres, sea que se trata de un viaje al exterior o interior del país, o de presentarse discrepancias, recurrir al órgano jurisdiccional⁽⁵⁹⁾.

Esto significa que la libertad de tránsito se sujeta a lo dispuesto en el propio texto del Código de los Niños y Adolescentes.

DERECHO DE ASOCIACIÓN

Los menores de edad tienen la libertad de asociarse y de reunirse pacíficamente. Para este caso, se le aplica la denominada Capacidad Especial recogida en el Título Preliminar, por la que se autoriza a los Adolescentes, el derecho de constituir Asociaciones sin fines de lucro, integrar esas personas jurídicas para realizar actos que no importen disposición patrimonial (actos de disposición), esto es, podrán adquirir todo tipo de bienes incrementando el patrimonio asociativo más no podrán enajenarlos ni gravarlos, salvo que alcancen la mayoría de edad, debiendo contar con la respectiva autorización de los órganos de la Asociación.⁽⁶⁰⁾. En tanto a los Niños se les reconoce el derecho de adherirse a las mismas.

⁵⁹ Se remite a los artículos 111 y 112 del Código de los Niños y Adolescentes.

⁶⁰ Este derecho hay que concordarlo con la Sección de Personas Jurídicas, Título de la Asociación, del Código Civil de 1984. Artículos 80 y siguientes y con el art. 13 del Código de los Niños y Adolescentes.

La existencia de la Asociación deriva de la voluntad de los constituyentes, debiendo obtener su personería jurídica, a diferencia de lo prescrito por el Código Civil, por medio del reconocimiento que realizarán los Gobiernos Locales, a través de un acto administrativo, pudiendo inscribirse en los Registros Públicos por el sólo mérito de la Resolución Municipal de reconocimiento, excluyendo el trámite notarial, que es exigido para las Asociaciones sin fines de lucro previstas en el ordenamiento civil.

1.3. DERECHOS DE SEGUNDA GENERACIÓN

Entre los Derechos Humanos llamados de "Segunda Generación", y que están recogidos en el Código de los Niños y Adolescentes, tenemos a:

Derechos Sociales

Derechos Económicos

Derecho Culturales.

DERECHO A LA EDUCACIÓN

El Derecho a la Educación es recogido por el Código de los Niños y Adolescentes, disponiendo que el Estado es el que debe asegurar la gratuidad de la enseñanza pero sólo para aquellos menores que tengan limitación económica; por el contrario, es la Convención sobre los Derechos de los Niños la que garantiza la enseñanza primaria y gratuita para todos en general⁽⁶¹⁾, de lo que se concluye que el Código regula este derecho sin estar arreglado a lo previsto por la Convención en esta materia, cuyo análisis se tratará en líneas posteriores.

Sin embargo, prescribe los propósitos que guía a la Educación, tales como que la educación básica debe propender a desarrollar la capacidad mental y física de los Niños y Adolescentes, el respeto de los derechos humanos y la promoción de los

⁶¹ Convención sobre los Derechos de los Niños. Artículo 28.

derechos de los menores, la formación de un espíritu democrático y el respeto al medio ambiente, entre otros.

Igualmente persigue que sean matriculados en el sistema de enseñanza cuya obligación es de los padres o los responsables que los tengan bajo su cuidado. También la de ser respetados por sus educadores y la obligación de los Directores de los Centros Educativos para intervenir en casos de maltrato físico, evasión escolar y otros que lo requieran y velar porque no se afecte su asistencia o rendimiento escolar.

MODALIDAD DEL TRABAJO

Indica que una de las modalidades educativas, es la de capacitarlos para el trabajo laboral de los educandos.

DERECHO AL DEPORTE Y RECREACIÓN

Es obligación del Estado dotar de recursos y espacios físicos para programas culturales y recreativos. Se canaliza a través de los Gobierno Locales, provinciales o distritales, en el ámbito de su competencia municipal.

DERECHO A LA SALUD

Este derecho implica:

Atención integral de salud para garantizar su desarrollo físico e intelectual.

Tratamiento y rehabilitación en caso de enfermedad o ser impedido físico, gozando de los programas de salud para prevenir enfermedades y combatir la mal nutrición que padezcan.

DERECHO AL TRABAJO

Como se analizó en la parte pertinente, la Convención regula el trabajo de los Niños mediante mecanismos de protección, en el caso que se vean necesitados de laborar. Por el contrario, el Código de los Niños y Adolescentes, reconoce a los

adolescentes el derecho al trabajo⁽⁶²⁾; este derecho se aplica con las restricciones previstas en el Código y siempre que no importe peligro para su salud y no perturbe su asistencia regular a la escuela.

Este derecho ha sido ampliamente normado en el Régimen del Trabajador Adolescente del Código de los Niños y Adolescentes, habiendo sido materia de comentarios en diversos foros y revistas académicas⁽⁶³⁾.

DEBERES DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

El Código de los Niños y Adolescentes, tiene la virtud de reconocer no sólo derechos a los menores de edad sino y sobretodo, establecer un conjunto de deberes que tienen que cumplir. Derechos y obligaciones son dos caras de la misma moneda, que han sido incorporado en este instrumento jurídico nacional. Entre estos deberes se tienen:

Obedecer a sus padres o responsables; Estudiar satisfactoriamente; Colaborar con las labores del hogar, atendiendo a su edad; Respetar las leyes y los símbolos de la Patria; Conservar el medio ambiente; Cuidar a los ascendientes en su enfermedad y ancianidad⁽⁶⁴⁾.

2. EL DERECHO FAMILIA Y EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

La familia, constituye la célula vital de toda sociedad. Es desde el punto de vista jurídico, la institución jurídico-social que agrupa a un conjunto de personas, padres e hijos, que están unidos por vínculos de parentesco que el derecho reconoce en tanto las relaciones familiares propias que se generan en torno a ella. Por eso, las

⁶² Código de los Niños y los Adolescentes. Artículo 22. Establece el derecho a trabajar del adolescente.

⁶³ Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCSM. Año 2000.

⁶⁴ Código de los Niños y Adolescentes. Artículo 24.

Constituciones Políticas como los Códigos Civiles la reconocen aunque sin pronunciarse sobre su conceptualización.

Así, la Constitución Política peruana de 1973, en su artículo 4º, establece que la comunidad y el Estado "protegen a la familia y promueven el matrimonio", sin ahondar mayormente sobre su definición mientras que el Código Civil de 1984 le dedica el Libro III, el del Derecho de Familia sin mayor incidencia sobre su concepto.

Por ello, la disciplina que norma el tratamiento de la familia está contenida en el Derecho de Familia, que sin entrar en mayor profundización por no ser el aspecto sustancial del presente, se puede señalar que tiene una doble acepción; en sentido subjetivo son aquellas facultades jurídicas que pertenecen a la familia como tal, y en sentido objetivo viene a ser el conjunto de normas jurídicas que regulan la institución familiar⁽⁶⁵⁾; esta rama del Derecho se caracteriza por cuanto la mayoría de sus normas son de orden público en tanto que la autonomía privada, definida por Luis Díez Picazo como "el poder que el orden jurídico confiere al individuo para que gobierne sus propios intereses", esta restringida en el campo del Derecho Civil, aunque cumpliendo un doble rol: el primero, crear una relación jurídica familiar, y, segundo, a nivel de esa relación regula los derechos y deberes de cada estado de familia, y en éste último caso, la autonomía privada tiene como límite para su actuación el orden público familiar, y de presentarse una controversia en torno a ella, requerirá la intervención supletoria de los órganos jurisdiccionales, controlando a la autonomía privada para que actúe dentro del orden público familiar⁽⁶⁶⁾.

La ponencia del Libro del Derecho de Familia del Código Civil⁽⁶⁷⁾ de 1984, - en la que están establecidas las diversas instituciones referidas a la Familia- estuvo a cargo del especialista. Héctor Cornejo Chávez, quién opinaba por que la regulación del fenómeno familiar estuviera según el Código especializado, distinto al Código Civil, tal como aparece en la exposición de motivos donde expresaba que "en suma,

⁶⁵ PERALTA ANDÍA Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 1996. Página 38.

⁶⁶ Plácido V. Alex. Ensayos sobre Derecho de Familia. Editorial Rhodas. 1997. Página 14-15.

⁶⁷ Código Civil de 1984. Artículos 233 y siguientes.

tanto por la intensa gravitación del interés social en el fenómeno de la familia, cuanto por las peculiaridades de éste, el ponente se inclina en el sentido de regular el fenómeno familiar en un Código independiente".

En realidad, esa propuesta tenía el propósito de legislar a la familia en un Código de Familia, y por ello, marginado del Código Civil. Sin embargo, la Comisión Técnica nombrada por el Ministerio de Justicia, por R. M. N° 505-92, encargada de la redacción de un proyecto de Código de Menores adecuado a la Convención sobre los Derechos del Niño, y que finalmente preparó el Código de los Niños y Adolescentes indicaba que "de acuerdo con ese razonamiento, incluyó en el Código de los Niños y Adolescentes las instituciones fundamentales sobre la familia que estaban recogidas en el Código Civil, introduciendo aquellas reformas que se consideraban necesarias"⁽⁶⁸⁾, asumiendo que de acuerdo al "razonamiento" de Héctor Cornejo Chávez se hacía necesario elaborar el nuevo Código de los Niños y Adolescentes, distinto al Código Civil en materia familiar, pero incorporando las instituciones fundamentales sobre la familia, recogidas del Código Civil, pero incorporando aquellas reformas que fueran necesarias, dada la estrecha relación que mantenían pero sin que constituyera un cuerpo orgánico diferenciado como un Código de Familia, tal como fuera asumido por el ponente del Libro de Familia, que fue lo que finalmente se hizo, sin considerar que en determinados casos, se presentarían conflictos entre ambos Códigos sustantivos, en torno a las instituciones de familia regulados por ambos y sin prever la preeminencia de uno sobre el otro, en tales casos. Eso explica el por qué, las modificaciones a determinados artículos del Código Civil prevista en el Código de los Niños y Adolescentes, no contarán con una redacción alternativa a los articulados derogatorios previstos en el segundo respecto del primero.

⁶⁸ Esa disquisición sobre el razonamiento del Dr. Héctor Cornejo Chávez, está incluida en la Exposición de Motivos, del Libro Tercero de las Instituciones de Familia del Código de los Niños y Adolescentes. Edición Oficial del Ministerio de Justicia. 1997. Página 25. Se toma como base la opinión vertida por el Dr. Héctor Cornejo Chávez, con ocasión de la Exposición de Motivos del anteproyecto del Código Civil.

Si la opción era la de regular las instituciones de familia en el Código de los Niños y Adolescentes en forma independiente del Código Civil, sustentado en que en éste último cuerpo normativo las instituciones familiares tenían un contexto patrimonial y privatista, para dar paso a otro cuerpo normativo de carácter sustantivo, especializado y social, caracterizado por el desarrollo de la doctrina de la protección integral de la infancia⁽⁶⁹⁾, no se condecía con la propuesta de Héctor Cornejo Chávez, porque al final de cuentas no era uno ni otro.

Desde el punto de vista jurídico, la codificación civil en sus inicios siempre incorporó a la familia dentro de los Códigos Civiles; baste revisar el Código Civil francés de 1804 y para el caso peruano, los Códigos Civiles de 1852 o 1936. Recién durante el siglo XX, basado en un criterio ideológico político y en un ideal publicista y social, se dieron a luz los Códigos de Familia como fueron los casos de la URSS, Costa Rica, Bolivia, Cuba, Checoslovaquia, Rumania, Polonia, Hungría, atendiendo a su complejidad e importancia, que ameritaba normas típicas y singulares, sustantivas y adjetivas, propias de un Código de Familia.

Frente a dichos sistemas, el de mantener al Derecho de Familia en el Código Civil o regularlo de manera independiente a través de un Código de Familia, existe un sistema intermedio, en el cual, además de las normas generales de familia consagradas en el Código Civil, existen otras normas legales que también lo hacen de manera complementaria, a través de disposiciones de remisión, "lo que implica la regulación especial de determinadas instituciones de un Código, y como labor constructiva y metodológica, se extraen algunas para regularlas a plenitud", lo que se aplica "cuando se desligan de la realidad o cuando es imposible normar cabalmente, dada su especialidad"⁽⁷⁰⁾.

⁶⁹ Instituciones de Familia. Exposición de Motivos del Código de los Niños y Adolescentes. Ministerio de Justicia. Edición Oficial. 1997. Página 26.

⁷⁰ VARSÍ ROSPLIGLIOSI, Enrique. Ideas básicas y cambios estructurales en la Familia. En Revista Scribas. 1997. Página 135.

Fluye entonces que fue el sistema intermedio el que se adoptó por los integrantes de la Comisión Técnica, pues además de las normas generales de familia consagradas en el Código Civil, y por la especialidad y especificidad de los derechos de los menores de edad, se admiten otras normas, como fue la elaboración por los codificadores del Código de los Niños y Adolescentes u otras, como la Ley de Violencia Familiar o la de Conciliación sobre derechos de los Niños y Adolescentes.

Expresamente la Comisión Técnica reconoció que en el tratamiento de las Instituciones Familiares pretendió no ser reiterativa con la regulación prevista en el Código Civil⁽⁷¹⁾, las que serían aplicables en forma exclusiva a los Niños y Adolescentes y a los adultos responsables de ellos como sus padres, lo que confirma que el sistema asumido fue el intermedio, dado los vínculos directos entre ambos Códigos sustantivos, fue el sistema intermedio.

Por eso, conviene citar a Alex Plácido, quién propuso la "urgencia de efectuar una revisión integral, de fondo y de forma, al Derecho de Familia, desarrollando los principios de la Convención sobre los Derechos de los Niños y adecuando la naturaleza, características y contenidos de las instituciones familiares a la necesidad primordial de atender al interés superior del niño"⁽⁷²⁾ la que debe ser, desde nuestro punto de vista, concordante con los Derechos de los Niños.

Corresponde ahora, realizar un análisis de las Instituciones Familiares, previstas en el Código de los Niños y Adolescentes, relacionándolas directamente con las del Código Civil.

⁷¹ Exposición de motivos del Código de los Niños y Adolescentes. Libro Tercero. La familia natural y los adultos responsables de niños y adolescentes, compuesto por un Título y 10.

⁷² PLÁCIDO V. Alex. Obra citada. Página 107.

⁷² PLÁCIDO V. Alex. Obra citada. Página 107.

2.1. LAS INSTITUCIONES DE FAMILIA EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Las Instituciones de Familia previstas en el novísimo Código de los Niños y Adolescentes aprobado por D. L. 26102, dictado por el Presidente Alberto Fujimori, luego del golpe de Estado producido en Abril de 1992, fueron las siguientes: Patria Potestad, Tenencia, Régimen de Visitas, Alimentos, Tutela y Guarda, Colocación Familiar, Consejo de Familia, Licencia para Enajenar u Obligar Bienes, Autorizaciones y Matrimonio de Adolescentes, además de la Adopción.

En el nuevo Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por la Ley N° 27337, se revisaron las Instituciones Familiares, habiéndose mantenido la mayor parte de ellas e introduciendo algunas modificaciones puntuales, quedando la de Patria Potestad, Tenencia, Régimen de Visitas, Alimentos, Tutela y Consejo de Familia, se eliminó la Guarda, Colocación Familiar, Licencia para Enajenar u Obligar Bienes, Autorizaciones y Matrimonio de Adolescentes.

De esa manera, nos introduciremos al comentario de las mismas, tomando como referencia el vigente Código de los Niños y Adolescentes, estableciendo hasta donde nos sea posible, sus semejanzas y diferencias, buscando de la mejor su concordancia, siguiendo un orden metodológico, que no implica seguir necesariamente el orden de aquellas.

2.2. LA PUBERTAD

Empezaremos por la pubertad; ésta es el estado requerido para cumplir con los fines de la procreación por ser ella, la razón principal del matrimonio. Ello implica adquirir la madurez genésica necesaria con las facultades físicas, la aptitud psíquica, e incluso el nivel económico para asumir las responsabilidades propias que se derivan del acto matrimonial.

Desde el Derecho Romano se hacía indispensable para contraer matrimonio llegar al estado de pubertad, con plena capacidad para desarrollar a plenitud la finalidad del matrimonio, que tenía íntima vinculación con la fijación de edades para ese efecto. De ese modo, la pubertad legal devenía en la condición establecida por la legislación civil como exigencia obligada del matrimonio, para adquirir la capacidad de ejercicio.

La codificación del Derecho Civil, no escapó a los antecedentes romanísticos. Considero que era necesario incorporar a la pubertad como requisito sine quanon para que se contrajera el matrimonio, asumiendo únicamente el principio y/o determinando la edad legal para admitir dicho estado.

Las legislaciones civiles de antaño normaron la pubertad legal, regulando además del principio, las edades legales para contraer nupcias con el propósito de que se precisara la oportunidad en la que reconocería el paso al estado civil de casados y por tanto, la edad legal autorizaría al menor de edad ejercer sus derechos ciudadanos; la legislación civil peruana, no escapa a ese modelo.

Un recuento de nuestros Códigos Civiles nos dará luces sobre el particular, que ha sido modificado sustancialmente con las nuevas tendencias jurídicas aplicables a los menores de edad. El Código Civil de 1852, que fue la primera codificación peruana regulatoria de las relaciones civiles y siguiendo la tradición francesa, consignó a la pubertad en el Libro Primero de las Personas y sus derechos, Sección Tercera del Matrimonio, Título Tercero, de las personas incapaces de contraer matrimonio, y de las causas que impiden su celebración, señaló en su artículo 141° lo siguiente:

"Para que los menores puedan gozar de los efectos civiles, que, respecto de ellos, produce el matrimonio, se requiere que el **varón haya cumplido diez y ocho años de edad**, y la **mujer diez y seis**".

Es de apreciarse que la pubertad como principio y la edad legal fue establecida por los legisladores del Código Civil de 1852, con referencia a los efectos civiles que respecto de los menores de edad generaría el matrimonio; en otras palabras, se introdujo la pubertad legal al establecer claramente la edad legal de 18 años para el varón y de 16 años para la mujer, para que el matrimonio de los menores tenga validez y se adquiriera de ese modo, la capacidad civil para ejercer los derechos que le correspondía exclusivamente a las personas adultas, mayores de edad.

Recordemos que la edad para adquirir la ciudadanía en el siglo XIX, era de 25 años, la que fuera reducida durante el régimen del Gobierno de Ramón Castilla a 21 años, edad que permitía tener la capacidad de ejercicio de los derechos civiles, la misma que se alcanzaría mediante el matrimonio de un menor de edad, siempre que cumpliera con el status de la pubertad.

En el Código Civil de 1936, bajo el influjo de nuevas corrientes doctrinarias en el campo civil, también se pronunció sobre la pubertad pero regulándola en sentido negativo, a través de normas prohibitivas tal como aparece del Libro Segundo del Derecho de Familia, Título II de los Impedimentos, apartado A) de los impedimentos generales, donde su artículo 82° anotaba:

"No pueden contraer matrimonio:

1°. "Los **varones menores de edad** y las **mujeres menores de dieciocho años cumplidos**".

A diferencia del Código Civil anterior, la redacción no fue la más rigurosa. Si para adquirir la ciudadanía se exigía durante los Gobiernos de Augusto B. Leguía y Sánchez Cerro, la edad de 21 años, hay que entender que los varones para contraer matrimonio tenían que tener menos de 21 años mientras que las mujeres menores debían tener necesariamente los 18 años de edad cumplidos, como lo preceptuaba dicho inciso 1°.

El legislador civil de aquel entonces, estableció una vez más la pubertad legal, indicando la edad mínima para que contraigan matrimonio los menores de edad a partir de la cual, adquirirían igualmente su capacidad de ejercicio, sin la precisión de la edad mínima para el caso de los varones a diferencia de la mujer, que la fijo en 18 años, estableciendo una clara diferencia discriminatoria, toda vez que al primero le bastaba ser menor de edad sin exigencia de edad mínima mientras que a la segunda, le exigía la edad mínima de 18 años.

En el caso del Código Civil de 1984, con una orientación principalmente protectora de la persona humana, a tono con la perspectiva de la Constitución Política de 1979, se pronunciaría también sobre la pubertad, que fuera establecida en el Libro III del Derecho de Familia, Sección Segunda, Título I del matrimonio como acto, Capítulo Segundo de los impedimentos, como aparece del artículo 241° como norma prohibitiva:

"No pueden contraer matrimonio:

1. Los impúberes. El Juez puede dispensar este impedimento por motivos graves, siempre que **el varón tenga dieciséis años cumplidos y la mujer catorce.**"

La pubertad es considerada como uno de los impedimentos para el matrimonio en el Código Civil de 1984, siguiendo el sentido negativo del Código anterior, le es aplicable a los impúberes y en tanto menores de edad no puedan contraer matrimonio, a menos que el juez dispense de tal impedimento por motivos graves, siempre que el varón o la mujer tengan dieciséis años o catorce, respectivamente.

Para que el matrimonio tenga pleno valor y produzca los efectos civiles que el ordenamiento jurídico familiar garantiza, siguiendo la misma orientación desde el Código Civil de 1852, pasando por el de 1936 hasta el de 1984, es insoslayable que reúna determinados requisitos o condiciones, siendo uno de ellos, la pubertad o la edad legal. Si alguno de los contrayentes no tuviera la edad mínima exigida por el

ordenamiento civil, deviene en un impedimento para el matrimonio que pretendiera realizarse.

Para el Héctor Díaz Valdivia, docente universitario y especialista en el campo civil, siguiendo las magistrales enseñanzas del maestro Héctor Cornejo Chávez, el Impedimento se define como "la ausencia, o falta, de un requisito o condición necesaria para la celebración válida del matrimonio, viniendo a constituir una causa que se opone a contraerlo lícitamente".

Los impedimentos pueden clasificarse, desde diferentes puntos de vista:

1) Según la extensión pueden ser absolutos si son de amplitud total ya que las personas no podrán contraer matrimonio en ningún caso, y relativos, que son de aplicación parcial, constituyéndose como prohibiciones para ciertas personas; y, 2) Según sus efectos, podrán ser dirimentes al devenir el matrimonio en nulo, e impedientes, los que darían lugar al matrimonio ilícito; y, 3) Según su duración serán Perpetuos en el tiempo, o temporales, por determinado plazo.

Por último, se indica que los impedimentos en el Código Civil de 1984, están ordenados en tres grupos: los impedimentos absolutos en el artículo 241°, los impedimentos relativos en el artículo 242° y los impedimentos especiales en el artículo 243°⁽⁷³⁾.

La regulación de la pubertad está configurada, como se tiene dicho, en sentido negativo, considerándose dentro de los Impedimentos Absolutos para contraer matrimonio, dado que éste no podrá celebrarse si no se cumpliera con los requisitos y condiciones exigidas por la ley civil, por lo que dentro de ellos, está considerado al Impúber, que son los menores de edad

Es que la pubertad legal solamente configura un término medio o una edad fijada por el ordenamiento legal, que asume que el menor de edad ya tiene la facultad

⁷³ DIAZ VALDIVIA, Héctor. Derecho de Familia. Editorial David. 1995. Páginas 41 y 42.

física, la aptitud psíquica y la condición económica para cumplir con las obligaciones que le impone el matrimonio; si bien el matrimonio civil es conceptualizado como la "unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común" como reza el artículo 234° del Código Civil, solo es procedente para las personas que alcanzan la ciudadanía una vez que cumplen la mayoría de edad, esto es, los 18 años, pudiendo los menores de edad contraer nupcias antes de ella, siempre que superen el impedimento establecido en ese sentido.

Y el único criterio definido por el legislador ha sido la edad, sin atender además, como debiera ser, a otros condicionantes como los factores psíquicos, sociales o económicos en un país como el nuestro, sin obviar evidentemente a la edad, como elemento jurídico propio de la pubertad, lo que quedó graficado en el caso del Código Civil de 1984, en donde se exigía como pubertad legal una edad mínima para el matrimonio, habiendo sido establecida en 16 años para el varón y 14 años para la mujer, evidenciándose ante la falta de sustento de otros factores biológicos o sociales, un clara muestra de discriminación en razón del sexo.

Por eso, en la Exposición de Motivos del Código de los Niños y Adolescentes, al hacer mención al matrimonio de adolescentes, anotaba que "el Juez será quien autorice el matrimonio de los adolescentes, siendo la edad mínima en las mujeres 14 años y en los varones 16 años", reiterando el criterio civilista de la pubertad legal y agregaba que "para resolver, el Juez deberá escuchar a los contrayentes, a sus padres y podrá solicitar al equipo multidisciplinario el informe social y psicológico", imponiendo una norma de orden público, para efectos de contraer matrimonio por los adolescentes, por lo que en este caso, la autonomía privada era sustituida por la intervención estatal a través del órgano jurisdiccional.

En cuanto a la edad, se ha uniformizado el tratamiento entre el varón y la mujer, por cuanto por Ley N° 27201, promulgada el 12 de noviembre y publicada en el diario oficial "El Peruano" el 14 de noviembre de 1999, su artículo 1° modificó el

inciso 1° del artículo 241° del Código Civil reiterando el estado de pubertad de los menores y prescribiendo la edad, con el texto siguiente:

"Artículo 241°: No pueden contraer matrimonio:

1°. Los Adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse".

Se ha superado evidentemente la discriminación en razón del sexo entre el varón y la mujer tal como fue prevista en el inciso 1° del artículo 241° del Código Civil de 1984, que siguió la misma premisa de los anteriores Código Civiles para fijar una edad mínima, uniformizando en esta oportunidad la edad de los menores en 16 años de edad, sin que para ello medie nuevamente un mayor sustento, pues pudo ser 14 años de edad, lo que grafica que nuestros legisladores en forma arbitraria fijan una edad como único elemento para definir la pubertad legal, extendiendo la partida de ciudadanía y con ella, la capacidad de ejercicio de los menores de edad adquirida por matrimonio.

Los 16 años de edad para contraer matrimonio coincide con la establecida en el artículo 46° del Código Civil, modificada por la Ley N° 27201, ya que señala que la incapacidad de las personas mayores de 16 años de edad cesa por matrimonio y ya no se pierde por su terminación o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. Pero el segundo párrafo que indicaba que "tratándose de mujeres mayores de catorce años de edad cesa también por matrimonio", que implicaba otra discriminación en relación al varón, también fue derogado, modificándose en sentido genérico, esto es, que: "tratándose de mayores de 14 años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos: 1. Reconocer a sus hijos. 2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto. 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos", superando de ese modo la reiterada discriminación entre el varón y la mujer sobre el cese de la incapacidad.

La margen de ello, conviene precisar desde nuestro punto de vista un evidente y craso error. El impedimento del artículo 241° del Código Civil estaba dirigido a los Impúberes, introduciendo un cambio en su nomenclatura para referirlo esta vez a los Adolescentes, tal como quedó redactada dicha norma con la modificación introducida, por lo que desde el punto de vista del Código de los Niños y Adolescentes tendrá que ser concordada para regular el matrimonio de los Adolescentes, prevista en ese cuerpo legal.

Y es que no se trata simplemente de un cambio terminológico o coloquial, en palabras de Juan Espinoza Espinoza; el hecho de reemplazar en los impedimentos el término de Impúber por el de Adolescente, como aparece del actual artículo 241° del Código Civil, modificado por la Ley 27201, hace una necesaria concordancia legislativa entre el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, -que es la que debe propugnarse y este es un ejemplo que así lo demuestra-, pues pretende subsumir, sin la claridad técnica del legislador, la naturaleza jurídica de la pubertad legal dentro de la categoría de Adolescente, que es alusiva al menor de edad, sin tomar en cuenta que por mandato de la Convención de los Niños se define al Niño hasta los 18 años de edad mientras que el Adolescente en el Código de los Niños y Adolescentes, se le considera como tal a partir de los 12 años hasta los 18 años de edad, por lo que de suyo no puede entenderse como sinónimos los términos de la pubertad como estado legal con el de la Adolescencia como etapa del desarrollo de una persona, aunque en ambos casos, se asigne a la edad como el elemento determinante del impedimento para contraer matrimonio.

2.3. MATRIMONIO DE ADOLESCENTES

Establecida la pubertad como condición para contraer matrimonio de los adolescentes, se requiere adicionalmente el asentimiento de los padres, que no es sino la manifestación antelada de su voluntad para dar origen a una voluntad conjunta, siendo que la discrepancia entre ellos equivale al asentimiento. A falta de uno de ellos

o por incapacidad absoluta o destitución de uno de los padres de la patria potestad, basta el asentimiento del otro. A falta de ambos padres o fueran absolutamente incapaces o fueran destituidos de la patria potestad, otorgan el asentimiento los abuelos maternos y paternos y en el caso de igual número de votos contrarios, se entiende prestado, y a falta de éstos, será el juez de menores el que autorice el matrimonio de los adolescentes. La referencia al juez de menores deben entenderse hecha al juez de Familia, aunque inicialmente se empleó la denominación de Juez del Niño y Adolescente, la que por el artículo 2º de la Ley N° 26819, que modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial, la sustituyó por la de Juzgados de Familia, que fuera confirmada por la Ley N° 27337 en el Capítulo I (Juez de Familia) del Título I (Jurisdicción y Competencia) del Libro Cuarto (Administración de Justicia Especializada en el Niño y Adolescente).

Si no se tiene a los abuelos o abuelas o son incapaces absolutos o son removidos de la tutela, será el juez quien otorgue o no la licencia supletoria, que se extiende a los expósitos, menores abandonados o si están bajo jurisdicción especial.

La negativa de los padres o ascendientes para prestar el asentimiento no requiere fundamentación alguna y contra esa negativa, no hay recurso alguno que pueda valer para modificarla y lograr su aceptación, en la medida que encontrándose los hijos sometidos a la Patria Potestad de los padres, el asentimiento de ellos será la única forma de permitir que sus hijos menores de edad puedan contraer nupcias, entendiéndose aún más que la negativa no vulnera ningún derecho del menor de edad.

Si el juez al tramitar la licencia supletoria, expidiera una resolución judicial que denegará la solicitud, tendrá que motivarla fundamentadamente, y por tratarse de una resolución de primera instancia, y en garantía del principio de pluralidad de instancias, tendrá que conceder el recurso de apelación por ante el órgano jerárquico superior, el que en definitiva se pronunciará sobre la procedencia o no de la licencia supletoria, a fin de que los menores de edad estén habilitados para contraer matrimonio.

Siendo así, el Código de los Niños y Adolescentes, tanto el promulgado por el D. L. 26102 como por el vigente, aprobado por la Ley N° 27337, como corresponde, ha regulado de manera singular el Matrimonio de los Adolescentes; sin embargo omite pronunciarse expresamente sobre la pubertad legal prevista en el Código Civil como Impedimento Absoluto, ya que el artículo 113° prescribe simplemente que "el Juez especializado autoriza el matrimonio de los adolescentes, de acuerdo a lo señalado en los artículos pertinentes del Código Civil", dando paso a una norma de remisión para evitar controversias alrededor de la edad, con lo cual, se supera la diferencia de edades entre la mujer y el varón, permitiendo de ese modo, que la edad mínima sea la señalada por el Código Civil, y por lo tanto, aplicable la fijada por la Ley N° 27201. Así, de modificarse la edad mínima en el Código Civil, no se requerirá introducirla en el Código de los Niños y Adolescentes, por remitirse expresamente a lo normado por el primero, lo que significa una concordancia de esta institución familiar entre el Código Civil con el Código de los Niños y Adolescentes.

Pero tal remisión es de capital importancia pues para que se admita el matrimonio de los adolescentes, se tiene que aplicar, por ser un mandato expreso, la normatividad vigente del Código Civil; éste establece que los menores de edad, para que puedan contraer matrimonio, requieren del asentimiento expreso de los padres. La discrepancia entre los padres equivale al asentimiento, siguiendo los supuestos previstos a falta de aquellos.

Además de la aceptación de los padres, se exige a los menores de edad para contraer matrimonio, la pubertad legal establecida en el ordenamiento civil como requisito para su validez, pues de lo contrario, se estaría incurso en la causal del Impedimento Absoluto para celebrarlo. Sin embargo, de mediar motivos graves, podrán ser dispensados por motivos justificados, siempre que se encuentren dentro de la edad determinada por ley, que para el caso peruano, ha sido en los 16 años de edad, tanto para varón como para mujer, por la modificatoria introducida por la Ley N° 27201.

El matrimonio de los menores de edad fue prevista por el Derecho Civil y plasmada en la codificación peruana. El Código Civil de 1852, consignó el consentimiento de los padres en el Título Cuarto del consentimiento para el matrimonio de menores, en su artículo 146°:

"Los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del consentimiento expreso de su padre y madre, ó al menos del padre".

Igualmente, el consentimiento para el matrimonio de los menores de edad también fue previsto en el Código Civil de 1936, en el Título III del consentimiento para el matrimonio de menores, en su artículo 89°:

"Los menores de edad para contraer matrimonio necesitan del consentimiento expreso de sus padres".

El consentimiento a que hacen referencia los Códigos Civiles de 1852 como el de 1936, está referido a la aceptación expresa que los padres del menor deben prestar para contraer matrimonio; no se trata del principio consensual que le es propio en cuanto a la formación de una relación contractual, en virtud de lo cual, el consentimiento viene a ser la coincidencia o convergencia de voluntades para dar nacimiento a una voluntad común que es declarada en forma conjunta, por las partes que crean, regulan, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial.

El Código Civil de 1984, ha reiterado el mismo sentido de sus antecesores en lo que al asentimiento de los padres se refiere para que sus hijos menores de edad puedan contraer matrimonio, como es de verse del Libro de Familia, Título I, Capítulo Segundo de los Impedimentos, cuyo artículo 244° indica lo siguiente:

"Los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del asentimiento expreso de sus padres. La discrepancia entre los padres equivale al asentimiento.

A falta o por incapacidad absoluta o por destitución de uno de los padres del ejercicio de la patria potestad, basta el asentimiento del otro. A falta de ambos padres, o si los dos fueran absolutamente incapaces o hubieran sido destituidos del ejercicio de la patria potestad, prestarán asentimiento los abuelos y las abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordancia equivale al asentimiento.

A falta de abuelos y abuelas o si son absolutamente incapaces o han sido removidos de la tutela, corresponde al juez de menores otorgar o negar la licencia supletoria. La misma atribución corresponde al juez de menores, respecto de expósitos o de menores abandonados o que se encuentren bajo jurisdicción especial.

Los hijos extramatrimoniales sólo requiere el asentimiento del padre o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquél los hubiese reconocido voluntariamente. La misma regla se aplica a la madre y los abuelos en línea materna".

De texto legal se desprende, de un lado, que se ha variado la terminología de los anteriores Códigos Civiles reemplazando el término consentimiento por el del asentimiento, que vendría a ser una especie de la manifestación de voluntad anterior a la realización de un acto, lo que equivale a decir que el asentimiento de los padres, es la condición previa para que manifiesten la conformidad con el acto jurídico del matrimonio de sus hijos menores de edad.

De otro lado, se desprende conforme a su contenido, que existen cuatro (4) clases de asentimiento a saber: el asentimiento de los padres que incluye el que corresponde a la de los hijos extra-matrimoniales; el asentimiento de los ascendientes; el asentimiento del Juez de Menores, entendiéndose como el Juez de Familia; y, el asentimiento en los casos especiales.

Desde el punto de vista del Código Civil, bastaría el asentimiento de los padres una vez obtenida la dispensa judicial del impedimento absoluto, para que una vez otorgado, el menor de edad, entrándose de impúber, ahora adolescente, pueda contraer matrimonio. Sin embargo, del texto del Código de los Niños y Adolescentes

se desprende que aún en el caso de que se produjera el asentimiento, en cualesquiera de las clases de asentimiento mencionados, siempre ha de requerirse la autorización judicial, esto es, la del Juez de Familia, para que los menores de edad contraigan matrimonio, dado que deben expresar ante el Juzgador, su voluntad expresa de realizarlo, esto es, que antes de otorgarse la autorización judicial, se deberá escuchar su opinión, contando para tal efecto con el apoyo del equipo multidisciplinario, disponiendo las medidas convenientes para garantizar sus derechos.

La Comisión Técnica que elaboró el primer Código de los Niños y Adolescentes, señaló en la Exposición de Motivos que "El Juez será el que autorice el matrimonio de los adolescentes, siendo la edad mínima en las mujeres los 14 años y en los varones 16 años. Para resolver, el Juez escuchará a los contrayentes, a sus padres y podrá solicitar al equipo multidisciplinario el informe social y psicológico". Tal como se anotó, la edad fue modificada a los 16 años, tanto para el varón como para la mujer.

Esa intervención judicial está prevista ahora, en el Código vigente, en su artículo 114°, la que ratifica ese postulado, al exigir que "antes de otorgar la autorización, el Juez escuchará la opinión de los contrayentes y con el apoyo del equipo multidisciplinario dispondrá las medidas convenientes para garantizar sus derechos". Con ello, queda clara que no basta únicamente el asentimiento de los padres o de los supuestos mencionados en el articulado del Código Civil sino que la autorización es una facultad exclusiva del órgano jurisdiccional, el que podrá otorgarla o denegarla, con lo cual, la autonomía privada queda marginada en la celebración del matrimonio de los adolescentes frente a una norma de orden público.

Mención aparte merece la anulabilidad del matrimonio prevista en el artículo 277°, inciso 1°. del Código Civil, que establece la anulabilidad del matrimonio del Impúber. Esa norma fue ampliada por la Primera Disposición modificatoria del Código Procesal Civil, aprobada por Decreto Legislativo N° 768, que prescribió que es anulable el matrimonio, inciso 1.: "Del Impúber, La pretensión puede ser ejercida

por él luego de llegar a la mayoría de edad, por sus ascendientes si no hubiesen prestado asentimiento para el matrimonio y, a falta de éstos, por el consejo de familia. No puede solicitarse la anulación después que el menor ha alcanzado mayoría de edad, ni cuando la mujer ha concebido. Aunque se hubiera declarado la anulación, los cónyuges mayores de edad pueden confirmar su matrimonio. La confirmación se solicita al juez de paz letrado del lugar del domicilio conyugal y se tramita como un proceso no contencioso. La resolución que aprueba la confirmación produce efectos retroactivos".

Es de notar que se evidencia otra vez, una discordancia entre dicha norma con la modificación introducida al artículo 241° del Código Civil por la Ley N° 27201, pues ésta establece como impedimento para contraer matrimonio al Adolescente mientras que aquella considera como causa del matrimonio anulable al Impúber cuando aparentemente debe referirse también al Adolescente, lo que técnicamente no es apropiado, por las razones expuestas anteriormente, esto es, que el matrimonio del menor de edad será anulable, si no acredita la pubertad legal fijada por el ordenamiento civil, al margen de su calidad de Adolescente, puesto que esta categoría, como se tiene dicho, corresponde según el Código de los Niños y Adolescentes, a las personas cuya edad oscile entre los 12 años y los 18 años, debiendo establecerse una mayor rigurosidad, para contar con una institución de familia que no genere incertidumbres.

A ello se suma que la confirmación del matrimonio, según dicha norma, debe ser solicitada al Juez de Paz Letrado, cuando conforme al propio sistema judicial procesal, su conocimiento corresponde a los Juzgados de Familia, tramitándose como proceso no contencioso, con los mismos efectos, o sea la resolución que aprueba la confirmación del matrimonio produce efectos retroactivos, otorgando de ese modo seguridad jurídica por los actos practicados durante el enlace matrimonial.

2.4. LA PATRIA POTESTAD

Por la Patria Potestad, los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores de edad. La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal de sus hijos. Por tanto, esa titularidad confiere un conjunto de derechos y deberes que, en principio, corresponde a ambos padres, e independientemente, el ejercicio es la facultad de actuar concretamente en virtud de estos derechos-deberes, que les corresponde a ambos progenitores.

La patria potestad desde las épocas romanas, era un poder que ejercía el pater familias sobre todas las personas libres que constituían su familia, otorgando a su titular, derechos rigurosos y absolutos sobre la persona y bienes de los hijos, a tal punto que podía disponer de la vida y destino de los mismos. La autoridad paternal sobre los hijos menores de edad era omnímoda sin reconocer ninguna clase de protección de los progenitores sobre ellos. Luego evolucionaría la patria potestad permitiendo al pater familias, la reducción de los poderes sobre ellos, otorgando mecanismos de corrección más ya no sobre la vida o muerte de ellos, con lo cual, se daría paso a disminuir la autoridad paternal y el rigor de los derechos del padre sobre la persona de sus hijos en una evidente relación vertical, para finalmente convertirse en una institución de protección para los hijos, con derechos y obligaciones recíprocos de carácter horizontal.

Esa relación tutelar de padre-hijo se inicia desde la concepción pues el concebido es un sujeto de derechos que merece la más amplia protección en su aspecto sicosomático y ha de concluir cuando los hijos adquieren plena capacidad para defenderse por mismos, ejercer sus derechos y administrar su patrimonio.

En el Perú, desde el Código Civil de 1852, esa institución aparece en su Sección Cuarta, de la Paternidad, cuyo artículo 284°, señalaba que la:

"Patria Potestad es la autoridad que las leyes reconocen en los padres sobre la persona y bienes de sus hijos".

La concepción asumida en aquel entonces, haría primar siempre la autoridad paternal mediante una relación vertical, sin explicitar los deberes y ejerciendo derechos sobre ellos, aunque su artículo 287 prescribía los derechos de la patria potestad, enumerándolos en la forma siguiente:

1. Sujetar, corregir y castigar moderadamente a los hijos;
2. Aprovechar de su servicio.
3. Mantenerlos en su poder y recogerlos del lugar donde estuvieren;
4. Exigir auxilio de cualquiera autoridad para recogerlos;
5. Administrar los bienes de los hijos;
6. Hacer suyos los frutos de los bienes de sus hijos menores, mientras dure la patria potestad; sin que se extienda este derecho de usufructo ni a lo que adquiera el hijo por trabajo, profesión ó industria, ejercidos con consentimiento de sus padres, ni a lo que gane por sus servicios civiles, militares o eclesiásticos.

Ello significaba que la Patria Potestad confería a los padres únicamente derechos sobre los hijos, sin considerar deber alguno de los primeros para con los segundos.

El Código Civil de 1936, en el Título VI, artículo 390° señaló que: "Los padres, por la patria potestad, tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores".

A diferencia del anterior Código Civil, en este texto legal, se amplía el concepto de la Patria Potestad, extendiendo su ámbito a las obligaciones de los hijos, y de igual forma instituyendo deberes y derechos, propios de dicha institución familiar. En el primer caso, tenemos que su artículo 397°, expresamente indica:

"Los hijos están obligados a respetar, obedecer y honrar a sus padres".

Para el segundo caso, era aplicable el artículo 398°:

Deberes de los padres:

1. Alimentar y educar a los hijos, con arreglo a su situación;
 2. Dirigir la instrucción profesional de los hijos conforme a su vocación y aptitudes;
- Derechos de la patria potestad:
3. Corregir moderadamente a los hijos. Cuando esto no bastare podrán ocurrir a la autoridad.
 4. Aprovechar de los servicios de los hijos, atendiendo a su edad y condición;
 5. Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, ocurriendo a la autoridad si fuere necesario;
 6. Representar a los hijos en los actos de la vida civil;
 7. Administrar los bienes de los hijos;
 8. Hacer suyos los frutos de los bienes de los hijos menores de dieciocho años.

Tratándose de minas se observará lo dispuesto en el artículo 957°.

Siguiendo a los legisladores del Código Civil de 1852, el de 1936, reproduce en términos generales, los mismos derechos, agregando los dos deberes citados. En cambio, el Código Civil de 1984, en el Libro Segundo, Título III de la Patria Potestad, Capítulo Único, en su artículo 418 prescribe que: "Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores", para luego anotar en el artículo 423°, los deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

1. Proveer el sostenimiento y educación de los hijos.
2. Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.

3. 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.
4. Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su educación.
5. Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
6. Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
7. Administrar los bienes de sus hijos.
8. Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos, se está a lo dispuesto en el artículo 1004.

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes, marcó una diferencia con los anteriores Códigos Civiles, en particular con el de 1984; aunque no conceptuó a la patria potestad, asume que es una institución familiar que garantiza un deber-derecho de los padres hacia sus hijos, reconociendo a éstos como sujetos de derechos, por lo que en su artículo 74° señala los deberes y derechos que otorga la patria potestad respecto de los niños y adolescentes, que son sus hijos.

La Exposición de Motivos, al referirse a esta institución, anotaba que "dado que el niño y el adolescente no se hallan siempre en posición de velar adecuadamente por sí mismos, es decir, de cautelar por sus propios medios sus intereses y defender sus derechos, este deber y también derecho recae en los padres como titulares activos de aquellos", ejercitando la patria potestad.

Cuáles son esos deberes y derechos?

- a. Velar por su desarrollo integral.
- b. Proveer su sostenimiento y educación.

- c. Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
- d. Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente.
- e. Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos.
- f. Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil.
- g. Recibir ayuda de ellos, atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención.
- h. Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran. Y,
- i. Tratándose de productos, se está a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil.

La forma como ha sido regulada la patria potestad denota una mejor estructura en su tratamiento frente a la del Código Civil de 1984, por lo que se debe buscar una mejor armonía para concordarlas; la diferencia no es cuantitativa, pues el Código Civil establece 8 deberes-derechos mientras que el Código de los Niños y Adolescentes enumera 9, sino todo lo contrario, es cualitativa. De todas ellas, existe una casi similitud entre varios deberes y derechos de ambos Códigos, habiéndose conjuncionando algunos de ellos, como el caso de los numerales 7. y 8. del Código Civil con los incisos h. e i. del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando éste uno nuevo, el de "velar por su desarrollo integral" y regulando de manera más adecuada los otros.

Así tenemos que los incisos d) y e) del Código de los Niños y Adolescentes, expresan de mejor manera el deber-derecho para que los padres les den "buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente" y el de "tenerlos en su compañía", recurriendo a la autoridad para recuperarlos frente a los numerales 3. y 5. del Código

Civil, siendo que se dejan de lado tanto el criterio represivo de solicitar "su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores" como el afán paternalista de "recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso", por no ser propios de una institución de familia.

Igualmente, se supera el criterio utilitarista previsto en el numeral 4. del Código Civil, del aprovechamiento de los hijos, por el de "recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad" tal como aparece del inciso h); como también se cambia la terminología utilizada en varios numerales del Código Civil, como es de verse, entre otros, del numeral 6 sobre la representación de los hijos, al agregar el inciso f). en tanto "adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil".

Por tanto, en cuanto a la regulación normativa de la Patria Potestad en nuestro Derecho de Familia, la norma a la que habría que remitirse es a la del Código de los Niños y Adolescentes, en particular a su artículo 74° que prescribe los deberes y derechos, dado que los cambios introducidos en su texto, corresponden a los fundamentos de esta institución familiar y no al revés, en la medida que legislativamente se ha producido la modificación radical del sistema previsto en el artículo 423° del Código Civil, por lo que en realidad no se trata de una simple complementariedad entre ambos cuerpos, siendo posible ello en virtud a "la experiencia y desarrollo jurisprudencial", como anotan sus propugnadores, con un tratamiento más adecuado, orgánico y moderno, que se condice con las finalidades de la Patria Potestad.

Pero la reforma legislativa no sólo estuvo centrada exclusivamente en los deberes y derechos de la Patria Potestad sino en las causales para su suspensión, extinción y restitución, facultando al órgano jurisdiccional evaluar su conveniencia para otorgarlas, en una abierta diferencia con la regulación del Código Civil en torno a ellas.

Suspensión de la Patria Potestad

El artículo 75° del Código de los Niños y Adolescentes, tampoco conceptúa la Suspensión de la Patria Potestad. Por ella hay que entender que cesa temporalmente su ejercicio para la persona que sea vea afectada mientras dure la causal que la motiva, sin que por ello, desaparezca dicha institución. Simplemente lo que hace es indicar los 7 casos de suspensión de la Patria Potestad, ésta deriva por tanto de una situación de hecho que no implica imputación de delito ni falta cometida por quien o quienes ejerzan sus atribuciones, cuyas causas no suponen culpa de los padres ni en modo alguno están dirigidos en contra de sus hijos⁽⁷⁴⁾.

Por su parte, el Código Civil en su artículo 466°⁽⁷⁵⁾, señaló entre sus causales: la de interdicción de cualquiera de los padres originada en causal de naturaleza civil; la ausencia judicialmente declarada de cualquiera de ellos; si se comprueba que los padres se hallan impedidos de hecho de ejercerla; y, cuando se confía a uno de los cónyuges que obtuvo la separación por causa específica, conforme al art. 340°.

En tanto que las causales de suspensión de la patria potestad previstas en el Código de los Niños y Adolescentes⁽⁷⁶⁾ son:

1. Por interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil
2. Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.
3. Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompa.
4. Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad.
5. Por maltratos físicos o mentales.
6. Por negarse a prestarles alimentos.
7. Por separación o divorcio de los padres o por invalidez del matrimonio de conformidad con los artículos 282 y 340 del Código Civil.

⁷⁴ PERALTA ANDÍA, Javier. Obra citada. Páginas 382-383.

⁷⁵ Código Civil de 1984. El artículo 466 esta referido a causales de suspensión, distintas a las de privación u otros supuestos, que serán materia del presente.

⁷⁶ Código de los Niños y Adolescentes. Artículo 75, aprobado por la Ley N° 27337.

A diferencia del Código de los Niños y Adolescentes, en el Código Civil de 1984, se norma los efectos de la pérdida, la privación, la limitación y la suspensión de la patria potestad, las que se extenderán a los hijos nacidos después de haber sido declarada así como que tales tampoco alteran los deberes de los padres para con sus hijos.

Por lo tanto, existe una diferencia en la regulación de la Patria Potestad entre el Código de los Niños y Adolescentes y la forma como se estableció en el Código Civil de 1984. Ella se aprecia cuando se analiza el aspecto vinculado a las modificaciones que operan respecto de la vigencia de la Patria Potestad, considerando 5 casos:

- 1°. Término de la patria potestad;
- 2°. Pérdida de la patria potestad;
- 3°. Privación de la patria potestad;
- 4°. Limitación de la patria potestad; y,
- 5°. Suspensión de la patria potestad.

Estos 5 casos están previstos en el Código Civil de 1984 son los que marcan la diferencia entre ese y el cuerpo normativo de los Niños y Adolescentes, los que podemos encontrarlos en el respectivo articulado:

El primer caso, término, está previsto en el artículo 461 del Código Civil.

El segundo caso, pérdida, está previsto en el artículo 462 del Código Civil.

El tercer caso, privación, está previsto en el artículo 463 del Código Civil.

El cuarto caso, limitación, previsto en el artículo 464 del Código Civil (derogado por la 1ra. Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes (D.L: 26102).

El quinto caso, suspensión, está previsto en el artículo 466 del Código Civil.

En cuanto al primer caso, sobre el término de la Patria Potestad, nos remitiremos a la figura de su Extinción, que se tratará más adelante. En cambio, los otros casos, y la diferencia existente entre cada uno de ellos y que son regulados por el Código Civil, serán objeto de análisis dentro del sistema de restricciones al ejercicio de la Patria Potestad, de acuerdo a sus efectos y consecuencias, tal como son previstas en el Derecho de Familia.

Como anota Alex Plácido⁽⁷⁷⁾ -en torno a las circunstancias que restringen el ejercicio de la Patria Potestad-, hay que distinguir las causales vinculadas con la conducta de los padres, que en mayor o menor medida afectan y lesionan los intereses de los hijos y que requieren de la intervención judicial para declararla, como las causales de pérdida, por ser muy graves, referidas en el artículo 462°, que como afirma Enrique Varsi Rospigliosi⁽⁷⁸⁾ se produce por actos de extrema gravedad cometidos por los padres. Es anormal y culposa produciendo un corte prematuro en la patria potestad por causas imputables generalmente a quienes la ejercen. En tanto, las causales de privación por ser graves y están previstas en el artículo 463°, derivan de aquellos actos graves por los cuales el padre no es despojado de sus facultades pero queda en la imposibilidad de hacer uso de ellas, por lo que no es una suspensión sino que esta impedido de desempeñarla. Mientras que las causales de limitación señaladas en el artículo 464° son actos leves cometidos en contra del menor, lo que determina que sea el Juez quien despoja al padre de determinadas atribuciones del ejercicio de la patria potestad, pues si bien su conducta ha sido dañina para con el menor, no es suficiente para declarar la pérdida o privación de la patria potestad; siendo distintas de aquellas otras causales que expresan una imposibilidad o incapacidad de los padres, que si bien no implican un comportamiento perjudicial a los intereses de los hijos, operan en forma automática como las causales de suspensión establecidas en el artículo 466°, que no es una sanción sino una situación

⁷⁷ PLACIDO V. ALEX. Obra citada. Páginas 94 y ss.

⁷⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Patria Potestad. Marco Teórico General. Revista Jurídica del Perú N° 36. Página 68 y siguientes.

transitoria que suprime temporalmente el ejercicio de la patria potestad en forma temporal con el propósito de reestablecerla.

Desde el punto de vista técnico-legislativo, es conveniente entonces, determinar si el sistema de agrupación de causales bajo la Suspensión de la Patria Potestad, consagrado en el artículo 75° del Código de los Niños y Adolescentes, es el adecuado o no. En tal sentido, lo que diferencia al primer grupo del segundo, radica en que en el primero la conducta de los padres debe ser acreditada ante el órgano jurisdiccional para que declare la restricción de la Patria Potestad, bien sea perdiendo, privando o limitando su ejercicio mientras que en el segundo, deviene de un hecho objetivo derivado de una imposibilidad material o judicial que así lo determine.

A fin de que la Suspensión de la Patria Potestad regulada por el Código de los Niños y Adolescentes sea la adecuada, debe referirse tanto a aquellas causales que restringirán su ejercicio, en razón del hecho objetivo así como las otras causales restrictorias igualmente de su ejercicio, establecidas conforme al sistema consagrado en el Código Civil, bajo el título de la Privación de la Patria Potestad, que procede cuando media una inconducta gravemente inconveniente sin llegar a configurar delito, lo que determina que por mandato judicial ha de privarse al padre o la madre, de la tenencia física de los hijos conservando los demás atributos que confiere esta institución⁽⁷⁹⁾.

Consideramos que tales causales referidas a la Privación, es una figura que debe ser excluida de la regulación del Código Civil, -aunque Alex Plácido sostiene que deben permanecer en él-, además de aquellas referidas a la pérdida y limitación, quedando sin efecto su articulado, manteniéndose las causales de Suspensión reguladas en el Código de los Niños y Adolescentes.

En esa medida, debe producirse una reforma legislativa en lo que a las restricciones del ejercicio de la Patria Potestad se refiere, deslindando claramente las

⁷⁹ PERALTA ANDÍA, Javier. Obra citada. Página 382-283.

causales de Privación con las de la Suspensión, en aras de una necesaria concordancia entre la normatividad del Código Civil con la del Código de los Niños y Adolescentes, para tener un único sistema referidos a las restricciones de la Patria Potestad.

Así, debe introducirse una modificatoria al artículo 75° mencionado, derogando el artículo 466 del Código Civil, siendo que las causales de Suspensión de la Patria Potestad se aplicarán solamente en los siguientes casos:

- a) Por la interdicción del padre o la madre originada en causas de naturaleza civil.
 - b) Por la ausencia judicialmente declarada del padre o la madre.
 - c) Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla.*
 - d) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los artículos 282 y 340 del Código Civil.
- Causal 3. del artículo 466° del Código Civil⁽⁸⁰⁾.

Adicionalmente la Privación de la Patria Potestad pasará a ser regulada por el Código de los Niños y Adolescentes y ya no en el Código Civil, derogándose el artículo 462° sobre pérdida y el artículo 464° sobre limitación del ejercicio de la Patria Potestad, incorporando aquellas causales consideradas para la Suspensión del Código de los Niños y Adolescentes del artículo 463° del Código Civil como las previstas en los incisos c), d), e) y f) del artículo 75 ya referido, por tratarse de causas de la Privación, comprendiéndolas bajo su ámbito.

⁸⁰ Sobre esta causal, Alex Plácido V. anota que se configura por la circunstancia de hecho que no permita ejercerla sin que importe por parte de los padres un comportamiento lesionante contra los hijos. Es el caso de la desaparición, declaración de ausencia, condena por delitos contra personas que no sean sus hijos, la entrega de su hijo a un establecimiento tutelar.

De ese modo, la privación del ejercicio de la Patria Potestad prevista en el artículo 463° del Código Civil quedará derogado y se mantendría con las siguientes causales:

- a) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan.
- b) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad.
- c) Por maltratarlos física o mentalmente.
- d) Por negarse a prestarles alimentos.

Al que se agregaría las causales de la pérdida de la Patria Potestad del artículo 462°:

- e) La condena a pena que la produzca.
- f) El abandono del hijo durante 6 meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda ese plazo.

Establecido los parámetros, tanto de la Privación y la Suspensión de la Patria Potestad, con sus causales, de suyo implica una modificación de los artículos 469° y 470° del Código Civil, debiendo entenderse que la suspensión o privación de la patria potestad, se extenderá a los hijos nacidos después de que ha sido declarada y que no alteran los deberes de los padres con los hijos, respectivamente, al dejarse sin efecto las figuras de la pérdida y limitación, consideradas en ambos artículos.

Desde ese punto de vista, las normas generales del Código Civil, sobre el régimen patrimonial referidas a la administración o el usufructo, la responsabilidad, representación, se mantendrán mientras que el Código de los Niños y Adolescentes, contendrá las normas especiales y de trato inmediato que regulan dicha institución, tales como los deberes y derechos de los padres e hijos y el sistema de decaimiento y extinción de la patria potestad, en particular el sistema estricto de su decaimiento a través de la figura de la suspensión integrando las causales contenidas en el Código Civil, con relevancia de que la reiteración de determinadas causales de suspensión podría generar la extinción de la patria potestad e incluso el sistema de restricciones como la privación de la Patria Potestad.

La Restitución de la Patria Potestad.

Según Varsi Rospigliosi, la restitución de la patria potestad es aquella situación por la cual, al desaparecer las causas que determinaron la privación o limitación de su ejercicio, debe devolverse al comprobarse su desaparición, por lo que la restitución no es un premio por la rehabilitación del padre restringido en su ejercicio sino una consecuencia inherente de las relaciones familiares, ya que debe exigirse el cumplimiento de las obligaciones que en un momento fueron limitadas. En el caso de causa subjetiva como la privación, se restituye a solicitud de parte y por mandato judicial, en forma integral o parcial, y por causa objetiva, como la suspensión, opera de manera inmediata si desaparecen los hechos que la motivaron⁽⁸¹⁾.

El artículo 78° del vigente Código de los Niños y Adolescentes, prevé que la Restitución del ejercicio de la Patria Potestad procede cuando cesa la causal que la motiva; en tal caso serán los padres a quienes se les suspendió quienes petitionarán su restitución, lo que constituye la vía idónea para devolver al o a los padres solicitantes su pleno ejercicio. En tal caso, será el Juez especializado el que ha de evaluar y resolver sobre su restitución, en todo o en parte, de acuerdo al principio del interés superior del niño.

Si seguimos el sistema del Código Civil, sólo en los casos de privación y limitación del ejercicio de la Patria Potestad procede su restitución; así se desprende de su artículo 471°, al señalar que los padres a los cuales se les ha privado de la patria potestad o limitado en su ejercicio pueden pedir su restitución, cuando cesen las causas que la determinaron.

Y en los casos de pérdida y suspensión, los padres volverán a ejercer la Patria Potestad, cuando desaparezcan los hechos que los motivaron.

⁸¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Obra citada. Página 70-71.

Dado que las restricciones al ejercicio de la Patria Potestad, se establecen atendiendo a aquellas causas que son imputables a los padres distintas de otras que no les son imputables, por tratarse de circunstancias subjetivas u objetivas, respectivamente, determinan en el primer caso la necesaria intervención del órgano jurisdiccional para declararlas y en el segundo caso, siendo de fácil comprobación, se produce de manera automática, se colegiría que la restitución de su ejercicio procedería únicamente entratándose de la privación, y ya no de la limitación al quedar superado su tratamiento al igual que la pérdida, más no en el caso de la suspensión del ejercicio de la Patria Potestad.

Ello es atendible pues si la privación del ejercicio se originó en hechos y circunstancias previstas por la ley, resulta razonable y legítimo restituir a los padres su pleno ejercicio sobre todo cuando los hechos y circunstancias que la ocasionaron desaparecieron⁽⁸²⁾. Sin embargo, tanto en el caso de la privación como de la suspensión de la Patria Potestad, aun en el supuesto de que ésta última pueda operar en forma automática, requerirá peticionarse por los padres su restitución, cuando la causal que la motivo haya cesado y el Juez especializado deberá evaluar la conveniencia de dicha restitución conforme al interés superior del niño, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 78° ya citado⁽⁸³⁾.

Extinción de la Patria Potestad

Por la Extinción termina en forma definitiva los deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad, por circunstancias que no implican un juicio respecto de la conducta de los padres sino que significa que los hijos ya no están bajo la esfera de la autoridad de los padres.

⁸² PERALTA ANDÍA, Javier. Obra citada. Página 383.

⁸³ PERALTA ANDÍA, Javier. Obra citada. Página 383.

Son causales de la extinción de la Patria Potestad⁽⁸⁴⁾ según el Código de los Niños y Adolescentes las siguientes:

- a) Por muerte de los padres o del hijo.
- b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad.
- c) Por declaración judicial de abandono.
- d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos.
- e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f)) del artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes.
- f) Por cesar la incapacidad del hijo, conforme al artículo 46 del Código Civil.

Como indicáramos líneas anteriores, nuestro sistema de la Patria Potestad admite modificaciones respecto de su vigencia; uno de esos casos contemplados en el Código Civil, es el del término o acabamiento diferenciado del Código de los Niños y Adolescentes, pues lo trata como extinción o pérdida de la Patria Potestad.

Es por ello que encontramos en el Código Civil, normas referidas al acabamiento de la Patria Potestad, como lo prescribe su artículo 461° indicando las causales por las que se acaba, siendo las siguientes:

1. Por muerte de los padres o del hijo.
2. Por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46°.
3. Por cumplir el hijo 18 años de edad.

El Código de los Niños y Adolescentes, ha regulado las causales del término de la Patria Potestad previsto en el Código Civil, puesto que ha incorporado los numerales 1, 2 y 3, que son sus tres únicas causales en el artículo 77° bajo los incisos a) y f) reproduciendo exactamente su texto y en el b), respetando su espíritu, con una redacción más técnica, como es la que el adolescente adquiera la mayoría de edad, supuesto que en nuestro ordenamiento civil ocurre cuando cumple 18 años de edad.

⁸⁴ Código de los Niños y Adolescentes. Artículo 77. Conforme a la sustitución hecha por el artículo único de la Ley N° 27473, de 06-06-2001.

Al margen de ello, ha considerado otras causales no previstas en el Código Civil, como son la de los incisos c) de la declaración judicial de abandono, d) por la condena por delito doloso cometido en agravio de sus hijos y e) por reincidencia en causales allí indicadas. Por eso, la norma del artículo 461° del Código Civil, debe ser derogada para evitar sutiles controversias y uniformizar nuestro sistema jurídico.

Conviene por ello, hacer algunas precisiones. La primera, que la declaración judicial de abandono efectivamente constituye causal de extinción y no la adopción, como sostiene Alex Plácido⁽⁸⁵⁾ pues aquella no sólo afecta el ejercicio de la Patria Potestad como sostiene sino que en realidad, extingue la de los padres de sangre, destruyendo todo vínculo consanguíneo con su familia biológica, justamente para ser incorporado al Programa de Adopciones a fin de brindarles un hogar definitivo al niño o adolescente con una nueva familia legal.

En cuanto a los actos delictuosos de carácter doloso, en agravio de sus propios hijos o en perjuicio de los mismos, al haber sido condenado por su comisión, requiere de sentencia judicial firme.

Pero sobre los actos de reincidencia, tal como se ha analizado anteriormente, sus causales no corresponden a la figura de la Suspensión sino a la de Privación de la Patria Potestad, por lo que en esa orientación, debe introducirse una modificación legislativa, a fin de prescribir que se trata de causales de Privación cuya reincidencia determina la extinción de la Patria Potestad.

En resumen podemos afirmar que la naturaleza jurídica de la Patria Potestad se manifiesta en 4 aspectos que otorgan un tratamiento cabal de dicha institución del Derecho de Familia: los deberes y derechos, la privación, la suspensión y la extinción de la Patria Potestad; además en forma extensiva a la restitución. Todo lo que equivale a sostener que se hace necesario superar los desfases legislativos y normativos de aquellos previstos en el Código Civil de 1984, bien sea para

⁸⁵ PLÁCIDO V., Alex. Obra citada. Página 98.

modificarlos o derogarlos, remitiéndolos al cuerpo de leyes del Código de los Niños y Adolescentes, con las excepciones anotadas precedentemente, en salvaguarda de un ordenamiento jurídico que sea concordante con los derechos de los niños y adolescentes y con la orientación de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

Tanto la petición de suspensión como la extinción de la Patria Potestad puede formularla cualquiera de los padres, los ascendientes, hermanos, responsables y cualquier persona que tenga legítimo interés. El procedimiento se sujetará a las reglas del proceso único dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes.

Sin embargo, el Juez especializado está facultado para, en cualquier estado del proceso, poner al niño o adolescente en poder de algún miembro de la familia o persona idónea distinta, si fuera necesario, con conocimiento del Ministerio Público, lo que significa que dispondrá la Tenencia del menor; fijará así mismo en la sentencia la pensión de alimentos con la que debe acudir el obligado. Si tiene bienes propios, se procederá conforme al artículo 426° del Código Civil.

Un tema final es el referido a la vigencia de la Patria Potestad. El artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes, prescribe que en los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad, constituyendo un ejercicio distribuido y o exclusivo de ella, entre ambos padres, pese a un estado jurídico distinto.

Por el artículo 3° de la Ley N° 27495 se modifica el artículo 345° del Código Civil relativo a la Patria Potestad por separación convencional o separación de hecho, que disponía en su último párrafo, la aplicación de la parte final del artículo 340° del mismo Código, de lo que se desprendería que ya no cabría el ejercicio distribuido sino el exclusivo de la patria potestad, por el padre o la madre a quien se le confíe a los hijos en tanto que el otro cónyuge quedaría suspendido su ejercicio, reasumiéndola de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.

Esa norma sería concordante con el inciso g) del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes, por el cual la patria potestad se suspende por separación o divorcio de los padres, habiéndose generado una incompatibilidad con el citado artículo 76°.

2.5. LA TENENCIA

Esta institución ha sido conceptualizada por primera vez como una institución jurídica destinada a velar por el cuidado de los hijos por parte de uno de los padres. Se encuentra normada ampliamente en el Código de los Niños y Adolescentes⁽⁸⁶⁾, a diferencia del Código Civil que no la contempla detalladamente, éste es un caso específico en la autonomía privada en el Derecho de Familia, que no sólo crea relaciones jurídicas familiares sino que también regula el contenido de cada una de las instituciones dentro del orden público familiar y donde la participación del órgano jurisdiccional es supletoria de aquella para controlar la legalidad de su actuación. Justamente esa función contralora de la legalidad se grafica en la Tenencia de los hijos al permitir en primer término que la autonomía privada de los padres la determine o en última instancia, intervenga el órgano jurisdiccional para establecerla, siempre atendiendo al interés superior del niño.

La Tenencia procede cuando los padres se encuentran separados de hecho, esta situación se verifica cuando los cónyuges ya no hacen vida en común y existe abandono del domicilio conyugal sin causa atendible. En tal caso, la tenencia y la custodia de los hijos debe ser acordada por los padres, tomando en cuenta la opinión de los hijos, por la facultad que les asigna la autonomía privada familiar y de no haber común acuerdo o fuera perjudicial para el desenvolvimiento del menor afectando el ambiente familiar en el que debe primar el amor, la comprensión y la felicidad o menoscabe su desarrollo físico como psicológico, intervendrá la autoridad judicial resolviendo el conflicto, otorgando la Tenencia a uno de los padres para lo cual

⁸⁶ Código de los Niños y Adolescentes. Aprobado por la Ley N° 27337. Artículo 81 y siguientes .

dictará las medidas necesarias a fin de que se cumpla su mandato, primando de ese modo el control de la legalidad en el campo familiar sobre la autonomía privada de los padres.

Dicha institución familiar no fue objeto de tratamiento en forma taxativa por los Códigos Civiles de 1852, 1936 ni el de 1984; eso explica el por qué no existe literatura sobre el particular, por lo que es meritorio el esfuerzo realizado por quienes asumieron la responsabilidad de elaborar el Código de los Niños y Adolescentes para consagrarla legislativamente. Claro está que la tenencia y el cuidado de los hijos fue asumida por la gran mayoría de especialistas del Derecho de Familia, comprendiéndola como elemento inherente a la Patria Potestad, lo que implicaba que los padres que la ejercían asumían igualmente la Tenencia de sus hijos menores de edad. La falta de rigurosidad en la regulación que dicha institución familiar, fue superada largamente en este cuerpo de leyes, vigente, que tiene una importancia capital pues es acorde a la que se requiere a favor de los niños y adolescentes.

Por eso, la confusión entre Patria Potestad y la Tenencia radica cuando se pretende que ella sólo es procedente respecto de los padres que ejercen la Patria Potestad; sin embargo, una diferencia entre ambas radica en que la Patria Potestad como institución reguladora de la relación paterno-filial, no puede ser materia de convenio entre los padres como si puede ocurrir con la Tenencia, al permitir que los padres la determinen de común acuerdo. Además, nuestro propio ordenamiento civil prevé que en el caso de separación por causa específica, los hijos son confiados al cónyuge que la obtuvo a no ser que por el bienestar de ellos y si hay motivo grave, se confíe su cuidado a una tercera persona, como lo indica el artículo 340° del Código Civil. Si bien esta designación, siendo posible y conveniente debe recaer en alguno de los abuelos, hermanos y tíos, en su orden, no obvia que atendiendo al interés superior del niño, pueda efectuarse en un tercero, ajeno a los lazos consanguíneos, que sería la justificación legal para que la Tenencia puede ser encargada a un tercero, y ya no necesariamente a cualquiera de los padres.

Es la lógica del artículo 80° del Código de los Niños y Adolescentes, al prescribir que el Juez especializado está autorizado para que dentro del proceso donde se ventila la suspensión o extinción de la Patria Potestad, pueda poner al menor en manos de un tercero que reúna las condiciones de idoneidad, siempre que fuera necesario, y con conocimiento del Ministerio Público.

Incluso, en el primer Código de los Niños y Adolescentes en el artículo 91° se estableció que si el padre o la madre desea que se le reconozca el derecho a la custodia y tenencia interpondrá demanda, pero incorporó un segundo párrafo, que decía que "la tenencia del niño o del adolescente puede ejercitarla cualquier persona que tenga legítimo interés", legitimidad que le permitiría no sólo ejercer su derecho de acción sino también que se reconozca el derecho a la custodia del menor, de tal suerte que la Tenencia podía ser confiada a un tercero, norma que conforme a criterio de la Comisión Técnica que lo elaboró, era compatible con lo enunciado. Lamentablemente, el nuevo Código de los Niños y Adolescentes aprobado por la Ley N° 27337, derogó el acotado segundo párrafo, generándose otra vez, una zona gris manifiesta que no permite deslindar claramente la diferencia conceptual y jurídica entre la Patria Potestad y la Tenencia, al no haber sido mantenida esa versión en el actual cuerpo normativo vigente. Por ello, para evitar confusiones ulteriores, que vienen siendo resueltas por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales se hará necesario que una reforma legislativa vuelva a incorporar la legitimidad del tercero para obtener la tenencia de niños y adolescentes, siempre atendiendo al interés superior del niño y al criterio de conciencia del Juzgador que tenga a su cargo determinarla.

Variación de la Tenencia.

Una vez establecida la tenencia, sea por acuerdo de los padres o con intervención del órgano jurisdiccional, si resultare perjudicial para la integridad del niño, el Juez con la asesoría del equipo multidisciplinario, ordenará su variación la

que se producirá en forma gradual y progresiva, para que no produzca trastorno o daño ni los afecte de manera alguna a los niños o adolescentes.

Para no afectar el estado emocional de los hijos involucrados, se establece la variación de la tenencia como norma general, tal cual ha sido reseñada mientras que se introduce la variación inmediata, como excepción, cuando las circunstancias así lo requieran y fuera necesario, situación en la cual, el juez especializado en decisión motivada, ordenará que se cumpla inmediatamente el mandato de la variación a fin de resguardar el bienestar del menor.

Petición de la Tenencia.

En el supuesto que cualquier padre arrebate a su hijo al otro cónyuge o conviviente o pretenda que se le reconozca el derecho a la tenencia y custodia, para cuidar de ellos, podrá formular su demanda.

La petición de la tenencia además de los requisitos de ley, deberá ser anexada con los documentos que los identifique, la partida de nacimiento para acreditar la filiación y las demás pruebas que sean pertinentes. Titular de la acción será entonces el padre o la madre a quién su cónyuge o conviviente le impida la tenencia y custodia de los hijos menores.

De ese modo, se garantiza que cualquiera de los padres, si están separados de hecho, puedan peticionar la Tenencia sobre sus hijos, confiándoseles la custodia de los mismos por parte del órgano jurisdiccional.

Facultad del Juez.

Autorizados los padres por la autonomía privada para regular el régimen de Tenencia sobre sus hijos, en caso de no llegar a un acuerdo común sobre ella, obliga a iniciar un proceso judicial para establecerla, por lo que será el Juez el que se pronuncie en definitiva.

Al hacerlo, el Código de los Niños y Adolescentes, ha establecido algunas reglas que deben ser consideradas para dictar la resolución judicial. Estas son las siguientes: primero, permanecerá el hijo con el padre con el que tuvo mayor tiempo de convivencia, siempre que le sea favorable, pues en caso contrario, a cualquiera de ellos podrá ser asignada, ya que separarlo del padre con el que tuvo una relación más estrecha, podría causarle algún trauma.

La segunda establece una medida imperativa, cuando se trata de un niño menor de 3 años, pues en tal supuesto permanecerá con la madre. Y, la tercera, cautela las relaciones personales entre los padres y los hijos, en la medida de que al establecerse un régimen de Tenencia a favor de cualquiera de ellos, esa situación no podría originar un desligamiento total del padre al que se le privó la Tenencia sobre los hijos, por lo que el Juez, en ese mismo proceso, le reconocerá el derecho de visitas, siempre que cumpla con los requisitos exigidos para dicho régimen.

Opinión

Uno de los aspectos más relevantes para fijar la Tenencia, es tomar en cuenta la opinión del niño o adolescente, circunstancia que plantea una nueva visión de la infancia, al ser considerados como sujetos de derechos y no un mero objeto de tutela, estatal o paternal. Las libertades de opinión y de expresión, están consagradas con rango constitucional. La libertad de opinión igualmente lo fue en la Convención sobre los Derechos de los Niños, cuyo artículo 12 sentencia que los "Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". Agrega a renglón seguido que "con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo" que lo afecte, directamente o por representante, en consonancia con las normas de procedimiento nacional.

En ese mismo sentido se pronuncia el artículo 9° del Código de los Niños y Adolescentes, considerando a la libertad de opinión como un derecho político, al precisar que "si estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten" y "a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez".

Ambas disposiciones, la internacional como la nacional, reconoce la libertad de opinión como un derecho de los niños. Obviamente, el establecer un régimen de Tenencia tiene relación directa con ellos, por lo que, acorde al mandato convencional como a la norma codificada, obliga escuchar su opinión y de ser el caso, tomarla en cuenta.

Si el Juez especializado conoce del proceso de Tenencia, ya sea porque no hubo acuerdo entre los padres o tal perjudica el bienestar del niño, se le obliga, bajo sanción de nulidad, a escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente, dando cumplimiento de esta manera a la normatividad y garantizando la libertad de opinión prevista a favor de los niños y adolescentes, meritarla según sea el caso.

Modificación de resoluciones

Dictada la sentencia judicial resolviendo la Tenencia petitionada, se pueden presentar situaciones ajenas que hace que la misma sea desfavorable para el resguardo de la integridad del hijo, pudiendo presentarse casos como que la madre que obtuvo la Tenencia, inicie una nueva relación de pareja afectando física o psicológicamente al niño o cualquier otro.

Para esas eventualidades, el Código de los Niños y Adolescente ha previsto que la sentencia dictada, no surte efecto de cosa juzgada, dado que puede ser modificada, de comprobarse por el Juez las circunstancias que así lo ameriten, encontrándose en la de obligación de admitir la solicitud del otro cónyuge, quien promoverá una nueva demanda judicial.

Se requerirá para ello que hayan transcurrido cuando menos 6 meses de dictada la Resolución originaria, salvo que la integridad del niño o adolescente se encuentre en eminente peligro, y de acreditarse, obliga a emitir una nueva resolución antes del plazo señalado, variando de ese modo la resolución anterior.

Tenencia provisional

Dentro de esta institución de familia, encontramos que el Código de los Niños y Adolescentes, ha incorporado la Tenencia de manera provisional que tiene carácter temporal en la medida que el Juez especializado debe decidir la Tenencia a favor de cualquiera de los cónyuges.

Para que esta proceda debe reunirse los siguientes requisitos:

1. El niño debe contar con menos de 3 años de edad.
2. La integridad física del niño debe encontrarse en peligro.
3. El juez especializado debe pronunciarse en el plazo de 24 horas.

De presentarse otros casos, fuera del anotado, y con el fin de otorgar la tenencia provisional, se solicitará un informe del equipo multidisciplinario, el que será tomado en cuenta, previo dictamen que emita la Fiscalía de Familia. En ningún caso procederá resolverla de oficio por el órgano jurisdiccional, ya que necesariamente debe ser peticionada por el padre o la madre que no tenga a su menor hijo bajo custodia.

Es necesario resaltar que la solicitud de tenencia provisional en ningún caso procederá como medida cautelar, fuera del proceso, pues el padre que no tenga la custodia del menor deberá accionar para obtener la Tenencia de sus hijos, de acuerdo al proceso adjetivo.

2.6. EL RÉGIMEN DE VISITAS

Esta institución, propia del Derecho de Familia, garantiza el derecho del padre que no vive con sus hijos, para mantener la continuidad de las relaciones personales con ellos, después de haberse declarado la restricción del ejercicio de su patria potestad y dado que ya no reside en el hogar de familia, se le permite continuar con un estado de convivencia familiar directa con ellos, ya que de ninguna manera puede implicar la ruptura definitiva de los vínculos familiares con sus hijos, los mismos que recíprocamente tienen el derecho de relacionarse con aquel, por lo que estamos ante una institución familiar que declara facultades no sólo para los padres sino también para los hijos.

Por eso, el fundamento del derecho de visitas radica en que siendo la familia el ambiente natural insustituible donde nacen y viven las más íntimas y perdurables relaciones de alteridad, hace necesario, por convenir al desenvolvimiento de la personalidad de los hijos menores de edad, que éstos mantenga presente y vivos sus lazos familiares, tal como sostiene Alex Plácido⁽⁸⁷⁾.

De allí que el derecho de visitas, para ser tal, requiera además de la continuidad de las relaciones personales de familia, las de vigilar el cuidado y educación del menor, teniendo una comunicación fluida y adecuada con ellos, e incluso, el derecho a visitarlo o retirarlo del hogar donde vive, respetando un trato alturado y salvaguardando la privacidad de la relación padre e hijo.

Pero si las relaciones familiares dentro del concepto de familia nuclear, permite la relación del padre con el hijo, no es menos cierto que también pueda ser extendida a todos aquellos que tengan interés familiar o moral, siempre que sea legítimo y se base en lazos de parentesco, para que también puedan ser beneficiarios del derecho a un régimen de visitas.

⁸⁷ PLÁCIDO V. Alex. Obra citada. Página 112.

El Código Civil y el régimen de visitas.

Los Códigos Civiles de 1852 y de 1936 como era previsible, no previeron el derecho de visitas tal como debiera ser, en tanto que el de 1984, si bien lo incorpora, no lo hizo en una forma amplia, tal como debiera ser, el que ha sido recogido por el Código de los Niños y Adolescentes en forma amplia, lo que gravitará en un adecuada relación entre los padres e hijos por los efectos jurídicos que genera, implicando dotarla de una regulación apropiada.

Es por ello que el derecho de visitas no está descrita como una categoría jurídica propia; como forma parte del derecho de familia, ha sido estipulada en el artículo 422° del Código Civil, que textualmente dice: "En todo caso los padres tienen derecho a conservar con sus hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias".

Dichas relaciones personales entre los padres y los hijos son de por sí importantes, aunque el término "conservar" no es el más feliz. No cabe duda que el derecho de visitar a sus hijos cumple con el propósito de que esas relaciones para con los hijos, de los padres que tienen restringida la patria potestad por estar privados de ella, continúen a través del régimen de visitas, la que puede ser extensiva a los familiares, incluidos terceros no parientes, siempre que el interés superior del Niño así lo justifique.

La limitada regulación que tenía el derecho de visitas por parte del Derecho Familiar Peruano, hace que sea apreciada como la que surge cuando se confía la tenencia de los hijos a uno de los progenitores, quien ejerce la patria potestad, siendo natural que el otro tenga el derecho de visitarlos. Al adjudicarse la tenencia de los hijos a uno de los padres, no supone "una sanción para el otro, ni constituye motivo de pérdida o supresión del derecho de patria potestad, ya que el problema de la

guarda ha debido resolverse forzosamente a favor de uno de ellos", como anota el maestro Guillermo Borda⁽⁸⁸⁾.

No estamos de acuerdo con esa interpretación, puesto que en realidad, el supuesto para establecer el derecho de visitas, supone que uno de los progenitores esté privado del derecho a la patria potestad -aunque no se trate de la pérdida o supresión a la que se refiere el maestro Guillermo Borda-, pues en virtud de ello, se otorga su ejercicio al otro progenitor, quien ha de mantener la relación directa con los hijos que se le confían a su cuidado, pero tratándose de relaciones familiares, el Derecho de Familia permite que el otro pueda continuar con las relaciones personales con sus hijos, justamente a través del régimen de visitas. Ese esclarecimiento obliga a una regulación mayor de esta institución familiar, con la magnitud requerida.

Para el maestro Guillermo Borda, antes que un régimen que garantice el derecho de visitas se trataría más bien de la guarda de los hijos, la que no exigiría una "sanción" previa, entendida ésta como la privación del ejercicio de la patria potestad de uno de los cónyuges, como en el caso de que los cónyuges, que viven separados y sin que medie decisión judicial, tenga de hecho la guarda del menor e impida las visitas a sus hijos al otro cónyuge. Consideramos que en el caso de la guarda no se requiere que uno de los padres no ejerza la patria potestad, pues se trata de una institución de carácter temporal, cuya finalidad es brindar protección al niño o adolescente que se encuentre en estado de abandono, la misma que está a cargo de un guardador⁽⁸⁹⁾, como estuvo previstas en el Código de los Niños y Adolescentes, derogado, por lo que no sería aplicable este caso, con la regulación de dicho cuerpo legal vigente.

⁸⁸ BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires. Citado por Plácido V. Alex. Obra citada.

⁸⁹ Exposición de Motivos del Código de los Niños y Adolescentes, ya citado, página 29. En ella, la Comisión Técnica se pronuncia sobre la naturaleza de la guarda, la que fuera derogada en el Código actual.

Por lo anotado, se puede colegir que el tratamiento del derecho de visitar a los hijos no tuvo en el Código Civil, peruano, el sustento jurídico que requería, salvo la norma ya comentada y la jurisprudencia que sobre ella, pronunciaron los órganos jurisdiccionales, lo que ameritaba desarrollar ampliamente su tratamiento legislativo, lo que ha sido superado con crece al ser incorporada como institución de familia, en el Código de los Niños y Adolescentes.

El Código de los Niños y Adolescentes y el régimen de visitas

En el Código de los Niños y Adolescentes vigente, se regula el derecho de visitas⁽⁹⁰⁾, precisando que los padres que no ejerzan la patria potestad, por causales previstas en la ley civil con declaración judicial firme, tienen derecho a solicitar se les establezca un régimen para visitar a sus hijos. Ello significa que cualquiera de los padres que esté inmerso dentro de las Restricciones de la Patria Potestad, y por esa razón no pueda ejercerla, está autorizado para que el órgano jurisdiccional disponga lo conveniente a fin de mantener las relaciones personales con sus hijos.

Establecer un régimen de visitas requerirá la necesidad de que la relación paterno-filial permita la vinculación directa y personal entre los padres e hijos. Por eso la norma exige como condición previa para establecerlo, que los padres acrediten de manera indubitable, el cumplimiento de la obligación alimentaria para con sus hijos, lo que constituye una garantía pues de esa manera, las relaciones personales se sustentarán en aquellos deberes-derechos que no desaparecerán, como el caso de la obligación alimentaria; en caso contrario, se deberá acreditar la imposibilidad material de poder cumplir con pasar una pensión de alimentos, como lo prevé la disposición legal.

⁹⁰ Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por la Ley N° 27337. Artículo 88 y siguientes.

A ellos hay que sumar con requisitos, el propio interés del menor que no vive con su padre y considerar su opinión de acuerdo a su discernimiento atendiendo a su edad y madurez.

Es de mencionar que también están previstos otras situaciones que pudieran presentarse en lo que a la situación familiar del menor se refiere para establecer el derecho de visitas. Uno de ellos es el caso de que alguno de los progenitores hubiera fallecido, con lo que se pone fin no solo a la personalidad según lo normado por el artículo 61° del Código Civil sino también a la patria potestad, por ser una causal de extinción de la misma conforme al inciso a) del artículo 77° del código de los Niños y Adolescentes. Otro es el que se desconozca la ubicación de uno de ellos, con lo que estaríamos ante la Ausencia prevista en el artículo 47° del Código Civil, por no hallarse "en el lugar de su domicilio y se carece de noticias sobre su paradero". También si se encontrase fuera de lugar de la residencia habitual del niño o adolescente, entendida como la dirección domiciliaria aplicando las reglas del artículo 33° y siguientes del Código sustantivo.

En tales casos, ante la inexistencia del titular del derecho de visitas, y atendiendo a que éste no le corresponde en forma exclusiva y excluyente, cuando tiene mayor envergadura otras relaciones familiares vinculadas directamente con los hijos menores de edad, se ha incorporando la norma por la cual, el régimen de visitas podrá ser solicitado por los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad del padre que estuviera inmerso en los casos indicados precedentemente y no solo los ascendientes.

Para establecer el régimen de visitas, una vez más se considera a la autonomía privada familiar, permitiendo que los padres, haciendo uso de las facultades que el sistema jurídico les reconoce, puedan acordarlo, el que será respetado en lo posible por el órgano jurisdiccional, cuya intervención en tal caso sería en supletoria, al ratificar la decisión de los progenitores. De no ser así, dispondrá lo más conveniente, siempre y en todos los casos, adecuándolo al interés superior del niño.

El régimen de visitas comprenderá los días y horas en los que el interesado podrá visitar a su hijo; generalmente se acepta que puedan ser los días Sábados y/o Domingos, para no interferir con los estudios del menor o su propio esparcimiento al lado de su progenitor, salvo que pueda establecerse durante cualquier día de la semana, precisándose el horario de permanencia con el padre favorecido con dicha régimen, retirándolo del hogar durante las horas que sean establecidas, para permitir un ambiente de privacidad. También podrá ampliarse dicho régimen a un tiempo mayor, respondiendo siempre al interés del menor, para el caso del período vacacional u otro de similar características, para que el padre mantenga una relativa permanencia en su relación personal con su hijo.

En todos los casos, culminado el plazo diario u horario o vacacional, de ser el caso, se obliga a retornar al hogar del menor, dejándolo como corresponde bajo la Tenencia del otro cónyuge.

Definido el régimen de visitas, si las circunstancias lo ameritan y en resguardo del bienestar emocional y psíquico del menor, el órgano jurisdiccional que lo dictó, podrá variarlo, en la forma que garantice que el derecho de visitas sea efectivo.

Si el interés del niño o del adolescente lo justifica y habiéndose ya decretado un régimen de visitas, siempre por el órgano jurisdiccional, se le autoriza por norma expresa, para que pueda ampliarlo a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad, conservándose de ese modo las relaciones familiares con los parientes, frente a los cuales, los menores no tienen por qué verse limitados a mantenerlas.

Importante es la previsión por la que se extiende el derecho de visitas a los terceros no parientes. Esta novísima norma, varía el concepto del derecho de familia, en lo que respecta al derecho de visitas, pues éste se asume únicamente para con aquellos con los que mantienen vínculos familiares, sea por lazos de consanguinidad o afinidad. Pero tratándose de los niños y adolescentes e invocando legítimo interés moral, dentro del orden público familiar, el derecho de visitas no podría excluir a los

terceros no parientes, si se hace necesario que se mantenga con ellos relaciones personales.

De tal suerte, que si asumimos esa postura como válida y en correspondencia con el interés superior del niño, se podría admitir que los terceros no parientes, como los padrinos de bautizo u otro de similar condición, peticionen al órgano jurisdiccional, de no existir padre o en los casos de excepción analizados, y sin que previamente se haya fijado dicho régimen, que en vía de extensión, se les autorice al derecho a visitar a los niños y adolescentes. Será competente el mismo Juez de Familia para declararlo o no, a favor del tercero accionante.

Si cualquiera de los padres fuere impedido o limitado en su derecho de visitar a su hijo, podrá igualmente recurrir al mismo órgano jurisdiccional, para ejercitar su derecho de acción solicitando tutela jurisdiccional efectiva, interponiendo la demanda correspondiente, para lo cual se exige, como requisito de admisibilidad, que acompañe como prueba la partida de nacimiento del menor para acreditar su entroncamiento.

Para otorgar el régimen de visitas, se seguirán los siguientes criterios:

- a) Que el menor haya sido reconocido por el padre, la madre o quien solicite el régimen.
- b) Que se cumpla con la obligación alimentaria.
- c) En sentido contrario, acreditar la imposibilidad de cumplir con ella.
- d) La empatía del menor con la persona que solicite el régimen.
- e) El estado emocional del solicitante.
- f) Se tomará en cuenta el interés superior del Niño, en todos los casos.

Si el régimen de visitas establecido judicialmente, se incumple por alguna de las partes, dará lugar a los apremios de la ley; requiriéndose a la parte para que cumpla con el establecido; de producirse oposición y resistencia al cumplimiento de los mandatos judiciales, será factible la modificación del status fijado, previniéndose que la sanción a imponerse podrá originar la variación de la tenencia, situación que vincula el derecho de visitas con el de la tenencia.

Es de anotar que tanto el régimen de visitas como la Tenencia, son instituciones cuyos supuestos son diferentes, pues para el primero se exige que uno de los cónyuges no ejerza la patria potestad y para el segundo, la separación de hecho. La solicitud por la cual se demanda la variación del régimen de visitas fijado, se tramitará como una nueva acción ante el Juez que conoció el primer proceso.

El Sector público y el régimen de visitas.

Los poderes públicos, por mandato de la Convención sobre los derechos de los niños, están obligados a dictar medidas tendientes a favorecer a los niños y adolescentes, en todo aquello que los beneficie; por ello, el Poder Ejecutivo, a través del Sector de la Mujer y el Desarrollo Humano, el PROMUDEH⁽⁹¹⁾, ahora MIMDES, emitió algunos reglamentos con la finalidad de orientar los aspectos generales de atención de aquellos casos que involucrarán a los menores de edad, determinando las pautas que pudieran ser desarrolladas por las Defensorías del Niño y Adolescente, de acuerdo a los recursos que dispongan y los niveles de capacitación. Con ese propósito, el Defensor que interviene en tales asuntos debía actuar libre de todo perjuicio y de patrones estereotipados de comportamiento y cualquier otro, basado en conceptos de inferioridad o insubordinación del menor. Del mismo modo, deberá minimizar los riesgos y maximizar la seguridad de los niños y adolescentes, siempre en salvaguarda del principio del interés superior del Niño.

Ese procedimiento de intervención fue dividido en:

⁹¹ Resolución Ministerial N° 241-99-PROMUDEH.

1. Receptación: En el que toma conocimiento del caso mediante comunicación verbal o escrita a título personal o anónimo; el expediente es de uso exclusivo de la Defensoría del Niño y completamente confidencial, a tal extremo que las partes sólo tendrán acceso a los documentos que plasmen acuerdos y compromisos. Si alguna autoridad deseara tomar conocimiento del expediente, deberá requerirlo mediante escrito debidamente fundamentado.
2. Codificación: En esta etapa del proceso, el Defensor podrá utilizar cualquier tipo de mecanismo admisible tales como la entrevista con los niños y las partes, por separado, con la intervención de un especialista, cuando así se requiera.
3. La Verificación: De los hechos expuestos, se procederá a realizar visitas a los domicilios de las partes, colegios y centros de trabajo; podrá solicitar evaluaciones de profesionales especializados en los establecimientos de salud del Estado o cualquier Instituto registrado por el Ministerio Público, para la expedición de Certificados.

Esta calificación se realizará en un plazo que no excederá los siete días, a partir de recepcionada la información. De ese resultado, la Defensoría podrá derivar el proceso, promover la conciliación extra-judicial, adoptar las decisiones administrativas o formular las decisiones pertinentes; todo en un plazo que no excederá de 30 días calendarios contados a partir de la invitación a las partes, formulada por el Defensor, debiendo en la audiencia señalar las reglas mínimas de conducta a observarse, promoviendo el diálogo y presentado fórmulas conciliadoras, procediendo a elaborar el acta de conciliación, que contendrá el acuerdo conciliatorio, los derechos y deberes u obligaciones expresadas y exigibles; y en caso de que la Defensoría lo autorice, con arreglo a la normatividad específica, el Acta tendría naturaleza de título de ejecución.

2.7. LOS ALIMENTOS

Los alimentos constituyen un deber impuesto por el ordenamiento jurídico a una persona para que atienda las necesidades de subsistencia de otra. Comprenderá por ende todo lo necesario para la manutención y educación, a fin de garantizar el derecho a la vida de los hijos.

La Constitución Política del Estado, de 1979, prescribía en su artículo 6° que "es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a los hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a los padres"- Con ella, se consagraba a nivel constitucional el derecho alimentario, en tanto que la carta constitucional de 1993, lo omitió, atendiendo a una orientación liberal, en el entendido que dicho derecho estaba restringido a una norma legal ordinaria.

El Código Civil y los alimentos

Nuestro ordenamiento jurídico, como no podía ser de otro modo, incorporó en los textos civiles, a los alimentos. Así, el Código Civil de 1852, no los reguló en forma autónoma, refiriéndose a ellos, en el inciso 3° del artículo 244°, por el cual, los padres están obligados a prestar alimentos a toda clase de hijos concordante con el artículo 247°, 248°, 250°, 251° y siguientes.

El Código Civil de 1936, no modificó esa misma orientación, por lo que en su inciso 1° del artículo 398°, señaló como deberes y derechos de los que ejercen la patria potestad, Alimentar y educar a los hijos.

El Código Civil de 1984 instituyó el Amparo Familiar, definiendo a los alimentos en el artículo 472°.

"Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia.

Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacidad para el trabajo".

De ello podemos desprender, que la noción de los alimentos está determinada por la condición de que sea necesario e indispensable para quien lo requiera, lo que se conoce como alimentos congruos, pudiendo restringirse a lo estrictamente requerido, considerándolos como los alimentos necesarios, o ampliando su cobertura a aquellas actividades como la educación o la capacitación para el trabajo, que se presenta en el caso de que se trate de los hijos menores de edad; ésta última modalidades, como se apreciará, es la que corresponde al concepto de los alimentos previsto en la norma del Código Civil citado.

El Código de los Niños y Adolescentes y los alimentos

El Código de los Niños y Adolescentes, define a los alimentos, en forma más amplia que el Código Civil, haciéndolo más acorde a la realidad jurídica, precisando que son tales, lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente. También se considera alimentos, los gastos de embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto⁽⁹²⁾.

Las modificaciones introducidas en los alimentos, hace necesario una adecuada concordancia en la regulación de esta institución del Derecho de Familia peruano, para superar eventuales conflictos normativos, pues la definición del Código de los Niños y Adolescentes supera largamente los vacíos de la codificación civil; en efecto, desde el punto de vista jurídico existe un consenso en el sentido que los alimentos constituyen lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, tal como está previsto en el artículo 472° del Código Civil, que vienen a ser los alimentos congruos, habiéndose eliminado la frase de "la situación y posibilidades de la familia", cuya derogación es tácita, ya que al margen de ella, el

⁹² Código de los Niños y Adolescentes. Artículos 92 y siguientes.

derecho alimentario es consustancial al derecho a la vida, y su otorgamiento será determinado en función de las posibilidades del obligado y las necesidades del que los requiere.

Además ya no se toma en cuenta las modalidades de los alimentos, sean esenciales o atendiendo a la condición del menor de edad, ya que han sido asumidos ambos aspectos que lo comprenden tanto la educación, como garantía para su desarrollo personal; la instrucción y capacitación para el trabajo a fin de dotarlos de instrumentos para la defensa en su vida profesional o técnica, y en especial, la recreación del niño o adolescente que recoge la aspiración de la Convención sobre los derechos de los niños, por ser un derecho inherente a su propia naturaleza, tal como está previsto en su artículo 31, numeral 1., por el cual, "Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y al esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes", por lo que el juego y la recreación le son consustanciales a los menores de edad, y como tal, forma parte de los alimentos.

Dado que el contenido de los alimentos tiene una mayor profundidad jurídica para los niños y adolescentes, en relación a lo normado en el Código Civil, el ámbito de los alimentos previsto en el primer párrafo del artículo 472°, debe mantenerse por cuanto se refiere a los mayores de edad, modificándose su párrafo segundo, no sólo porque está dirigido a los menores de edad, comprendidos en la normatividad especial del Código de los Niños y Adolescentes sino porque la normatividad de los alimentos tiene un mayor alcance, por lo que deberá remitirse el texto del Código Civil a aquel cuerpo de leyes.

En ello no sólo radica la diferencia del tratamiento de los alimentos entre ambas normas sustantivas sino también en lo que respecta a "los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto", considerados igualmente dentro del derecho alimentario. Sobre este particular conviene precisar que el Código Civil en su artículo 414°, contemplaba, -en relación a su artículo 402°

que consignaba los casos por los que la paternidad extramatrimonial podía ser declarada judicialmente como cuando el padre reconocía a su hijo-, que la madre no casada, era la única que tenía derechos a alimentos "durante los sesenta días anteriores y los sesenta días posteriores al parto, considerando igualmente los gastos ocasionados por éste y por el embarazo". El plazo de los 60 días limitaba el concepto de alimentos pues atendía únicamente al estado de embarazo de la mujer que, conforme a la definición del Código de los Niños y Adolescentes, se invierte para comprender con la amplitud de su concepto, tanto los alimentos propiamente dichos como los gastos de embarazo, y además el propio derecho de la madre, en función del interés del menor concebido.

Por eso el derecho alimentario se extiende desde la concepción hasta después del parto, por lo que los alimentos que percibe la madre también los percibirá el concebido. En cuanto al plazo, no compartimos el criterio de que "debe mantenerse la previsión de alimentos durante los sesenta días posteriores al parto, fundamentado en el puerperio" como afirma Alex Plácido⁽⁹³⁾ en tanto que existe norma especial, regulada por el Derecho al Trabajo, que consagra el derecho al descanso por maternidad -pre y post- hasta por 90 días, plazo que puede acumularse, previa autorización del galeno, siempre que no afecte la salud del concebido, siendo que el descanso pre y postnatal será de 90 días sin que ese límite máximo pueda ser superado, lo que significa que pueden ser 10 días de descanso prenatal y 80 de postnatal, por lo que el plazo a ser fijado será el que favorece a la madre; sólo en defecto de que el plazo postnatal acumulado no fuera mayor, se estará a la previsión de los 60 días.

En cuanto a los gastos de embarazo, este comprenderá los requeridos desde la concepción hasta los gastos de cualquiera forma de parto, sea normal, cesárea u otro de naturaleza quirúrgica incluyendo los demás, como consultas, tratamiento por complicación de parto, entre otros, como los gastos propios del puerperio.

⁹³ PLÁCIDO V., Alex. Obra citada. Página 100.

Cabe sin embargo hacer una disquisición. Al tratar los alimentos de la madre, como gastos del embarazo desde la concepción hasta la etapa de postparto, ellos son independientes de los alimentos que le corresponderán al concebido, pues en su definición se entienden como lo necesario para el niño y adolescente.

Conforme al artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, niño es el ser humano desde la concepción hasta cumplir los 12 años de edad; por tanto, el niño y el concebido, aunque categorías distintas son sujetos de derechos, por lo que el concebido es pasible de ser titular del derecho alimentario o sea, aquellos indispensable para su normal desarrollo y evolución dentro del vientre de la madre, los que serán gozados a través de su representante directa, la madre. De allí, que la connotación de los alimentos referidos a la madre, en la etapa de la gestación, corresponde igualmente a su hijo concebido, y en esa situación, el derecho alimentario comprenderá tanto los alimentos para la madre no casada; también a la madre casada, por la obligación alimentaria que se deben ambos cónyuges recíprocamente, que en la medida de sus posibilidades, contribuirán a la satisfacción de sus necesidades, obligación que rige durante el matrimonio, exista o no convivencia entre ellos; para el concebido, que por ser un sujeto de derechos, tiene el derecho a los alimentos; y finalmente los gastos de embarazo, conceptuados como alimentos.

Es por ello, que la titular del derecho, la madre soltera o la casada, y como representantes del concebido, están autorizadas para iniciar acción judicial antes del nacimiento del hijo y podrán dirigirla contra el padre o sus herederos si es casada, o contra el presunto padre si no lo es, aplicándose la regla de los hijos alimentistas, previsto en el artículo 415 ° del Código sustantivo.

No solamente en dichos extremos radican las diferencias sino también en lo que a los obligados del derecho alimentario se refiere. El Código Civil en su artículo 475° prescribe que "los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente:

1. Por el cónyuge.
2. Por los descendientes.
3. Por los ascendientes.
4. Por los hermanos".

En cambio, el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 93° refiere que es obligación de los padres alimentar a sus hijos. Por ausencia de ellos, o desconociendo su paradero, siempre bajo la regla del artículo 47° del Código Civil, prestarán alimentos en el orden de prelación siguiente:

1. Los hermanos mayores de edad, esto es los mayores de 18 años, salvo excepción legal.
2. Los abuelos, o sea los ascendientes directos.
3. Los parientes colaterales hasta el tercer grado. Y,
4. Otros responsables del niño o del adolescente, como los tutores.

En este rubro, igualmente existe una previsión sobre el alcance de los obligados, con efectos distintos; ello significa que el Código Civil regula el derecho alimentario sobre un ámbito que no es el que le corresponde al Código de los Niños y Adolescentes, pues el primero es aplicable a las relaciones familiares entre adultos, por lo cuando sean dos o más obligados, el orden será el de los cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos, mientras que el segundo está dirigido a indicar una prelación los niños y adolescentes por lo que su orden está dirigido a garantizar la prestación de los alimentos, por lo que en tal sentido dicha prelación no es incompatible.

En torno a la obligación alimentaria, se ha precisado que ella subsiste aún en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad.

Si fueran varios los obligados, el derecho alimentario podrá ser prorrateada entre ellos, estando el Juez facultado si así lo estima conveniente, a prorratear la obligación alimentaria, cuando se hallen materialmente le es imposible hacerlo en forma individual. En tal caso, el prorrateo podrá ser acordado mediante la conciliación, la que se pondrá de conocimiento del órgano jurisdiccional para su aprobación. La acción de prorrateo también puede ser intentada por los acreedores alimentario, siempre que el pago de la pensión de alimentos devenga inejecutable.

Elemento relevante es el de la competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer los procesos de alimentos. Se ha establecido que los Jueces de paz serán competentes para pronunciarse si el vínculo familiar está acreditado con prueba indubitable, así como del cónyuge obligado y de los hermanos mayores de edad, si lo solicitan conjuntamente con aquellos. En forma excepcional se admite que si el adolescente cumpliera la mayoría de edad, y este en trámite el proceso de alimentos, continuará conociendo del mismo, hasta su conclusión. En caso contrario, si no estuviera acreditado el entroncamiento familiar, será el Juez de Familia, el competente para conocer dichos procesos.

2.8. TUTELA Y CONSEJO DE FAMILIA

El primer Código de los Niños y Adolescentes aprobado por el D. L. 26102, derogado, consideró a la Tutela y la Guarda en forma separada del Consejo de Familia, en tanto instituciones propias del Derecho de Familia. El nuevo Código de los Niños y Adolescentes, las ha reunido en un solo Capítulo⁽⁹⁴⁾, por lo que ahora aparecen conjuntamente, aunque su tratamiento se dará en forma separada, remitiéndose a lo normado por el Código Civil para cada una de ellas con las precisiones del primero, pero sin considerar la figura de la Guarda, por haber sido eliminada.

⁹⁴ Código de los Niños y Adolescentes. Aprobado por la Ley N° 27337. Artículo 98 y siguientes. En uno o en otro caso, su contenido normativo fue remitido al Código Civil.

El Código Civil de 1852, bajo la denominación de guardador, en el artículo 306° y siguientes, refiere que al menor y al mayor incapaz, que no estén bajo la patria potestad, se les nombrará guardador, que cuide de su persona y administre sus bienes. Igualmente, en el artículo 361 y siguientes, se refiere al Consejo de Familia, el que habrá para vigilar sobre la persona e intereses del menor que no tenga padre ni madre.

Por su parte, el artículo 474° del Código Civil de 1936, prescribe que el menor que no esté bajo la patria potestad, se le nombrará tutor, haciendo una distinción notable con el Código anterior, al omitir al guardador para reemplazarlo por el tutor e incorporando la figura de la Curatela.

En cuanto al Consejo de Familia, ha sido recogido en el artículo 615°, indicando que habrá Consejo de Familia para velar sobre la persona e intereses de los menores y de los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre.

El Código de los Niños y Adolescentes, desde un punto de vista social, por tratarse de instituciones tutelares, se ha referido a la Tutela y del Consejo de Familia, en el artículo 98° y siguientes, remitiéndose expresamente a la normativa del Código Civil, a fin de aplicar su articulado, con las regulaciones propias de aquel, lo que amerita igualmente una concordancia normativa.

LA TUTELA

La tutela es la institución del derecho de familia que está formada por un conjunto de derechos y obligaciones, que la ley confiere a un tercero para que cuide de la persona y bienes de un menor de edad que no se encuentra sujeto a la patria potestad.

Sobre los antecedentes de la tutela, tenemos diversas etapas de su evolución:.

Derecho antiguo. En Grecia aparece la tutela familiar y después el órgano de protección a los pupilos; en Roma se llamó protección personal y de gestión

patrimonial de los bienes de menores impúberes y de mujeres sujetas a tutela cualquiera fuese su edad.

Derecho medieval. Hay una falta de precisión en el significado y alcances de la tutela ya que se confundía con la curatela.

Derecho moderno. En esta etapa, el tutor sustituye y representa al pupilo; surgiendo igualmente varios sistemas:

Sistema Latino.- En el cual la tutela se encarga a la familia como el caso italiano, francés.

Sistema Germano.- La comprende como una institución pública encargada principalmente a cuerpos administrativos o judiciales, en el que la autoridad tiene un papel preponderante como en Alemania, Austria, Suecia.

Sistema Mixto.- Predomina el matiz familiar y la intervención de la autoridad judicial como en Méjico, Chile, Argentina y Perú.

Fundamento de esta institución

El fundamento de la tutela, responde a la idea protectora y defensiva de la persona y de los intereses materiales y morales del incapaz menor de edad, en cuyo beneficio se dictan las normas respectivas, pues, a él le son debidas como consecuencia del derecho que le asiste a tal amparo social derivadas de su situación.

Caracteres jurídicos

Entre sus principales caracteres jurídicos, asumidos por nuestra legislación civil, se encuentran:

- a) Es una institución supletoria de la patria potestad
- b) Cumple una Función representativa del menor.

- c) Es Personalísima e intransferible.
- d) Debe ser Remunerada.

Clases de Tutela.

Entre ellas se mencionan:

Tutela testamentaria.

Tutela Legítima.

Tutela Dativa.

Tutela Estatal.

Tutela Oficiosa.

Condiciones necesarias para asumir la Tutela.

Se han establecido algunas consideraciones para que se pueda asumir la Tutela, tales como:

- 1) El tutor se encuentre en pleno ejercicio de su capacidad civil.
- 2) El designado ofrezca un mínimo de condiciones de moralidad y rectitud.
- 3) Dicha persona no debe tener enemistad, intereses encontrados ni otros semejantes que sean perjudiciales a los derechos e intereses del menor tutelado.

Impedimentos

Algunas personas no reúnen las condiciones requeridas, por lo que están impedidas de asumir y ejercer cargo; entre ellas, se indican:

- 1) Los menores de edad; si fueran nombrados por testamento o por escritura pública, ejercerán el cargo solo a partir de que alcancen su mayoría de edad.

- 2) Los sujetos a curatela, como los sordomudos, ciego sordos y ciego mudos que no supieran expresar su voluntad de modo indubitable. También los malos gestores, los pródigos, los ebrios habituales y toxicómanos.
- 3) Los deudores o acreedores del menor por cantidades considerables, ni los fiadores de los primeros a no ser que los padres los hubiesen nombrado sabiendo esta circunstancia.
- 4) Los que tengan interés contrario al menor en un pleito propio o de sus ascendentes, descendientes o cónyuges, a menos que con conocimiento de ello, hubiesen sido nombrados por los padres.
- 5) Los enemigos del menor o de sus ascendentes o hermanos, caso en el cual, también es justificable la prohibición.
- 6) Los excluidos expresamente de la tutela por el padre o por la madre.
- 7) Los quebrados o quienes están sujetos a un procedimiento de quiebra.
- 8) Los condenados por homicidios, lesiones dolosas, aborto, exposición o abandono de personas en peligro, supresión o alteración del estado civil o por delito contra el patrimonio o contra las buenas costumbres.
- 9) Las personas de notoria mala conducta o que no tuviesen manera de vivir conocida.
- 10) Los que fueron destituidos de la patria potestad.
- 11) Los que fueron removidos de otra tutela.

Excusa de los Tutores

Podrán excusarse para no asumir la tutela, en los siguientes casos:

- a) Por causales derivadas de limitaciones de aptitud de llamado o designado.

- b) Por causales derivadas de obstáculos materiales para el ejercicio el cargo.
- c) Por causales derivadas de haber cumplido o estar cumpliendo funciones iguales o semejantes.
- d) Por causales derivadas de la vinculación con el menor.

Ejercicio de la Tutela

Son requisitos previos para el ejercicio de la tutela.

La facción de inventario judicial de los bienes del menor; con intervención de este si tiene dieciséis años cumplidos. Hasta que se realice esta diligencia, los bienes quedan en depósito.

La constitución de garantía hipotecaria o prendaria; o de fianza si le es imposible al tutor dar alguna de aquéllas, para asegurar la responsabilidad de su gestión. Tratándose del tutor legítimo, se estará a lo dispuesto en el artículo 426.

El discernimiento del cargo. El tutor en el discernimiento del cargo está obligado a prometer que guardará fielmente la persona y bienes del menor, así como declarar si es su acreedor y el monto de su crédito bajo sanción de perderlo o si es deudor o fiador del deudor.

Se requiere la inscripción registral de dicho acto.

Atribuciones de carácter patrimonial.

Entre ellas se tienen:

Depósitos de valores.

Colocaciones de dinero.

Retiro de valores y dinero.

Inversión del dinero del menor.

Responsabilidad del tutor por los intereses legales.

Deberes y derechos del autor.

Representación del menor bajo tutela.

Administración diligente.

Autorización para disponer de los bienes del menor.

Practicar los actos indicados en el artículo 448 del Código Civil.

Hacer gastos extraordinarios en los precios.

Pagar deudas del menor, a menos que sean de pequeña cuantía.

Permitir al menor capaz de discernimiento, dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio, dentro de los alcances señalados en el artículo 457 del Código Civil.

Celebrar contrato de locación de servicios.

Celebrar contratos de seguro de vida o de renta vitalicia a un título oneroso.

Todo acto en el que tenga interés el cónyuge del tutor, cualquiera de sus parientes o alguno de sus socios.

Regulación de la Tutela

Como se tiene anotado, la Tutela como institución supletoria de amparo se regula por las disposiciones del Código Civil de su artículo 502° y siguientes; sin embargo, el artículo 98° del Código de los Niños y Adolescentes prescribe que los derechos y deberes del tutor están previstos en él y en la legislación civil.

Los sujetos de la Tutela, son el tutor y el pupilo; si bien el Código Civil en su artículo 530° señala que le menor que ha cumplido catorce años y cualquier interesado puede recurrir al juez contra los actos del tutor y el artículo 557° en igual sentido ratifica que el menor que ha cumplido la edad de catorce años puede pedir al juez la remoción de su tutor, obliga en ambos casos a remitirnos al texto del artículo 99° del Código de los Niños y Adolescentes: "El adolescente puede recurrir ante el juez contra los actos de su tutor , así como pedir la remoción del mismo".

El adolescente cuya edad fluctúa entre los 12 años y 18 años de edad, conforme al Código de los Niños y Adolescentes, puede recurrir tanto contra los actos del tutor como solicitar su remoción; siendo así deviene inaplicable los 14 años como edad mínima prevista en el Código Civil, para accionar contra el tutor bien sea por sus actos lesivos al menor como para petitionar la remoción de su cargo, estando habilitado el menor de 12 años, por ser ya adolescente para hacerlo. En ese mismo sentido, debe estarse a la edad de 12 años y ya no de 14 años, lo normado en el artículo 542° del Código Civil, que regula el procedimiento para la rendición de cuentas, la que se hará en audiencia y con la presencia del menor del 12 años, quedando sin efecto el requisito de que el menor tenga 14 años de edad. Por eso, desde una perspectiva de reforma legislativa, deviene innecesaria las normas de los artículos 530° y 557°, por lo que deberían ser derogados, en prevalencia de la norma del Código de los Niños y Adolescentes.

Sobre el Juez competente en materia de tutela, una vez más se requiere la concordancia necesaria entre el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes; éste último prevé en el artículo 100° que "el juez especializado es competente para nombrar tutor y es el responsable de supervisar periódicamente el cumplimiento de su labor". Si ello es así, todas las referencias al juez, previstas en el articulado del Código Civil, deberían estar referidas justamente al Juez de Familia.

Entre los diversos casos, tenemos al artículo 506°, inciso 2 sobre la preferencia que la decide el **juez** oyendo al consejo de familia, el artículo 507° sobre

la tutela que no tiene lugar respecto de los hijos extramatrimoniales si no la confirma el **juez**; el artículo 508° en torno a la tutela dativa, cuando el consejo de familia se reúna por orden del **juez**; el artículo 512° referido a la petición del discernimiento del cargo por el tutor y si no lo hace, lo ordena el **juez**; el artículo 514° a falta de nombramiento de tutor, se dictarán las providencias necesarias por el **juez**; el artículo 543° para modificar la periodicidad de la rendición de cuentas por el **juez**; el artículo 555° que dispone la suspensión provisional del tutor por el **juez**; el artículo 560° que obliga al **juez** si conoce algún perjuicio convocar al consejo de familia; el artículo 563° que se refiere a la tutela oficiosa, permite que el **juez** regularice la tutela; en todos estos supuestos, la referencia al juez debe estar al juez especializado en Familia, con arreglo a lo dispuesto por el Código de los Niños y Adolescentes, así como remitirse a éste cuando el artículo 511° hace referencia al Código de Menores cuando menciona la tutela de menores en situación irregular, moral o materialmente abandonas o en peligro moral, ya que dicho Código fue derogado por la Primera Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes aprobado por el D. S. 26102.

EL CONSEJO DE FAMILIA

Es una institución supletoria del amparo siendo el órgano encargado de velar por la persona y bienes del menor. El artículo 619° del Código Civil señala que habrá consejo de familia para velar por la persona e intereses de los menores y también de aquellos incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre. Igualmente se formará consejo de familia, aunque viva el padre o la madre en los casos señalados por el Código Civil.

Conforme al artículo 101° del Código de los Niños y Adolescentes, el consejo de familia velará por la persona e intereses del niño o del adolescentes. que no tenga padre ni madre o que se encuentre incapacitado conforme lo dispone el artículo 619° del Código Civil. Por tanto, existe una expresa remisión sobre la regulación de esta

institución al Código Civil, con las precisiones introducidas por el Código de los Niños y Adolescentes.

El procedimiento de formación del consejo de familia, de acuerdo al artículo 103° del Código de los Niños y Adolescentes se rige por el artículo 634 del Código Civil. A este efecto, la persona que lo solicita, debe precisar los nombres de quienes deben formarlo, y el juez de Familia ordenará publicarla con los nombres, sea por periódico o por carteles. Dentro de los diez días siguientes, cualquier interesado puede observar la inclusión o exclusión indebida, lo que será resuelto por el juez en el plazo de 5 días, lo que no impide que inicie o prosiga con sus funciones, salvo disposición en contrario. Transcurrido el plazo, se procede a instalar formalmente el consejo de familia, dejando constancia en acta y sus miembros serán citados por esquila.

Por ello, el consejo de familia debe velar por la persona e intereses de los menores de edad que no tengan padre ni madre. El tutor legítimo de un menor, que ejerce la curatela sobre su padre o madre, no se halla sujeto a él sino en los casos en que lo estarían los padres. Tanto el juez de familia o de paz, pueden decretar de oficio la formación del consejo de familia o a pedido del Ministerio Público o de cualquier persona que tenga legítimo interés.

El consejo de familia está compuesto por las personas que sean designados por testamento o en escritura pública, por el último de los padres que tuvo al hijo bajo su patria potestad; y, en su defecto, las designadas por el último de los abuelos o abuelas que hubiera tenido al menor bajo su tutela; si no lo hubieran sido, lo formarán los abuelos y abuelas, tíos y tías, hermanos y hermanas del menor.

Si en el lugar ni dentro de los 50 kilómetros donde debe formarse el Consejo no hay 4 miembros natos, el juez de familia o el de paz, lo completará con los demás parientes consanguíneos, teniendo preferencia el más próximo sobre el más remoto, y el de mayor edad cuando sean de igual grado, extensivo a los sobrinos y primos hermanos. Si no existe el número necesario, no se formara el consejo de familia,

asumiendo sus atribuciones el juez de familia, oyendo a los miembros natos que hubiere, no pudiendo obligarse a ser miembros del consejo a las personas que residen fuera de los 50 kilómetros del lugar, salvo si aceptan el cargo, debiendo ser citados por el juez de familia, si habiten dentro de su jurisdicción.

Así mismo, tiene impedimento para ser miembros del consejo de familia:

- 1.- El tutor y el curador.
- 2.- Los que están impedidos para ser tutores o curadores.
- 3.- Las personas a quienes el padre o la madre, el abuelo o la abuela hubiesen excluido de este cargo en su testamento o por escritura pública.
- 4.- Los hijos de la persona que por abuso de la patria potestad de lugar a su formación.
- 5.- Los padres, en caso que el consejo se forme en vida de ellos, salvo lo dispuesto en el artículo 624° del Código Civil.

Es de resaltar que existe otra discordancia entre el artículo 646° del Código Civil con el artículo 102° del Código de los Niños y Adolescentes, pues el primero señala que "el sujeto a tutela que sea mayor de catorce años puede asistir a las reuniones del consejo, con voz pero sin voto" mientras que el segundo precisa que "el adolescente participará en las reuniones del consejo de familia con derecho a voz y voto. El niño será escuchado con las restricciones propias de su edad".

De tal suerte, que ya no sería restrictivo para el menor de 14 años sujeto a tutela participar en el consejo de familia, como lo exige el Código Civil pues se garantiza al adolescente a partir de los 12 años su intervención con derecho a voz y voto en tanto que al niño, menor de 12 años, le permite ser escuchado con las restricciones propias de su edad, de conformidad con el Código de los Niños y Adolescentes, por lo que una reforma legislativa debe derogar la norma del artículo 646° del Código Civil.

La competencia del juez en materia del consejo de familia requerirá otra vez una adecuada concordancia entre ambos Códigos; ello debido a que con arreglo al Código de los Niños y Adolescentes, el Juez de Familia tiene competencia en asuntos referidos al consejo de familia, por lo que la referencia al **juez de menores** o juez, en el articulado del Código Civil debe entenderse hecha al juez de familia. Así deberá ser en los casos de los artículos 621°, 622°, 626°, 627°, 629°, 630°, 634°, 635°, 639°, 640°, 641°, 642°, 643°, 649°, 650°, 656° y 659°, máxime que la referencia en algunos de ellos al juez de menores, se hace en alusión directa al Código de Menores que fuera derogado por la Primera Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes aprobado por el D. S. 26102.

De otro lado, cuando el Código Civil en los artículos 648°, 653°, 654° y 655° hace mención al **juez de primera instancia**, igualmente hay que entender que esta hecha al juez de familia.

Colofón. Hace bien el Código de los Niños y Adolescentes, en regular de manera conjunta las instituciones supletorias del amparo, remitiéndose al Libro de Familia, Título II. Sección Cuarta, del Código Civil, cuyos Capítulos Primero y Tercero regulan la Tutela y el Consejo de Familia, respectivamente. En el Anteproyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil se ha propuesto modificar las figuras de la Tutela y la Curatela, fusionando su regulación bajo la denominación de Tutela, que es definida como la "institución de guarda para menores de 18 años que no estén bajo la patria potestad y para mayores de 18 años privados de discernimiento" mientras que elimina la figura del Consejo de Familia, reemplazándola por un régimen de asistencia para los sujetos con capacidad de ejercicio restringida que comprende a aquellos nominados en el artículo 44° del Código Civil.

No está demás señalar nuestra coincidencia con la acertada opinión de Juan Espinoza Espinoza sobre el aspecto anotado, referido a que dichas instituciones

supletorias del Amparo, cuyos cambios asumen "tintes de movimiento telúrico"⁽⁹⁵⁾, requiere de una reforma legislativa.

2.9. COLOCACIÓN FAMILIAR.

Una de las instituciones que no está prevista en el Código Civil, es la Colocación Familiar, mediante la cual un niño o adolescente es acogido por una persona, familia o institución que se hace responsable de él transitoriamente. Esta medida puede ser dispuesta por la instancia administrativa o judicial y puede ser remunerada o gratuita.

Su objeto es suministrar al menor que la necesita, de una familia apropiada con la finalidad de cubrir carencias afectivas y pedagógicas o ponerlo a cubierto de riesgos materiales o morales evidentes. El Código no se refiere solamente a una familia sino también a una persona o institución que se hará responsable del menor en forma transitoria. La familia es el lugar más apropiado para los efectos del desarrollo integral del niño o adolescente; y en consecuencia, la colocación familiar debe producirse preferentemente en el seno de una familia

Esta institución permite distintas variantes, tales como:

- 1.- Colocación familiar en custodia.
- 2.- Colocación familiar en guarda.
- 3.- Colocación familiar remunerada.
- 4.- Colocación familiar vigilada.

⁹⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Reformas al Código Civil en el Libro de Familia. Normas Legales. 2000.

5.- Hogar de adopción.

6.- Colocación en hogar sustituto.

Si bien el Código de los Niños y Adolescentes, derogado, considero a la Guarda como un nivel de colocación familiar, de carácter totalmente transitorio, no ha sido recogida por el vigente. Sin embargo, conviene indicar que la expresión "guarda" significa en la legislación clásica hispana, tanto las prerrogativas del padre con respecto a la educación y tenencia de su hijo menor, como la situación del tutor en sus facultades respecto a su pupilo. En el Derecho Positivo contemporáneo tiende a sustituirse dicho concepto, empleándose la expresión para referirse a una relación entre un adulto y un menor, que le ha sido referida por la autoridad tutelar.

En el proceso de adopciones la colocación familiar se aplica como una medida de aclimatación y de protección al niño o adolescente, cuando el lugar donde vive pone en peligro su integridad física o mental. En ése último supuesto, la medida es dispuesta por el PROMUDEH o institución autorizada.

Criterios para la colocación familiar

El PROMUDEH, hoy MINDES, o instituciones autorizadas podrán adoptar la colocación considerando el grado de parentesco y la relación de afinidad o afectividad con la persona, la familia o institución que pretende asumir su cuidado, prefiriendo a quienes se encuentran en su entorno local.

Residencia de la familia sustituta

Solo procederá la Colocación Familiar en familias residentes en el Perú, salvo en los casos de procedimientos administrativos de adopción, con previa declaración del estado de abandono.

Remoción de la medida de colocación familiar

Se establece que el menor que se encuentre en esta situación, podrá solicitar la remoción de la medida de Colocación Familiar, por ante la misma autoridad que la dispuso.

Selección, captación y supervisión de familias

El PROMUDEH, hoy MIMDES, o las instituciones autorizadas están facultadas para seleccionar, capacitar y supervisar a las personas, familias o instituciones que acogen a los niños o adolescentes en Colocación Familiar. Debe precisarse que si bien es de carácter transitoria, esta institución de familia debiera recaer en personas o familias idóneas, sin embargo de lo cual, también están consideradas las instituciones, lo que no desnaturaliza su figura.

2.10. AUTORIZACIÓN PARA EL VIAJE DE MENORES

Consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño como derecho político de los menores de edad, la libertad de tránsito ha sido reconocida por primera vez, en el propio Código de los Niños y Adolescentes⁽⁹⁶⁾. Y es que la libertad de reunión, como el de asociación y el de libre tránsito, fueron derechos y libertades que generalmente les fue atribuido a los adultos, desconociéndolos en todo sentido y forma, a los menores de edad.

Ahora, siendo una libertad ya reconocida y admitida, se plasma con las limitaciones fijadas por el Código de los Niños y Adolescentes. Para ese caso, serán los padres quienes deberán autorizar el viaje de sus hijos menores de edad, dentro o fuera del país. Si es dentro del país, se otorga la autorización por cualquiera de los padres pero si es fuera del país, se requiere la intervención de ambos.

En el primer caso subsiste la duda de si el menor que viaja dentro del país con uno de sus padres, requiere autorización notarial? Del padre con el que viaja o del otro? Se trata de un vacío o de una interpretación literal.

Si el viaje ha de producirse al interior del país, o si ambos padres no son habidos y si se trata del viaje fuera del país y existe disenso u oposición de uno

⁹⁶ Código de los Niños y Adolescentes. Aprobado por la Ley N° 27337. Artículos 111 y 112.

de los padres, en tales supuestos se requerirá en vía incidental, recabar la autorización judicial, previa opinión del Fiscal.

De lo expuesto, se advierte entonces que la vía para autorizar el viaje de menor, no pasa por la autorización judicial, sino que se cumple ante el funcionario público, el Notario Público, que extiende la autorización bajo las firmas legalizadas de sus padres, para dar cabal cumplimiento a la libertad de tránsito del menor de edad.

Solamente en el caso de oposición, el trámite asume entorno judicial y la resolución de autorización del viaje de menor se somete a la decisión del órgano jurisdiccional competente quien ha de dictar la resolución, bien aprobatoria o denegatoria. De ser positiva, es obvio que se garantiza la libertad de tránsito del menor, siempre con las limitaciones impuestas por el Código de los Niños y Adolescentes.

EN EL DERECHO DE PERSONAS.

3. LOS DERECHOS DE LA PERSONA.

El artículo 1° del Código Civil de 1984 indica: "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".

En la Convención sobre los Derechos del Niño, se define al niño como todo ser humano menor de 18 años de edad, considerándolo tal a partir de su nacimiento⁽⁹⁷⁾.

⁹⁷ En la versión de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, editada por UNICEF, en el resumen no oficial de las disposiciones principales referida al artículo 1, se anota: Se entiende por niño todo ser humano desde su nacimiento hasta los 18 años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Por su parte, en el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes se define al niño como todo ser humano desde su concepción hasta los 12 años de edad y Adolescente desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad. Añade que el Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. De existir duda acerca de la edad, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario".

En el derecho de las personas del Código Civil de 1852, su artículo 1° prescribía que "El hombre, según su naturaleza, es nacido o por nacer", lo que implicaba dos figuras distintas, el hombre nacido y el hombre por nacer. De ese modo, el artículo 2° indicaba que "El hombre, desde que nace, tiene los derechos que le declaran las leyes" mientras que su artículo 3° agregaba: "Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece". La concepción tradicional del Derecho Civil sobre la persona, se sustentaba en una ficción jurídica, que tenía como base el hecho del nacimiento, a tal punto, que al ser que estaba por nacer, se le reputaba nacido.

El Código Civil de 1936, en su artículo 1° estableció que "El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo".

Según lo anotado, el Código Civil de 1852, partía de una dicotomía del hombre, según su naturaleza, diferenciando al nacido del que estaba por nacer, al que se le reputaba nacido para todo lo que le favorece en tanto que el Código Civil de 1936, si bien señala que el comienzo de la personalidad surge con el nacimiento, al concebido se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo, aspecto éste que lo diferenciaría de su predecesor.

Sobre este particular, el Dr. Carlos Fernández Sessarego señaló que la gran diferencia existente entre la normativa de los Derechos de la Persona del Código Civil de 1984, frente a las de los Códigos Civiles de 1852 y de 1936, radicaba justamente en la visión jurídica que se le atribuía tanto a la persona como al concebido.

En efecto, precisaba la existencia de una ficción jurídica, por la cual, en los anteriores Códigos Civiles, al concebido, -en tanto que está por nacer- se le reputaba nacido para todo lo que le favorece. Sin embargo, el Código Civil de 1984 diferenciándose de aquellos, asumía al concebido imputándole la categoría jurídica de "sujeto de derechos" para todo cuanto le favorece, atribuyéndole derechos no patrimoniales como patrimoniales, siendo que éstos últimos estarían sometidos a la condición resolutoria de que nazca vivo, superando aquella ficción, de que al que está por nacer se le tiene por nacido, reconociéndole deberes y derechos, en tanto sujeto de derechos, para distinguirlo de los otros "sujetos de derechos" como la persona natural nacida, la persona jurídica y aquella persona jurídica no inscrita en los Registros Públicos.

Si como se tiene dicho, la trascendencia del Código Civil de 1984, supera dicha ficción, entre persona y concebido, también es cierto que el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, no relleva esa diferencia entre concebido y persona tal como está regulada, -al concebido que está por nacer de la persona nacida-, sino que se remite a su propia naturaleza: *su calidad de seres humanos* y como tales sujetos de derechos, lo que no excluye un tratamiento jurídico propio para el concebido, tal como es recogido en el segundo párrafo del artículo acotado, al establecer que "El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece", el mismo que es concordante con el artículo 1º del mismo Código, donde se prescribe que el niño y adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción, protegiéndolo contra experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental, protección que supera la regulación del Código Civil de 1984 en la versión de su artículo 5º.

Esta diferencia entre el Código Civil de 1984 con el Código de los Niños y Adolescentes, es concomitante con la doctrina que inspira a la Convención sobre los Derechos del Niño que se sustenta en un tratamiento moderno sobre la situación jurídica de un sector tan importante de la sociedad peruana como son los menores de edad incluyendo al concebido, ya que acogió los aportes de la comunidad

internacional para proteger al que está por nacer, debido a los adelantos científicos vinculados a la genética, cuyos experimentos afectarían la dignidad del ser humano; y el antecedente legislativo en el campo internacional, está dado, cuando se sostenía que la Convención garantizaría la "protección del niño concebido y todavía no nacido frente a experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad física, moral o mental o a su salud".

SUJETO DE DERECHOS.

Desde el punto de vista jurídico, el "sujeto de derecho" viene a constituir un ente al cual el ordenamiento jurídico le imputa derechos y deberes; este concepto - como ya se ha descrito anteriormente-, le es aplicable a los Niños y Adolescentes en una doble condición, si nos atenemos a lo dispuesto en el art. II del Título Preliminar, que los hace sujetos de derechos pero también de libertades y de protección específica.

DERECHOS DE LA PERSONA.

El artículo 5° del Código Civil dice que el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el art. 6°.

Un antecedente legislativo, está la Convención de los Derechos del Niño, que consagra como Derecho Civil, el DERECHO A LA VIDA, lo que significa que no sólo debe garantizársela sino también su propia INTEGRIDAD y su desarrollo físico o mental, desde que su concepción, pasando por su nacimiento e incluso su desarrollo y supervivencia. Y en el Código de los Niños y Adolescentes, la integridad física no solamente esta referida a la parte física sino, en su concepción más amplia, la indisoluble calidad de unidad psicosomática de la persona. Aquí tenemos que mencionar, que en la elaboración de la Convención de los Derechos del Niño, entre las medidas que se propusieron, estaba aquella de la elección del sexo mediante la manipulación genética con fines no terapéuticos.

DERECHO AL NOMBRE, A LA LIBERTAD Y A LA NACIONALIDAD:

El Derecho al nombre. El artículo 19° del Código Civil establece que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos.

Como antecedente legislativo, está la Convención de los Derechos del Niño, que consagra como derecho civil, el DERECHO AL NOMBRE, como lo establece el artículo 6° del Código de los Niños y Adolescentes, pero bajo un horizonte distinto, cuál es, que el mismo está insumido dentro del derecho a la identidad, que incluye el derecho a tener un nombre.

DERECHO A LA IDENTIFICACIÓN.

La identificación del niño se produce en el momento del nacimiento. El artículo 7° del Código de los Niños y Adolescentes, señala que en el certificado de nacimiento vivo constará la identificación dactilar de la madre y la identificación pelmatoscópica del recién nacido, además de los datos que corresponda a la naturaleza del documento.

LA CAPACIDAD.

El artículo 42° del Código Civil de 1984, prescribe que tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido 18 años de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 43° referido a la incapacidad absoluta, entre los que se encuentran los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por ley; y el artículo 44 de la incapacidad relativa, entre los que se encuentran los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

La capacidad viene a ser la aptitud de la persona humana de gozar y obrar para ser titular de los derechos reconocidos a su favor, por lo que la categoría jurídica genérica de sujetos está dirigida a todo centro de imputación de derechos y deberes adscribibles en tanto ser humano mientras que la categoría jurídica específica de persona, sólo alude al hombre nacido como a la agrupación de hombres que se

organizan para fines asociativos, cumpliendo con la formalidad de la inscripción registral.

De allí que nuestro ordenamiento asuma la doctrina contemporánea de la capacidad jurídica, la que le es inherente a todo ser humano en tanto sujeto de derechos, que alude por ello, tal como se ha anotado, tanto al ser humano considerado individualmente como el concebido como a la persona natural, como al ente colectivo, la persona jurídica y la organización de las personas no inscritas, a los que se le se les atribuye la expresión "capacidad", para delimitar la aptitud de dichos sujetos de derechos.

La clasificación de la capacidad ha sido adoptada desde dos puntos de vista, como afirma Juan Espinoza Espinoza⁽⁹⁸⁾; de un lado, la doctrina francesa, que la dividió en capacidad de goce o de derecho, entendida como la aptitud de ser titular de relaciones jurídicas y en capacidad de ejercicio o de hecho, esto es, la aptitud que se tiene para ejercer por sí mismo los derechos y deberes que comprenden las relaciones jurídicas. De otro lado, la doctrina alemana, que recogiendo a la doctrina francesa, incluyó una variante en la denominada capacidad de ejercicio, distinguiendo a la capacidad comercial, como la idoneidad para celebrar en nombre propio negocios jurídicos; capacidad de imputación o delictual, como la aptitud para quedar obligado por los propios hechos ilícitos que se cometan; y la capacidad procesal como la aptitud para realizar actos procesales válidos.

Ahora bien, si el sujeto de derechos es un centro de imputación normativa y por lo mismo, titular de derechos y deberes que el ordenamiento jurídico le atribuye en tanto ser humano, la capacidad de goce o de derecho, sobre la que existe plena coincidencia en la doctrina enunciada, le es inherente a todo sujeto de derechos, siendo idéntica por ello a la subjetividad jurídica, por lo que de suyo dicha capacidad no es tal en la medida que no hay necesidad de establecerla ya que el ser humano por sí mismo tiene esa capacidad. En otros términos, si al sujeto de derechos se le atribuyen derechos y deberes, éstos le son propios por tratarse de un ser humano, por

⁹⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Estudios de Derechos de la Persona. 1990. Página 200.

lo que no requiere de una capacidad de goce o de derecho, pues le sería redundante. Baste que sea sujeto de derechos para que este apto de ser titular de los derechos que se le imputan.

En cambio, la capacidad de ejercicio, en la que se evidencia el disenso en la doctrina, pasa por la determinación de aquellos derechos y deberes que el ordenamiento jurídico les ha de reconocer, atendiendo a determinadas situaciones para que sea ejercidos de manera directa por su titular. Tales casos son entre otros la edad, la que conforme a nuestro Código Civil, se adquiere plenamente a partir de los 18 años de edad. Desde ese punto de vista, coincidimos plenamente con lo vertido por Juan Espinoza Espinoza, para quien por "el hecho de ser humano, se es sujeto de derechos y, como tal, destinatario de tales derechos y deberes, de los cuales éste "goza". De esta manera el concepto de capacidad de goce o de derecho es innecesario"⁽⁹⁹⁾.

En esa medida, solamente hay que referirse a la capacidad jurídica, entendida únicamente como la denominada capacidad de ejercicio, que será aquella que el ordenamiento jurídico establezca para el ejercer por sí mismo, los derechos que se atribuyen al sujeto de derechos, tanto como categoría jurídica genérica y específica.

De ello se desprende que dentro de la misma, no es necesario determinar, como lo hace erróneamente nuestro Código de los Niños y Adolescentes, una "capacidad especial", tal como aparece en el artículo III de su Título Preliminar atribuible a los Adolescentes, para ejercer los derechos y actos que su propia normativa le autoriza u otras leyes, sino que tales son las situaciones determinadas o los supuestos de hechos que de verificarse, serán admitidos como válidos, en tanto son ejercidos directamente por quienes están autorizados para ejercerlos. De esa forma, la capacidad de contratar será reconocida, al margen de si se tiene o no 18 años de edad, por cuanto un niño menor de 12 años tendrá capacidad de contratar

⁹⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Obra citada. Página 201.

conforme lo establece nuestro propio Código Civil, para atender sus necesidades apremiantes para subsistir, que es independiente de su condición de menor de edad, dado que el sistema jurídico; o como el caso de los Adolescentes para ejercer por si, el derecho a constituir Asociaciones Civiles sin fines de lucro, o el derecho de los Niños para adherirse a ellas, según la normativa específica del Código de los Niños y Adolescentes.

Por lo anotado, en el Derecho Civil la edad sirve para determinar quienes están incapacitados para ejercer determinados actos jurídicos y establecer quienes son las personas que gozan de capacidad civil plena. El Código Civil de 1984, en atención a la edad, establece las siguiente reglas cuando se trata de menores de 18 años:

- ♣ Son absolutamente incapaces, los menores de 16 años salvo para aquellos actos determinados por la ley , según el inciso 1. del artículo 43°.
- ♣ Son relativamente incapaces los mayores de 16 años y menores de 18 años de edad, según el inciso 1. del artículo 44°.
- ♣ La incapacidad civil de personas mayores de 16 años cesa por matrimonio o por obtener un título oficial que les permita ejercer una profesión o un oficio, conforme al artículo 46°, 1er. párrafo.
- ♣ Para el caso de mujer mayor de 14 años, su incapacidad cesa también por matrimonio, según el artículo 46°, el ha sido modificado por la Ley N° 27201, tal como se anotó anteriormente, para generalizarlo al mayor de 14 años sin distinción por razón de sexo y para realizar los actos claramente delimitados por la norma.
- ♣ Los varones de 16 años cumplidos y las mujeres de 14 años cumplidos pueden contraer matrimonio civil, con dispensa judicial y siempre que existan motivos graves, conforme al inciso 1. del artículo 241°, cuyo texto fuera modificado por la ley N° 27201, que permite dispensar el impedimento para varón y la mujer siempre que tengan cumplidos 16 años.
- ♣ Los varones y mujeres impúberes, esto es, menores de edad, que hubieran contraído matrimonio civil sin observar los requisitos de ley, tienen acción para

demandar la anulación de su matrimonio, conforme al inciso 1. del artículo 277°, modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil.

- ♣ El adoptado debe prestar su asentimiento para la adopción si es mayor de 10 años como fue previsto en el inciso 4. Del artículo 377°, modificado por la Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de menores de edad declarados judicialmente en Abandono, Ley N° 26981, sin requerirse el asentimiento, por cualquier edad.
- ♣ Si los padres son menores de 14 años, podrá ser reconocido el hijo extramatrimonial por los abuelos o abuelas de la respectiva línea y en este último supuesto podrá ser reconocido por el adolescente cuando cumpla 14 años de edad, de acuerdo al artículo 389°, modificado por la Ley N° 27201.
- ♣ El menor de 16 años cumplidos puede reconocer al hijo extramatrimonial, conforme al artículo 393°, modificado por la Ley N° 27201, que redujo la edad para dicho reconocimiento a partir de los catorce años cumplidos.
- ♣ La madre, aunque sea menor de edad, puede ejercer en nombre del hijo y durante la minoría de este, la acción de declaración judicial de filiación extramatrimonial, con arreglo al artículo 407°.
- ♣ La madre que hubiese sido embarazada durante su minoría de edad, tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y posteriores al parto y al pago de los gastos ocasionados por este y por el embarazo y a una indemnización por el daño moral irrogado, según el artículo 414°.
- ♣ El hijo extramatrimonial no reconocido, tienen derecho a una pensión de alimentos hasta la edad de 18 años, siempre que la madre hubiera tenido relaciones sexuales con el presunto padre durante la época de la concepción, conforme al artículo 415°.
- ♣ El menor capaz de discernimiento podrá aceptar donaciones, legados y herencias, siempre que sean puras, según el artículo 455°.
- ♣ El menor que tenga mas de 16 años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos, siempre que sus padres, que ejerzan la patria potestad, autoricen expresa o tácitamente el acto jurídico o lo ratifiquen. En caso contrario,

queda sujeto a la restitución y si hubiera actuado con dolo, responde por los daños y perjuicios que cause a tercero, todo de conformidad con el artículo 456°.

- ♣ El menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse al trabajo, pudiendo la autorización ser revocada, según el artículo 457°, debiendo precisarse que el Código de los Niños y Adolescentes regula la autorización para el trabajo de los adolescentes.
- ♣ Los padres, durante el ejercicio de la patria potestad, si fuera posible consultarán al menor que tenga más de 16 años de edad, los actos importantes relativos a la administración de sus bienes, según el artículo 459°, en ejercicio de su libertad de opinión consagrado en el Código de los Niños y Adolescentes.
- ♣ El menor de 14 años de edad puede recurrir judicialmente contra los actos del tutor, conforme al artículo 530°, habiéndose ampliado la acción de impugnación al adolescente a partir de los 12 años, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 99° del Código de los Niños y Adolescentes..
- ♣ Para el caso de enajenación o de gravamen sobre los bienes del menor sujeto a tutela, si tiene 16 años cumplidos, el juez debe oírlo antes de prestar su autorización conforme al artículo 533°, debiendo tenerse presente lo dispuesto en cuanto a la edad para recurrir al juez contra los actos del tutor que sería de 12 años y a su libertad de opinar, conforme al Código de los Niños y Adolescentes.
- ♣ La rendición de cuentas por el tutor debe hacerse, si fuese posible, con la audiencia del menor cuando éste tenga mas de 14 años según el artículo 542°, siendo extensiva la edad a 12 años, con el mismo criterio de aquella para impugnar los actos del tutor.
- ♣ El menor de 14 años cumplidos, puede pedir al juez la remoción de su tutor según el artículo 557°, debiendo tenerse presente lo dispuesto por el artículo 99° del Código de los Niños y Adolescentes.
- ♣ El sujeto a tutela que sea mayor de 14 años puede asistir a las reuniones del consejo de familia, con voz pero sin voto conforme al artículo 646°, el que ha sido modificado por el artículo 102 del Código de los Niños, tanto en la edad que es de 12 años como en el derecho a voz y voto, y no simplemente con voz.

- ♣ El testamento otorgado por un menor de edad es nulo, conforme al artículo 808°, siendo anulable el de las personas incapaces del artículo 687°, cuyo inciso 1. prescribe que no pueden otorgar testamento los menores de edad, salvo el caso del artículo 46°, referido a la capacidad adquirida por los menores de 16 años cumplidos por matrimonio o por obtener título oficial para ejercer profesión u oficio.
- ♣ El menor no privado de discernimiento podrá celebrar contratos relacionados con las necesidades de su vida ordinaria, de acuerdo al artículo 1358°.

Todas estas reglas relativas a la capacidad, demuestra que es el ordenamiento jurídico el que precisa los supuestos para admitir la capacidad o incapacidad de las personas, y en particular de los menores de edad, para que sus actos sean válidos. Una adecuada reforma legislativa, deberá concordar la edad en torno al matrimonio de menores, filiación, derecho alimentario, adopción, en las instituciones supletorias de amparo como la Tutela y el Consejo de Familia, contraer obligaciones o renunciar derechos, régimen sucesorio, libertad de contratación.

Así la determinación de la capacidad para las diversas materias, debiera uniformizarse la edad en el siguiente sentido:

- ♣ 16 años de edad:

Sobre la incapacidad civil de los menores de edad, cesa a los 16 años, bien sea por matrimonio o por obtener un título (artículo 46°); para contraer matrimonio (artículo 241°), para demandar su anulación (artículo 277°), para contraer obligaciones o renunciar derechos (artículo 456°) y la consulta sobre la administración de sus bienes (artículo 459°), en ejercicio de su libertad de opinión consagrado en el Código de los Niños y Adolescentes.

- ♣ 14 años de edad:

En materia de filiación, la edad para reconocer al hijo extramatrimonial (artículo 389° y artículo 393°), para ejercer la acción de declaración judicial (artículo 407°) y para reclamar alimentos, gastos de embarazo e indemnización por daño moral

(artículo 414°), será de 14 años así como para los actos indicados a partir del nacimiento del hijo (artículo 46°).

♣ 12 años de edad:

En materia de la Tutela y del Consejo de Familia, la edad será a partir de los 12 años, por su condición de Adolescente, bien para recurrir contra los actos del tutor (artículo 530°), si de enajenar o gravar sus bienes el juez debe oírlo (artículo 533°), para la rendición de cuentas que el tutor debe hacer con su audiencia (artículo 542°), para solicitar la remoción del tutor (artículo 557°), para asistir con derecho a voz y voto a reuniones del Consejo de Familia.

♣ Normas derogatorias sobre la edad:

La edad de 10 años en el caso de adopción, prevista en el inciso 4. del artículo 377°, debe derogarse, en aplicación de la Ley N° 26981.

Sobre la autorización de los padres para el trabajo prevista en el artículo 457°, debe derogarse, remitiéndose al Régimen del Trabajador Adolescente del Código de los Niños y de los Adolescentes.

♣ Normas vigentes:

En materia de Derecho Sucesorio como aceptar legados y herencias o de Derecho Contractual, sus normas continúan rigiendo, remitiéndose de ser el caso, al Código de los Niños y Adolescentes.

LA PERSONA JURÍDICA.

El artículo 76° del Código Civil, señala que la existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por sus disposiciones o de las leyes respectivas y en concordancia con su artículo 77°, su existencia comienza el día de su inscripción.

El ejercicio del derecho de asociación con fines lícitos, garantizado por la Constitución Política del Estado, para constituir las Asociaciones Civiles sin fines de lucro, como organizaciones estable ce personas naturales o jurídicas o de ambas, a través de una actividad común, previsto en su artículo 80°, tenía como requisito

fundamental que las personas con la capacidad de ejercicio, esto es, que estuvieran habilitadas por el ordenamiento jurídico para ejercer dicho derecho.

Ahora bien, en la lógica del Derecho Civil, y con la normatividad registral, sólo podrían asociarse las personas mayores de 18 años de edad, por estar comprendidas en la capacidad de ejercicio previsto en el artículo 42 del mismo cuerpo sustantivo, y con ella, formalizar el instrumento público para su registro en los Registros Públicos, y de esa manera, permitir que su existencia comience el día de su inscripción.

Sin embargo, el Código de los Niños y Adolescentes, a tono con las corrientes mundiales de reconocer derechos a los menores, haciéndolos titulares de los mismo, y con el fundamento de la doctrina de la "protección integral", ha variado de manera notable esa orientación estrictamente civilista.

En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño proclamó la libertad de asociación, ratificada por el Código de los Niños y Adolescentes, que aperturó el derecho a constituir Asociaciones sin fines de lucro y a inscribirlas en los Registros Públicos, teniendo como titulares a los Adolescentes.

Para cumplir con ese requisito, el Código de los Niños y Adolescentes, derogado, reguló que dichas Asociaciones se inscribirían en los Registros Públicos, como cualquier otra formada por adultos, pero el actual y vigente, ha reemplazado la constitución por Escritura Pública por una Resolución Municipal, que tiene el mérito de inscribirse en la misma forma que el instrumento público en el Registro de Personas Jurídicas de los Registros Públicos.

EN EL ACTO JURÍDICO.

4. LOS REQUISITOS.

En el Código Civil de 1936, el Acto Jurídico se encontraba inserto en el Libro referido al Derecho de las Obligaciones.

Por el contrario, el artículo 140° del Código Civil de 1984, lo regula en el Libro II, en el que define al acto jurídico como la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez requiere contar con Agente capaz, un Objeto física y jurídicamente posible, el Fin lícito, y la Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Si bien la Escuela Francesa, basado en postulados iusnaturalista acorde a la época imperante del liberalismo de antaño, le otorgó a la manifestación de voluntad del sujeto la creación de relaciones jurídicas, a diferencia de la Escuela alemana, que introdujo el concepto de la autonomía privada, nuestro ordenamiento jurídico civil asume los postulados del Acta Jurídico como una tradición legislativa, donde el agente capaz, está investido de la capacidad para generar relaciones jurídicas, limitada a la capacidad de ejercicio.

Pues bien, esa orientación ha sido variada por el Código de los Niños y Adolescentes, dado que reconoce que los niños y adolescentes son sujetos de derechos, a los que les confiere una capacidad civil especial, para ejecutar por si los actos autorizados por el ordenamiento jurídico, razón suficiente para que se le considere como un Agente capaz. Siendo éste uno de los requisitos del Acto Jurídico a tenor de lo dispuesto por el artículo 140° del Código Civil, el Adolescente es un agente capaz para realizar todos aquellos actos civiles previstos en el propio Código Civil, en el Código de los Niños y Adolescentes o en leyes especiales, y de cumplirse tales supuestos, no existiría motivo o causal para declarar la nulidad del acto jurídico, por lo que en una reforma legislativa, se debe modificar el inciso 2. del artículo 219° del Código Civil, pues no sería nulo el acto jurídico que se practique por persona absolutamente incapaz, entendido el Adolescente, ya que la excepción no sería exclusivamente en lo dispuesto por el artículo 1358° del mismo cuerpo legal, sino otros actos jurídicos admitidos por nuestro ordenamiento civil, en virtud de la capacidad especial, que se les reconoce a niños y adolescentes, por lo que el acto jurídico practicado por ellos, en tales supuestos, sería válido y eficaz.

EN EL DERECHO SUCESORIO

5. LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CONCEBIDO.

En el Derecho Civil, nos dice Augusto Ferrero, el Derecho de Sucesiones es la disciplina jurídica que trata la sucesión entendida como la transmisión patrimonial por causa de muerte⁽¹⁰⁰⁾.

En el Código Civil de 1852, el Derecho Sucesorio estuvo después de los Derechos Reales, como una derivación de los mismos, en la sección titulada "del modo de adquirir el dominio por herencia". En su artículo 634° se prescribía que para ser heredero, bastaba estar concebido al tiempo de la muerte de la persona a quien se hereda; pero la sucesión no tendría efecto, si el heredero naciera incapaz de vivir según el artículo 4° del mismo Código.

El Código Civil de 1936 no reguló la situación de la sucesión del concebido, al indicar su artículo 657°, que desde la muerte de la persona, se transmite la propiedad y la posesión de los bienes y derechos que constituyen la herencia a aquellos que deben recibirla.

Este criterio ha sido reiterado en el artículo 660° del Código Civil de 1984, que determina que desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia, se transmiten a sus sucesores.

Desde ese punto de vista, existiendo la categoría jurídica de la persona, diferenciada de la que tiene el concebido, al no ser éste persona sino un sujeto de derechos, no estaría comprendido dentro de los alcances del Derecho Sucesorio del Código Civil, siguiendo una línea del pensamiento jurídico nacional.

Sin embargo, existe una excepción prevista en la caducidad del testamento, cuando el inciso 1. del artículo 805° del Código Civil, señala que el testamento

¹⁰⁰ FERRERO, Augusto. El Derecho de Sucesiones en el nuevo Código civil Peruano. Página 28.

caduca, en cuanto a la institución del heredero, si el testador deja herederos forzosos que no tenía cuando otorgó el testamento y que vivan; o que estén concebidos al momento de su muerte, a condición de que nazcan vivos.

Ese aspecto no ha merecido un tratamiento por la doctrina nacional, Ejemplo de ello lo tenemos en la obra de Augusto Ferrero, al comentar dicha norma indica textualmente: "El artículo 805 señala que, en cuanto a la institución de heredero, el testamento caduca en los siguientes casos: 1.- Si el testador deja herederos forzosos que no tenía cuando otorgó el testamento (inciso 1): Esta disposición tiene un agregado innecesario por estar implícito (que no existía en el Código de 1936) que reza así: "y que vivan; o que estén concebidos al momento de su muerte, a condición de que nazcan vivos"⁽¹⁰¹⁾.

No está demás anotar que si bien tal norma "no existía" en el Código Civil de 1936, era porque simplemente el concebido no estaba tampoco considerado como sujeto de derechos, como si lo prescribe el actual Código Civil. Y no se trata de un descendiente por nacimiento o adopción sino aquel futuro descendiente que fue concebido al momento de la muerte del testador.

Por eso, se excluye al concebido, además por cuanto no es persona o en palabras de Augusto Ferrero "un descendiente" ya nacido, para ser instituido como heredero, al imponer la condición de que nazca vivo para tener la calidad de heredero, asumiendo la lógica del artículo 1º del Código Civil, pese a dicha norma lo considera como un sujeto de derechos y si lo es, goza de los derechos sucesorios que la ley le establece, si fuera concebido antes de la muerte del testador.

En esa medida, si como lo dispone el Código de los Niños y Adolescentes, no existe distinción entre persona y concebido al conceptuarlos únicamente como seres humanos, desde la época de la concepción hasta cumplir los 18 años de edad, sea como niño o adolescente, por lo que éste último si sería titular de los derechos

¹⁰¹ FERRERO, Augusto. Obra citada. Página 244.

sucesorios del causante, sin cumplir con la condición de que nazca vivo, pues tales derechos sucesorios pasarían directamente por sus progenitores o por la madre gestante.

Pero desde una perspectiva mayor, si así fuera asumido por nuestra normativa civil, no es necesaria una norma en el Derecho sucesorio en esa dirección, pues implica un cambio en la definición del sujeto de derechos y la reelaboración de la condición, sea suspensiva o resolutoria, a la que ha sido sometido el concebido, como sujeto de derecho, en el Código Civil de 1984.

Tanto más, que esa reflexión hace necesaria que el legislador, más allá de la dimensión que sobre el particular tenga el Código Civil o el Código de los Niños y Adolescentes, deberá regular el derecho del concebido in-vitro post mortem y sus derechos sucesorios.

Sobre este particular, nos remitiremos a una interesante opinión jurídica de Aníbal Torres Vásquez, quien nos dice que "la distinción entre concebido y persona es errónea, porque persona humana es todo ser humano, desde su concepción hasta su muerte. El Código de los Niños y Adolescentes no distingue entre concebido y persona humana, sino que al concebido lo considera niño, le confiere la calidad de sujeto de Derecho y la reconoce capacidad jurídica para ser titular, además de los derechos inherentes a la persona humana, de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo"¹⁰²). Entre ellos no estarán los derechos sucesorios, sin que se aplique la condición de que nazca vivo?.

¹⁰² TORRES VASQUEZ, Aníbal. Artículo citado. Normas Legales. Anota que desde el punto de vista natural el concebido es un ser enclaustrado; desde la perspectiva jurídica en tanto persona por nacer es un centro de imputación jurídica tal como lo es la persona nacida, por cuanto la vida humana es la misma antes y después del nacimiento.

EN LOS DERECHOS REALES

6. LA LICENCIA PARA ENAJENAR LOS BIENES DEL MENOR

Los Derechos Reales, en palabras de Carlos Ferdinand Cuadros Villena tiene por objeto la organización de las relaciones de propiedad, estableciendo una acepción genérica de señorío del hombre sobre el bien o limitada, que define cada una de las instituciones jurídicas en que se organiza la utilización de los bienes por el hombre⁽¹⁰³⁾.

En tal sentido, esa relación del hombre con el bien, no sólo es entre adultos sino que las relaciones de propiedad se extienden también a los menores de edad, por lo que éstos serán titulares de bienes como propietarios o a través de los derechos reales de garantía, como la prenda. En la medida que ellos por sí mismo no pueden enajenar o gravar dichos bienes, el ordenamiento jurídico en salvaguarda de sus intereses, a establecido la intervención de un tercero.

Así, los que administran bienes de niños y adolescentes, necesitan autorización judicial para gravarlos o enajenarlos por causas justificadas de necesidad o utilidad. El juez puede disponer que la venta se haga previa tasación y en pública subasta, cuando lo requieran los intereses del niño.

Los menores de edad podrán ser titulares de determinados derechos reales sobre bienes, a través de las diferentes modalidades que están previstas en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la enajenación de dichos bienes está sujeta a norma prohibitiva.

Es así que el Código Civil de 1852, en la Sección Segunda de los contratos consensuales, Título Primero, de las personas que pueden comprar y vender, el artículo 1356, establece expresamente dicha prohibición de la forma siguiente:

¹⁰³ CUADROS VILLENA, Carlos F. Derechos Reales. Tomo Primero. Editorial Cuzco S. A. Página 34.

"No pueden vender el menor, el pródigo ni el incapaz".

La norma indicada, es precisa el señalar expresamente que los menores de edad no podrán vender los bienes de los que son titulares.

El Código Civil de 1936, en su artículo 413, hace la referencia a que:

"Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de utilidad o de necesidad y previa autorización judicial. Necesitan también esta autorización para practicar los actos enumerados en el artículo 522°, excepto, los comprendidos en los incisos 2, 5, 8, 9, 10 y 14.

De igual modo, el artículo 520, refiere que

"Los bienes del menor no pueden ser enajenados ni gravados sino con licencia judicial, concedida por necesidad o por utilidad manifiesta, y con audiencia del consejo de familia. Se exceptúan de esta disposición los frutos".

La exigencia en este caso es por demás evidente; se requiere autorización judicial para que los padres o el tutor puedan enajenar o gravar los bienes del menor, pero bajo el requisito de que sea por necesidad o utilidades manifiesta a favor del menor de edad.

Por su parte, el administrador está prohibido de adquirir bienes que estén bajo su cargo.

Es así que el Código Civil de 1984, expresa claramente en su artículo 447°:

"Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, no contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial. El juez puede disponer, en su caso, que la venta se haga previa tasación y en pública subasta, cuando lo requieran los intereses del hijo".

De ese modo, se ratifica el criterio de que la enajenación o gravamen sobre bienes de los menores de edad, requiere necesariamente de la existencia de una causa justificada de necesidad o utilidad, y la de contar con la autorización judicial respectiva.

Similar criterio ha sido previsto en el artículo 106° del Código de los Niños y Adolescentes:

"Quienes administran bienes de niños o adolescentes necesitan autorización judicial para gravarlos o enajenarlos por causas justificadas de necesidad o utilidad de conformidad con el Código Civil".

De esa manera se uniformiza el criterio de que cualquier enajenación o gravamen que ha de recaer sobre bienes de los menores, debe contar con la autorización judicial, siempre que medie causa justificada de necesidad o utilidad.

Siendo así, los derechos reales reconocidos por nuestro ordenamiento civil le son extensivos a los menores de edad, pues a éstos se les atribuirá la posesión sobre sus bienes, sean muebles o inmuebles, acorde a lo dispuesto por el artículo 896° del Código Civil, entendida como el ejercicio de hecho sobre uno o más poderes inherentes a la propiedad.

De lo que no queda duda es que los menores de edad ejercerán el derecho de propiedad de los bienes, muebles o inmuebles, de conformidad con el artículo 923° del Código Civil, que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, lo que significa que el menor de edad en tanto propietario de un bien, podrá usarlo y disfrutarlo, más no reivindicarlo.

En cuanto al acto de disposición queda claro, que el menor no está autorizado para enajenarlo o gravarlo por si mismo, requiriendo sus padres como administradores de sus bienes, autorización judicial siempre que medie causa justificada de necesidad o de utilidad.

Pero siendo la propiedad un derecho real, el acto por el cual, uno transmite un bien que se encuentra incorporado en su patrimonio, requiere expresar su plena voluntad y consentimiento; en caso contrario, estaremos ante un acto de expropiación.

De allí, que los artículos 449° y 459° del Código Civil, exigen que el Juez de Familia, antes de otorgar la autorización requerida para la enajenación o gravamen de bienes del menor o para los actos importantes de la administración, escuche la opinión o consulten, respectivamente, al adolescente que tenga 16 años cumplidos, en acatamiento estricto de lo establecido en el artículo 9° del Código de los Niños y Adolescentes, que consagra la libertad de opinión, la que será tomada en cuenta, atendiendo a su madurez, lo que conlleva a concluir que cuando de derechos reales sobre bienes del menor se trate, bien para su disposición o para su administración, se requiere contar con su opinión, por ser un asunto que los afecta directamente, y aunque se haya señalado de 16 años, podría ampliarse hasta los 12 años de edad, por ser adolescente, con la salvedad que la libertad de opinión se extiende a los niños menores de 12 años, aplicable incluso para casos de disposición de bienes.

De todos los derechos reales de garantía, como la hipoteca o la anticresis, la prenda sería la única que estaría relacionada con los derechos de los menores; si con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1055° del Código Civil, la prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación, los menores de edad, al concurrir al mercado, asumen muchas de las veces obligaciones, y en garantía de las mismas, constituyen prenda sobre bienes de su propiedad.

La prenda entonces se constituirá solamente mediante la entrega física del bien mueble, estando descartada, por mandato de nuestro ordenamiento civil, la entrega jurídica, ya que no podrá inscribirse en los Registros Públicos. De esa forma, los menores de edad, recurren al derecho real de garantía como es la prenda con el objeto de asumir obligaciones que son respaldadas con bienes de los cuales son propietarios directos.

La alegación de que siendo menores de edad, estarían impedidos de constituir prenda, no se conduciría con la realidad, pues en el mercado, asumen la calidad de deudores frente a sus acreedores, una vez que frente a éstos últimos asumen obligaciones y los bienes muebles de su propiedad que entregan físicamente, buscan efectivamente asegurar el cumplimiento de las mismas, con lo que el supuesto normativo de la prenda, como derecho real de garantía, se plasma en toda su magnitud.

EN LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

7. LA CONTRATACIÓN DE MENORES.

El contrato es un acuerdo tendiente a crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial. Es el instrumento que permite el intercambio de bienes por las personas naturales o jurídicas en el mercado. De allí que genera obligaciones y establece una relación obligacional entre las partes que lo celebran. Por lo mismo, la contratación desde la perspectiva de la codificación civil, excluyó a los menores de edad de la capacidad de contratar.

El Código Civil de 1852, en su Libro Tercero de las Obligaciones y Contratos, Sección Primera, Título Tercero, de los requisitos esenciales de los contratos, en el artículo 1246, señaló que: Tienen capacidad para contratar todos aquellos a quienes no lo impide la ley, precisando el artículo 1247° que:

Tienen impedimento para contratar:

1° Los menores no emancipados

De esa forma, se consignó una prohibición expresa establecida como impedimento para celebrar contratos, excluyendo a los menores de edad, salvo que hubieran obtenido su emancipación.

El Código Civil de 1936 no se pronunció explícitamente sobre el particular, remitiéndonos en todo caso, al artículo 12° que indico que "Los casos en que los menores de 16 años pueden practicar algunos actos civiles están determinados por la ley", lo que equivale a sostener que los menores con edad inferior a los 16 años, podrían celebrar actos civiles como la contratación, en la medida que esté facultada por la ley civil.

En cambio, el Código Civil de 1984, en el artículo 1358° señala que:

"Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria".

Desde ese punto de vista, la celebración de los contratos por los incapaces no privados de discernimiento referidos a los menores de edad, es admitida por la ley civil, siempre que cumplan con los dos supuestos previstos en la normativa civil, esto es, que no esté privado de discernimiento y que la celebración del contrato esté relacionado con las "necesidades ordinarias de su vida diaria".

Como tales necesidades son inherentes al desarrollo de la vida personal de cualquier menor de edad sea niño o adolescente, y para satisfacerlas recurren al mercado participando directamente, está autorizado para contratar, independientemente de una edad mínima no prevista en el orden jurídico civil, bastando que se acredite que no está privado de discernimiento, para aceptar como válidos los actos civiles contractuales practicados, como la celebración de contratos para atender las necesidades de su vida diaria.

Si ello es así, existe base legal para sostener que, con arreglo a las disposiciones del Código de los Niños y los Adolescentes, los menores de edad pueden celebrar actos civiles autorizados por la ley, como la de celebrar contratos. En ese contexto, el artículo IV de su Título Preliminar, sobre Capacidad, cobra relevancia cuando indica:

"Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tiene capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes"

Es decir, tienen capacidad reconocida, para realizar los actos civiles autorizados, como la contratación, situación que es concordante con el derecho de asociación, reconocido como derecho específico de los menores edad, como podrá apreciarse de la parte pertinente del artículo 13°, que señala:

"La capacidad civil especial de los adolescentes que integran estas personas jurídicas sólo les permite la realización de actos vinculados estrictamente a los fines de las mismas, siempre que no importen disposición patrimonial".

Los actos civiles vinculados a los fines asociativos son válidos, incluso el acto civil de celebrar contratos, con la única prohibición taxativa, que los mismos no importen disposición patrimonial.

En esa misma orientación, aparece el artículo 65°, sobre la capacidad, que establece que "Los adolescentes trabajadores podrán reclamar, sin necesidad de apoderado y ante la autoridad competente, el cumplimiento de todas las normas jurídicas relacionadas con su actividad económica", valga decir, que además tiene capacidad procesal para recurrir ante los órganos judiciales o administrativos, con la finalidad de exigir el cumplimiento de las normas jurídicas relacionados con su actividad económica, y desde esa óptica, la actividad económica tiene entre sus elementos más importantes, a la contratación, si de incumplimiento de ellos se trata.

Por ello conviene relevar la importancia del contrato referida a la función que cumple en una determinada sociedad. A diferencia de épocas primitivas, las personas para satisfacer sus necesidades requieren de la cooperación de otras personas, que son aquellas que justamente tienen los bienes o los servicios que van a permitir la satisfacción de sus necesidades. Esa cooperación se ha de realizar en el mercado a

través del intercambio de bienes y servicios.

Entonces, la función que cumple el contrato es el de formalizar jurídicamente dicho intercambio para satisfacer necesidades e interés, lo que se produce del modo siguiente:

- a) Permite que los mandatos que nacen de las promesas que se van a cumplir en el futuro, cuenten con el respaldo del Estado en el caso de incumplimiento, bien sea para hacerlas cumplir o en caso contrario, para indemnizar los daños irrogados. Es decir, a de otorgar seguridad para todos aquellos que contratan en el mercado, los bienes y servicios que requieren.
- b) Garantiza que las normas contenidas en el Derecho de Contratos del Código Civil, se apliquen en forma supletoria a la voluntad de las partes, en todo aquello que no haya sido estipulado por ellas, debiendo buscarse la reducción de los costos de transacción en la contratación, evitando las trabas que frenen o atenten contra ella, superando de ese modo, la informalidad.

De todos los intercambios que se realizan en el mercado, los que necesitan ser tutelados son los no simultáneos, dado que aquellos que se realizan en forma simultánea, al instante y sin mediar tiempo alguno, las prestaciones recíprocas las cumplen las partes en el momento. En cambio, el problema se presenta cuando una de las partes, el acreedor, le otorga a la otra parte, el deudor, un plazo para que cumpla su prestación, esto es, le otorga un crédito y por lo mismo, existe un riesgo por el no cumplimiento de ella. En ese sentido, el contrato cumple además una función de protección, creando un sistema de exigibilidad eficiente. Pero también existe otro riesgo, el de la insolvencia del deudor, frente al cual el derecho contractual concede otros medios de defensa, como la acción pauliana.

Hoy en día cobra relevancia y magnitud la contratación electrónica, entendida como aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando tiene o puede tener incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad

o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo celebrado por las partes, que asumen esta forma de contratación.

Definir al contrato, nos lleva a comentar las diversas teorías que lo sustentan. Una de ellas, es conceptualizar al contrato como un acto jurídico. El contrato si es un acuerdo derivado de la manifestación de voluntad de las partes, es un acto jurídico, caracterizado por ser plurilateral, dado que intervienen dos o más partes; y patrimonial por su contenido económico. Concebido como un acto jurídico, la falta de uno de estos dos elementos, determinaría la invalidez del contrato como tal, aunque pudiera valer como acto jurídico, sea como una promesa unilateral.

Por otro lado, para conceptualizarlo es factible recurrir a la teoría general del contrato. A diferencia de las primeras legislaciones civiles, nuestros codificadores optaron por la posición de legislar separadamente al acto jurídico de la teoría general del contrato, por lo que aparecen en sus respectivos Libros del Código Civil, respectivamente, pese a que mantienen un contenido casi similar. Pese a ello, las reglas de ambos se aplican al contrato.

Si se trata de un contrato en particular la compraventa por ejemplo, éste está sujeto tanto a las reglas de los actos jurídicos como las que corresponda aplicar de los contratos en general. De tal suerte que si existiera intimidación al celebrar el contrato, se recurrirá a las normas sobre los vicios de la voluntad consignadas en el acto jurídico, invocando la anulación del contrato. En cambio, si se tratara de un acto que afecta el contrato, el caso de la lesión en la, que es una figura propia de los contratos, se aplicarán las disposiciones contenidas en las normas generales sobre contratos, dando lugar la rescisión del mismo.

La definición del contrato, que busca describir esa institución, la encontramos en el art. 1351 del Código Civil Peruano de 1984 que indica: "Es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial".

Sus elementos son.

El acuerdo. Es un consenso, una convergencia o la coincidencia de dos o más voluntades declaradas que dan lugar al consentimiento. No es la suma de voluntades sino un proceso que va a dar lugar a una declaración conjunta de una voluntad común. Es la conformidad dada, para todo lo quieren hacer ambas partes.

Las partes. Vienen a ser el centro de referencia sobre las que recae los intereses que se buscan satisfacer mediante la celebración del contrato. Las partes que intervienen pueden ser 2 o más, por lo que es un acto plurilateral, generando una relación bilateral o plurilateral, Por cada parte contratante puede actuar una persona o varias personas, sea natural o jurídica.

La función del contrato es crear, regular, modificar y extinguir una relación jurídica patrimonial. Tales efectos persiguen que el contrato sea fuente creadora de relaciones jurídicas de carácter patrimonial; es decir, de relaciones obligacionales entre una parte acreedora y otra parte deudora que se obligan a realizar una prestación de carácter económico para satisfacer un interés. También el contrato es fuente de derechos reales, cuando se adquiere la propiedad de un bien, como el contrato de compra venta o la constitución de una hipoteca mediante el contrato de garantía real. Por eso, las finalidades del contrato, son básicamente prácticos.

El contrato funcionalmente permite la planificación racional de las transacciones e intercambios mercantiles en el mercado. Es una programación de las conductas de los sujetos que pretende anticiparse a las contingencias futuras previsibles, estableciendo sanciones que estimulen el efectivo cumplimiento de las prestaciones y de esa manera asegurar su rol.

El Objeto del contrato está prevista en el artículo 1403° del Código Civil, por el que la obligación debe ser lícita, para que el contrato sea válido y deberá celebrarse con el propósito de crear obligaciones lícitas, pues de ser ilícitas, carecerá de eficacia.

Sobre el particular, diversos juristas se han pronunciado en torno al objeto del contrato, velando por la licitud de la contratación.

De acuerdo a lo indicado, el artículo 1354° del Código Civil, las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. En tal sentido, hay que entender por norma imperativa, aquella que está acompañada de la disposición bajo pena o sanción de nulidad u otras conminatorias; si está redactada con formula prohibitiva, cuyo mandato impide a las partes celebrar contra lo dispuesto por la norma, o si la disposición contiene expresiones como debe, deben, o cualesquiera otra que exprese dicho precepto y que las partes se obligan a acatar.

En tal sentido, merece tomar en cuenta lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que considera que es nulo el acto jurídico si es contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. De tal suerte que de su tenor se desprende que sólo será nulo el acto jurídico cuando se trate de leyes que estén vinculadas directamente al orden público o a las buenas costumbres, más no aquellas que escapan a su esfera.

Finalmente, merece hacer una distinción entre el contrato y la relación obligatoria que nace de él. Tal como sostiene el jurista Manuel de la Puente y Lavalle⁽¹⁰⁴⁾, el contrato como acto jurídico, es una manifestación de voluntad tendiente a crear una relación jurídica patrimonial. Una vez cumplido ese cometido, que se alcanza con la sola manifestación de voluntad como en los contratos consensuales, el contrato cumple su finalidad y deja de existir porque ha terminado su rol. Lo que subsiste es la relación obligatoria que es un producto del contrato, y es la que vincula a las partes intervinientes y que debe ser cumplida. Por lo tanto, lo que obliga, lo que debe cumplirse, lo que se resuelve, en su caso, es la relación obligatoria nacida del contrato y no el contrato mismo que deja de existir cuando se perfecciona.

¹⁰⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Para leer el Código Civil. Primera parte. PUC. Fondo Editorial. 1991. Páginas 49, 50.

En el Derecho de los Contratos, ha de regir el principio de la Autonomía Privada. Etimológicamente, autonomía proviene de dos términos: "nomos" que significa ley y "autos" que significa propio o por uno mismo. Autonomía es el poder de dictarse a sí mismo su propia ley. Autonomía es autorregulación, o sea, el poder de gobernarse a sí mismo. La Autonomía Privada consiste en un poder que el orden jurídico confiere al individuo para que gobierne sus propios intereses, o como enseña Luis Diez Picazo "es el poder de dictarse uno a si mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno a si mismo" o el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en la que es o ha de ser parte, haciendo la salvedad que cuando se habla de "autonomía de la voluntad", el sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino la persona como realidad unitaria⁽¹⁰⁵⁾.

La doctrina alemana, a diferencia de la escuela francesa, introdujo el concepto de Autonomía Privada, para referirla al negocio jurídico, por el cual, la eficacia de la voluntad negocial no se deriva de la voluntad de los sujetos sino del poder que el Estado concede a los particulares, esto es, que el ordenamiento jurídico delega a los particulares, la autorregulación de sus conductas e intereses privados, determinando los supuestos de hecho.

El jurista italiano Emilio Betti⁽¹⁰⁶⁾, entre otros autores de talla internacional, reconoce como funciones de la Autonomía Privada la de ser fuente de normas jurídicas como fuente generadora de relaciones jurídicas, siendo ésta última la más relevante e importante, pues sobre la primera función existen diferencias doctrinarias para admitirla.

En esa orientación las funciones de la Autonomía Privada son dos: la de crear

¹⁰⁵ DIEZ PICAZO, Luis. Sistema de Derecho Civil. Volumen I. TECNOS. 1994. Página 371 y siguientes.

¹⁰⁶ BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1953. Página 46.

normas jurídicas y creadora de relaciones jurídicas. Sobre la primera no existe consenso, señalando que el poder individual carece de facultad para crear normas jurídicas con el mismo efecto de la norma jurídica dictada por el Estado. Sobre la segunda, existe coincidencia de que si es creadora de relaciones jurídicas, reguladas por el acuerdo de las partes. Dentro de ésta última, se distingue el poder de constituir relaciones jurídicas mediante actos con eficacia constitutiva, dado que los sujetos son los que crean, modifican o extinguen las relaciones jurídicas; y la del poder de reglamentar el contenido de las mismas, a través de actos con eficacia preceptiva, pues las partes son las que establecen preceptos y reglas de conducta con deberes y derechos que ellas deben cumplir.

Como límites a la Autonomía Privada, tenemos al orden público y las buenas costumbres así como la ley y la moral.

Ella se sustenta en el ejercicio pleno de la libertad por el hombre, que se brinda con el fin de lograr la convivencia civilizada con otras personas, creando relaciones obligacionales, a través de los contratos. De allí que exista una relación directa entre Autonomía Privada y libertad de contratación, ya que la primera incluye como una de sus manifestaciones, a la segunda.

Pero la libertad jurídica se vio confrontada con a una desigualdad económica, lo que provocaría el abuso en la contratación, pues frente a una teórica declaración de igualdad jurídica, se ocultaban diferencias propias entre los miembros de una sociedad, por diversas y múltiples razones.

Desde los inicios del capitalismo y con el proceso de industrialización vivido, los principios de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación, se sometieron al libre juego de las leyes del mercado, prohibiéndose cualquier forma de intervención del Estado. Ello se basó en el principio del "pacta sunt servanda", por el cual, los contratos se cumplen irremediamente según los términos contractuales convenidos, sin admitir variación alguna.

Con la evolución del Derecho, los ordenamientos jurídicos asumen un papel más activo, interviniendo más de directamente en la relación contractual para equilibrar las posturas de las partes, estrechando el campo de la autonomía privada. A ese fenómeno se le conoce como el "dirigismo contractual" que será más o menos acentuado, según se trate del régimen político existente en cada país. Esa orientación estuvo prevista en el artículo 1355° del Código Civil, según el cual, la ley por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

El maestro Manuel de la Puente y Lavalle¹⁰⁷, con meridiana claridad nos dice que la autonomía de la voluntad, -sin ingresar a la disquisición teórica de la autonomía privada-, importa dos clases de libertad: la libertad de contratar y la libertad contractual. La libertad de contratar, se refiere a la libertad de ponerse o no de acuerdo con otra u otras personas, pues "se contrata porque se quiere y se contrata con tal persona porque así se desea. La libertad de contratar es, con palabras de Messineo, la libertad de estipular o no estipular". Es la facultad que tiene toda persona para determinar con quién, cuándo y dónde contratar. Se le conoce como "libertad de conclusión", prevista en el artículo 2°, inciso 14 de la Constitución Política de 1993; esa libertad se ve restringida en parte por los llamados "contratos forzosos", ya que la persona se obliga a contratar, aún contra su propia voluntad; es el caso del seguro obligatorio de accidentes de tránsito dispuesto por la Ley N° 27181 o los seguros especiales para el transporte público, entre otros.

La libertad contractual existe solamente dentro del contrato, y se refiere a la libertad de los contratantes para determinar la forma y contenido del contrato. Es una facultad que tiene toda persona para determinar el contenido del contrato. Se le conoce como "libertad de configuración", recogida en el artículo 1354° del Código Civil que prescribe que las partes determinarán libremente el contenido del contrato y

¹⁰⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del Contrato Privado. Tomo I. Cultural Cuzco S. A. Perú. Página 53.

en el artículo 62° de la Constitución Política de 1993.

Entre los límites a la libertad de contratación, tenemos a las leyes, la moral y el orden público, por éste último se entiende las valoraciones que la sociedad quiere mantener en defensa de la integridad de la comunidad jurídica. Está constituido por normas imperativas y principios. Dicho concepto no puede confundirse con la acepción común que alude a la tranquilidad de la vida cotidiana u orden de la calle o de las relaciones sociales. Comúnmente se menciona al orden interno como la que interesa al Estado resguardar.

El orden público ha de entenderse que está constituido por el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan la vida jurídica de la sociedad en el ámbito del derecho privado y que se consideran imprescindibles para su mantenimiento y progreso por lo que el concepto de orden público se modifica continuamente, en la medida que progresa y evoluciona la sociedad, lo que configura un orden público dinámico, acorde a los principios, no sólo jurídicos sino también, económicos, sociales, morales, entre otros.

En cuanto al orden público, éste engloba a las disposiciones legales de carácter imperativo. La norma prefija conductas que tenemos la obligación de seguir y cumplir, bajo sanción. Un ejemplo de ello lo tenemos en el artículo 1315° del Código Civil que exige la intervención de ambos cónyuges para la disposición o gravamen de los bienes sociales. Su contravención acarrea la nulidad del contrato.

El orden público igualmente se sustenta en principios fundamentales y de interés general, pues en ellos, el ordenamiento jurídico de un determinado Estado se apoya para garantizar la convivencia social. Por eso los principios no hacen sino orientar las relaciones jurídicas. Tenemos el caso del principio de patrimonialidad de la obligación nacida de todo contrato, lo que determina que no podrá ser objeto del mismo, la venta de los órganos de un ser humano como tampoco podría ser válido el arrendamiento del vientre de una mujer para la gestación de un embrión.

Sin embargo, las concepciones de las sociedades varían en el tiempo y en el espacio, lo que se refleja en el orden público. La postura frente al matrimonio ha variado sustancialmente, cuando la Ley N° 27495 incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsiguiente divorcio, considerando que el divorcio no es una sanción sino un remedio en el derecho familiar peruano.

Incluso, cuando diversas corrientes del pensamiento jurídico nacional, plantean la supresión de figuras como la lesión y la excesiva onerosidad de la prestación, considerando que la autonomía privada no debe ser intervenida por el Estado ni el Derecho sino regida por las leyes del mercado, denotan concepciones diferentes en estadios socio-económicos distintos, las que tendrán que estar acordes a los requerimientos jurídicos actuales.

El artículo 1352° del Código Civil establece que: “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes; excepto aquellos, que además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”.

En el proceso de formación del contrato cabe distinguirse 2 hechos distintos que, aunque generalmente coincidentes, tienen peculiaridades propias. Estos son la conclusión y el perfeccionamiento. La Conclusión del contrato es la concurrencia de las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta y una voluntad común, o sea el consentimiento. Desde el momento en que la aceptación recoge la declaración contenida en la oferta, haciéndola suya, y es conocida por el oferente, el contrato queda concluido.

Perfeccionamiento del contrato es la oportunidad en que el contrato, ya concluido, produce sus efectos y deviene en eficaz, es decir, crea regula, modifica o extingue una relación jurídica obligacional de carácter patrimonial. Normalmente la Conclusión del contrato consensual lleva consigo el Perfeccionamiento del mismo, porque no se requeriría de otro elemento adicional para que el contrato produzca los efectos previstos.

Por el principio del consensualismo, basta que exista consentimiento para que el contrato nazca. No necesita de ninguna formalidad para su existencia. Así, en la compra venta es suficiente que las partes consientan transferir un bien y adquirirlo al precio convenido para que exista contrato. No es necesario que las partes lo celebren por escrito ni lo inscriban en los Registros Públicos por cuanto basta que convengan tanto en la entrega del bien como en el pago del precio.

Por ello, si el niño o el adolescente concurren al mercado para satisfacer sus intereses y necesidades, es obvio que le aplicarán las reglas de los contratos enunciadas anteriormente, estando la contratación sometida a las normas imperativas que el ordenamiento jurídico imponga a los menores de edad, tal como la limitación de los actos de disposición patrimonial, por lo que su capacidad de contratar en el mercado atendiendo a su edad y madurez, supera largamente aquellos "contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria" previstos en el ordenamiento civil, implicando una redefinición de la contratación a la luz del Derecho de los Niños y Adolescentes.

8. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MENORES.

Como efecto de las obligaciones contraídas por el menor de edad, esta la responsabilidad civil en la que haya incurrido como producto de las relaciones obligaciones en las que forme parte.

Sobre la responsabilidad civil de los menores, el Código Civil de 1852, no se pronuncio. El Código Civil de 1936, en su artículo 1139, señaló que "El incapaz queda obligado por sus actos ilícitos siempre que hubiese procedido con discernimiento" mientras el artículo 1140°, dispuso que "En caso de daño causado por un incapaz privado de discernimiento, si la víctima no ha podido obtener la reparación de la persona que lo tiene bajo su guarda, el juez puede, en vista de la situación de las partes, condenar al mismo autor del daño a una indemnización equitativa".

La regulación de la responsabilidad de los menores, por actos ilícitos en los que haya incurrido, están matizados por el discernimiento. Si actuó con él, queda obligado y, contrario sensu, quedará liberado de responsabilidad si actuó sin discernimiento. Pero adicionalmente, el daño de un incapaz que actúa sin discernimiento, da lugar a una reparación que, en el supuesto que no pueda otorgarla la persona que lo tiene bajo su guarda, será asumida por el propio autor del daño, o sea el incapaz menor de edad, quien asume toda la responsabilidad, y da lugar a determinar por parte del órgano jurisdiccional, una indemnización equitativa.

Es siguiendo esa orientación que el Código Civil de 1984, previó en su artículo 458° lo siguiente: "El menor capaz de discernimiento responde los daños y perjuicios causados por sus actos ilícitos" Esto es, que el menor que hubiese actuado con discernimiento responde de los daños y perjuicios que causa a terceros, siempre que se trata de actos ilícitos. La ilicitud entonces se convierte en la condición para imputar la responsabilidad de los menores de edad.

Dicha norma legal, dada la complejidad que le atribuye a los actos ilícitos, ha sido objeto de una modificación legislativa, dispuesta por la Ley N° 27184, que modifica el artículo 458° del Código Civil en los términos siguientes:

"El menor capaz de discernimiento responde por los daños y perjuicios que causa".

Por ello, la responsabilidad civil de los menores, ya no es atribuida a los padres o terceros sino que se la atribuye directamente a su persona, siempre que cause daños y perjuicios a terceros, debiendo tomarse en cuenta el artículo 1321° del mismo Código Civil, por el cual, una persona queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios si no ejecuta las obligaciones asumidas, sea por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

De tal suerte que el Código de los Niños y Adolescentes, no podrá abstraer al menor de edad de la responsabilidad que asume por los actos en los cuales haya

intervenido, siempre que cause daño y perjuicio. En esa línea, se ubica el artículo IV de su Título Preliminar, párrafo segundo:

"La ley establece las circunstancias en que el ejercicio de esos actos requiere de un régimen de asistencia y determina responsabilidades".

Estas responsabilidades están dadas justamente por los actos civiles en los que participa el menor de edad.

EN LOS REGISTROS PÚBLICOS

9. LA INSCRIPCIÓN DE ACTOS DE MENORES.

El Código Civil de 1852, no reguló la inscripción registral, en la medida que no existían los Registros Públicos. El Código Civil de 1936 en el artículo 1054°, incorporó a los Registros Públicos, lo relativo a la inscripción de las Asociaciones, mencionando en su artículo 1828°, que la inscripción se efectúa en el Registro correspondiente.

El Código Civil de 1984, en el artículo 2028°, autoriza la inscripción de la constitución de la persona jurídica en el registro correspondiente a su domicilio.

El primer Código los Niños y Adolescentes, aprobado por el D. L. 26102, en su artículo 13° estableció que "el niño y el adolescente tienen libertad de asociarse con fines lícitos y derecho a reunirse pacíficamente. Sólo los adolescentes pueden constituir personas jurídicas de carácter asociativo. Los niños podrán adherirse a dichas asociaciones. Las personas jurídicas de carácter asociativo integradas por niños y adolescentes, no podrán tener fines de lucro".

De tal suerte, que las asociaciones sin fines de lucro previstas en el Código Civil, que fueran constituidas por los adolescentes y a las que podrían adherirse los niños, requerían su inscripción en el registro correspondiente de los Registros Públicos, hoy SUNARP; con el fin de obtener su personería jurídica, aún tratándose de asociaciones

cuyos titulares no tuvieran "capacidad de ejercicio" desde la perspectiva civil. Ello de ninguna manera generaría un Registro distinto y diferente para la inscripción de las Asociaciones sin fines de lucro constituidas por personas mayores de edad, dando que aquellas están habilitadas para ese efecto. El trámite en ambos casos, para constituir personas jurídicas de carácter asociativo sería el mismo, elevando a Escritura Pública el acto constitutivo con sus respectivos Estatutos y designando a su Consejo Directivo.

A diferencia de su antecesor, el Código de los Niños y Adolescentes, vigente, si bien ha reiterado y reconocido la libertad de asociación de los niños y adolescentes, ha incorporado una modificación, justamente para evitar cualquier tipo de confusión con el acto constitutivo de la Asociación, por parte de los adolescentes, anotando en su artículo 13º, párrafo final lo siguiente:

"Estas asociaciones son reconocidas por los Gobiernos Locales y pueden inscribirse en los Registros Públicos por el solo mérito de la Resolución Municipal de reconocimiento".

Significa que la constitución de una persona jurídica por parte de los adolescentes seguirá las mismas reglas del acto constitutivo, sin embargo de lo cual, su personería será reconocida por los Gobiernos Locales, en el ámbito de la respectiva jurisdicción municipal, bien sea provincial o distrital, lo que no obvia, que tratándose de una persona jurídica, pueda inscribirse en los Registros Públicos, pero por el mérito de la Resolución Municipal de Reconocimiento, superando formalidades exigidas por dicha entidad como la Escritura Pública. Y al no existir un Libro de Personas Jurídicas especial para el caso de Asociaciones de adolescentes, la inscripción ha de proceder en el mismo Libro de los Registros Públicos, inscribiendo dicha Resolución Municipal de reconocimiento, expedida por el Gobierno Local que corresponda.

EN EL DERECHO INTERNACIONAL

10. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

La Declaración sobre los principios sociales jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los Niños, con particular referencia a la Adopción y la Colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional, que fuera adoptada por Resolución 41/85, de 03 de diciembre de 1986, asume la problemática de los niños abandonados o huérfanos que existen en el mundo, y considera que en los procedimientos de adopción y de colocación en hogares de guarda de los menores de edad, se debe tener presente el interés superior del Niño.

El artículo 2087° del Código Civil de 1984, establece las reglas para la adopción, desde un ámbito jurídico general, sin ubicarla desde la orientación de la Convención sobre los derechos de los Niños, otorgando a la Adopción Internacional un contenido público de carácter administrativo superando de ese modo, el carácter eminentemente privado de su regulación por el Código Civil, tal como ha sido normado por el Código de los Niños y Adolescentes, en sus artículos 129° y 130°. De ese modo, las reglas previstas en el artículo 2087°, deben ceñirse a lo dispuesto por éstas últimas.

Así, la regla 1. para que la adopción sea posible se requiere que esté permitida tanto por la ley del domicilio del adoptante como del adoptado, debe estar referida a la obligatoriedad de los Convenios bilaterales o multilaterales que celebre el Estado Peruano y los Estados de los extranjeros adoptantes, para ese efecto, pues la ley del domicilio del adoptante y del adoptado se someterán a lo dispuesto en ellos.

La regla 2 y 3. de que la ley del domicilio de adoptante y del adoptado, regulara los requisitos para la adopción, según sea el caso, se ceñirá estrictamente a lo dispuesto por el Código de los Niños y Adolescentes así como a la Ley N° 26981, Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de menores de edad declarados judicialmente en Abandono.

De esa forma, ha de prevalecer la normativa especial del Código de los Niños y Adolescentes, debiendo remitirse el artículo 2087° a lo dispuesto en él y en la Ley N° 26981.

ADOPCIÓN

Es una medida de protección al niño y adolescente, por la que bajo vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza. El adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

Para la adopción se requiere:

- 1.- Que el adoptante goce de solvencia moral.
- 2.- Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar.
- 3.- Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge.
- 4.- Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.
- 5.- Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.
- 6.- Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.
- 7.- Que sea aprobada por el juez.
- 8.- Que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.

Tal como se analizó, el inciso 4., debe quedar derogado, en virtud de lo dispuesto por el Código de los Niños y Adolescentes, y por lo normado en la Ley del Procedimiento Administrativo de Adopción.

La adopción es irrevocable, no puede hacerse bajo modalidad alguna. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges. Sin embargo, el menor que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que desapareció su incapacidad. El juez lo declarará sin más trámite. En tal caso, recuperan vigencia, sin efecto retroactivo, la filiación consanguínea y la partida correspondiente. El registro del estado civil respectivo hará la inscripción del caso por mandato judicial.

El tutor puede adoptar a su pupilo solamente después de aprobadas las cuentas de su administración y satisfecho el alcance que resulte de ellas.

Si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes, la adopción no puede realizarse sin que dichos bienes sean inventariados y tasados judicialmente y sin que el adoptante constituya garantía suficiente a juicio del juez.

El trámite de adopción de acuerdo al espíritu de la Convención sobre los derechos de los Niños, se regirá por lo dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes y en la Ley N° 26981, Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de menores de edad declarados judicialmente en Abandono.

IV.- EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL AL NIÑO Y ADOLESCENTE

El Sistema establece las políticas nacionales y coordina los planes, programas y acciones de las instituciones preocupadas por la niñez y la adolescencia. Esta integrado por todos aquellos organismos públicos de nivel nacional, regional y local y

promueve la participación de los organismos privados y comunales para encarar la problemática de niños y adolescentes.

El órgano central esta constituido por el PROMUDEH con niveles de organización y coordina medidas y políticas que han de garantizar el cumplimiento de las normas vinculadas al quehacer del niño y del adolescente.

Entre sus funciones están:

Formular políticas orientadas a la atención integral;

Dictar normas técnicas y administrativas sobre la atención de este sector;

Dirigir la política nacional de adopciones;

Llevar un registro, regular el funcionamiento y supervisión de los organismos públicos y privados vinculados a los programas y acciones dirigidos a los menores;

Velar por el cumplimiento de las normas sobre derechos del niño Convención y la legislación nacional.

La naturaleza del sistema es administrativo, por lo que resuelve conflictos administrativos en última instancia.

Esta modificatoria fue introducida por el Decreto Legislativo N°. 866 y el D. S. N° 012-98-PROMUDEH, (1ra Disposición Complementaria).

Políticas de atención al menor.

Las políticas de atención al niño y adolescentes estarán orientadas a desarrollar: diversos Programas:

PROGRAMAS DE PREVENCIÓN: Para garantizar condiciones de vida adecuadas.

PROGRAMAS DE PROMOCIÓN: Para motivar su participación y la de su familia, programa de protección para asegurar la atención oportuna frente a situaciones de riesgo.

PROGRAMAS DE PROTECCIÓN: Asegurar la atención oportuna cuando enfrente situaciones de riesgo.

PROGRAMAS DE ASISTENCIA: Para atender necesidades del menor en circunstancias difíciles.

PROGRAMAS DE REHABILITACIÓN: Permite la recuperación física y mental del menor con atención especializada.

Debe tomar en cuenta la situación social y cultural de los niños y adolescentes, promoviendo programas especiales para atender a niños y adolescentes impedidos, otorgándoles una educación especializada y de capacitación laboral.

A los menores adictos a sustancias tóxicas se les brindará tratamiento especializado y mediante programas de recuperación física y psicológica se atenderá al menor maltratado o víctima de violencia sexual tan igual que a las víctimas de violencia armada.

El niño trabajador o de la calle, participará en programas que aseguren su proceso educativo y desarrollo personal e integrará a los programas asistenciales a los que carezcan de familia o se encuentren en estado de extrema pobreza.

¿Quién está a cargo del Sistema?

El Sistema, es un ente orgánico, con principios, políticas y estructura y está a cargo del PROMUDEH, que reemplaza al Ente Rector como órgano central. Tiene como jefe a un técnico especializado en niños y adolescentes.

El PROMUDEH, hoy MIMDES, está a cargo del Ente Rector, el cual ha cuenta con una Gerencia de la Niñez, la que está integrada por 2 Oficinas: la Oficina de Adopción y la Oficina de Defensoría.

La Oficina de Adopción: Es la responsable de proponer y ejecutar a política nacional en materia de adopciones.

La Oficina de Defensoría: Es la responsable de dirigir y asesorar el sistema de redes de servicios de atención a niños en situación de vulnerabilidad. Esta Oficina coordina con las DEMUNAS y eventualmente podrían ser intervenidas, si no cumplen a cabalidad sus funciones.

Las Defensorías del Niño y Adolescentes.

Las Defensorías del Niño y del Adolescente, es en servicio del Sistema Nacional de Atención Integral y tiene como misión resguardar los derechos reconocidos a favor de ellos.

Entre sus funciones se encuentran:

Conocer la situación social de los niños y adolescentes.

Intervenir para solucionar sus derechos.

Promover el fortalecimiento familiar, realizando conciliaciones de naturaleza extrajudicial, entre cónyuges, padres y familiares.

Fijar normas de conducta, alimentos y colocación familiar provisional, siempre que no medien procesos judiciales.

Promover reconocimiento voluntario de filiaciones.

Orientar programas a los menores que trabajan y a la familia en situación crítica.

Presentar denunciar a las autoridades por faltas y delitos en agravio de los menores.

Un antecedente importante en la organización de las Defensorías de los Niños y Adolescentes, se encuentra en la Resolución Vice-Ministerial No. 033-97-PROMUDEH que aprobó el Reglamento del Servicio de Defensoría del Niño y del Adolescentes, cuyas Disposiciones Generales señalan los lineamientos técnicos y administrativos para regular desde la Oficina de Defensoría, dependiente de la Gerencia de Promoción de la Niñez y Adolescencia, órgano del PROMUDEH, hoy MIMDES, la actividad del Servicio de Defensoría del Niño y el Adolescente.

Así como el D. S. 001-97-PROMUDEH, señaló que este sector asumía las funciones del Ente Rector que regulaba al Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y del Adolescente, dicha norma legal, es la que permite normar el Servicio de Defensoría del Niño y el Adolescente, previsto en el Código del Niño y de los Adolescentes, constituyéndose el PROMUDEH, hoy MIMDES, en la “AUTORIDAD CENTRAL”, a fin de asumir competencia nacional sobre la marcha de las Defensorías del Niño y del Adolescente, en todo el territorio nacional, lo que se corrobora con el artículo 3º, al precisar que las normas del Reglamento se aplican a todas las Defensorías del Niño y el Adolescente.

Es de anotar que el Congreso aprobó y el Poder Ejecutivo promulgó la Ley N° 26875, que modifica el artículo 67º de la anterior Ley Orgánica de Municipalidades, disponiendo dentro de sus funciones, la “defensa y promoción del Niño y del Adolescente, para lo cual el inciso 1. señala que para ese efecto, se organizará y reglamentará el servicio de Defensoría Municipal del Niño y el Adolescente, con lo cual, las que se crearán, sean en el ámbito municipal u otras áreas, tendrían un único órgano rector, bajo responsabilidad del PROMUDEH, a través de la “Oficina de Defensoría de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia”.

Para hacer viable esa Autoridad Central, el artículo 5º, dispuso la organización de una “Red de Coordinación”, en diferentes niveles, que van desde el regional hasta el provincial. Con ese fin, entre otros, el artículo 6º, precisaba las funciones de la

Oficina de Defensoría, destacando que llevará un Registro de las Defensorías del Niño y del Adolescente, pudiendo sancionar con la “suspensión temporal o el cierre de las Defensorías del Niño y del Adolescente así como amonestar y/o cesar en las funciones a sus responsable y defensores, en caso de incumplimiento de las mismas, como se señala en el inciso e).

En el artículo 17° del Reglamento, se establece la estructura de las Defensorías, estará integrada por un Responsable, que según el artículo 18° será “una persona de reconocida por la comunidad” y los Defensores, “profesionales de cualquier disciplina, preferentemente relacionada con las ciencias humanas y sociales”, no se pronuncia sobre su designación o nombramiento, ni la relación de dependencia que mantendrá con el organismo que lo designe, debiendo entenderse que conforme al inciso c) del artículo 11° del Reglamento, como acción propia de las Defensorías está la de organizarse con recursos propios, y si está instalada en alguna institución públicas o gobiernos locales, sus gastos serán asumidos con la partida del Tesoro Público, correspondiente a su Sector, con lo cual, reconocía que dicha designación estará a cargo de los Municipios y sus gastos serán sufragados con su respectiva Partida presupuestal proveniente del Tesoro Público, pues siendo función de las Municipalidades crear e impulsar a las DEMUNAS, como parte de su estructura orgánica, debe designar al Funcionario Responsable y a los Defensores, respetando su autonomía municipal consagrada constitucionalmente.

La autonomía municipal se concibe en diversos ámbitos: la autonomía política, para la elección de sus propias autoridades; la autonomía administrativa, en la prestación de los servicios públicos locales; la autonomía económica, en la creación de sus propias rentas e inversión de las mismas; y en la autonomía de sus resoluciones, en la medida que sólo judicialmente se podrán contradecir las emitidas por los órganos municipales. La organización de las Municipales, está garantizada por la Constitución Política del Estado y la Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley N° 23953, que le reconoce autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

Pues bien, la competencia de las Municipalidades en materia de defensa de los Derechos del Niño, está diseñada para abordar la defensa de los derechos de los Niños vinculándola a la promoción y organización de la participación de los vecinos en el desarrollo comunal, entendiendo por desarrollo comunal, la creación de las mejores condiciones para el ejercicio de los derechos ciudadanos en el ámbito del territorio municipal. Es allí entonces, donde los Gobierno Locales, tienen que asumir como elemento importante de su acción, la necesaria e irrestricta defensa de los derechos de los Niños y Adolescentes.

Como no podía ser de otra manera, las competencias municipales no fueron claramente establecidas en el campo de los Derechos del Niño. Es solo a partir de la Convención de los Derechos del Niño de las NN. UU. y luego con la aprobación del Código de los Niños y de los Adolescentes, que se le asigna competencia en ese campo a las Municipalidades, sean Provinciales y distritales, como en el caso de las Defensorías Municipales de los Niños y de los Adolescentes, DEMUNAS.

Por eso es que el artículo VIII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, establece que en toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través, y en este caso, por los gobiernos locales y demás instituciones, debe considerarse el interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos.

Las acciones relativas a la defensa de los Derechos de los Niños, permite que los Gobiernos Locales, a través de las DEMUNAS, cumplen un rol en el campo de la defensa de los derechos de los Niños y Adolescentes reconociéndose a las DEMUNAS, atribuciones para llevar audiencias de conciliación destinadas a resolver conflictos originados por violencia familiar, entendida como la acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, incluida la amenaza o coacción grave, según lo dispuesto en la Ley 26260, modificado por la Ley 26763.

Luego, el Congreso aprobó y el Poder Ejecutivo promulgó la Ley 26875, por la cual, se modifica el art. 67° de la Ley Orgánica de Municipalidades, disponiendo

como función de ellas, la “defensa y promoción del Niño y del Adolescente, para lo cual el inc. 1. señala que para ese efecto, se organizará y reglamentará el servicio de Defensoría Municipal del Niño y el Adolescente, que se crearán, en el ámbito municipal u otras áreas.

Así también se faculta a los gobiernos regionales y locales, para que establezcan dentro de sus perspectivas jurisdicciones, entidades semejantes al ente Rector, que tenga a su cargo la normatividad, registros, supervisión y evaluación de las acciones que desarrollen las instancias ejecutivas.

Se dispone que los niños que trabajen por necesidad, tienen derecho a participar en programas dirigidos a asegurar su proceso educativo y su desarrollo físico y mental, debiendo el Ente Rector, en coordinación con los gobiernos locales, con los que tendrán a su cargo la promoción y ejecución de estos programas.

La sociedad civil, a través de sus múltiples instituciones, también contribuyen, desde la perspectiva de aportar a la defensa de los derechos de los Niños y Adolescentes, a partir de sus propias iniciativas y acciones, vinculadas directamente al quehacer social, sin que puedan excluirse las Universidades.

Una especial mención a la facultad otorgada a las Defensorías de los Niños y Adolescentes para realizar conciliaciones extra-judiciales entre los cónyuges, los padres y demás familiares. Si bien las materias son establecidas por el Código de los Niños y de los Adolescentes, la función conciliatoria se regla con la Ley de Conciliación, Ley N° 26872. A ella se suma la Ley N° 27007 de 02 de diciembre de 1998, que las facultó para realizar conciliaciones extrajudiciales con título de ejecución, a semejanza de aquellos Centros de Conciliación Extra-judicial autorizados por ley que si las tenían, así como su Reglamento aprobado por D. S. 006-99-PROMUDEH de 15 de mayo de 1999.

Sin embargo, en materia de Violencia Familiar, queda pendiente determinar si las DEMUNAS, pese a lo dispuesto por norma expresa, están facultadas para conciliar sobre esa materia.

V.- LA JUSTICIA ESPECIALIZADA

1. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La jurisdicción en materia de menores la ejercen la Sala de Familia y los Juzgados de Familia. Tienen competencia para conocer procesos civiles de familia, los asuntos de los niños y adolescentes y los demás que señala la ley, la Sala de Familia y los Juzgados de Familia, y se establece por el domicilio de los padres o responsables, donde se encuentre el niño o donde se cometió el acto infractor.

El Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por D. L. 26102 en el año de 1992, reguló una normatividad propia para los menores de edad, en materia penal y laboral. El nuevo Código de los Niños y Adolescentes promulgado por la Ley N° 27337, en el año 2000, reitero esa visión.

En cuanto al Derecho Penal, en el Título de la actividad procesal, incorporó un Capítulo sobre la condición del Adolescente Infractor de las leyes penales, prohibiendo como medida socioeducativa, el establecimiento de trabajos forzados a los adolescentes infractores de la ley penal, permitiendo la prestación de servicios a la comunidad, siempre que no perjudique su salud, su proceso educativo y su actividad laboral.

Sobre la prohibición del trabajo forzoso, cabe remitirse a la norma internacional según la cual, "todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente", Convenio Internacional de Trabajo N° 29 de la O.I.T. está tipificado como tal. No se discute la voluntad del individuo de prestar un servicio con la obligación de cumplir con él sino la sanción que se impondría en el caso de negarse a prestarlo.

Pese a ello, diversas actividades que estarían comprendidas como trabajo forzoso son admitidas como el caso del trabajo penitenciario u obligaciones cívicas como participar en las mesas de los procesos electorales. Entonces, el trabajo de los

presos está permitido, pese a que en rigor sería un trabajo forzoso; sin embargo, el mismo está prohibido expresamente para los Adolescentes infractores, por mandato del Código de los Niños y Adolescentes, salvo la prestación de servicios a la comunidad.

2. JUSTICIA ESPECIALIZADA PARA NIÑOS

La Convención sobre los Derechos de los Niños garantiza una administración de justicia especializada y aplicable únicamente a los menores de edad, cuando se atente contra la legalidad o se infrinja la ley penal.

La existencia de esa administración de justicia, deberá contar con órganos de justicia especializada para los niños y adolescentes, por lo que la finalidad del proceso como la imposición de sanciones, debe perseguir una función socializadora, educativa, integradora y constructiva en la sociedad.

Entre las garantías que deben inspirar los procesos y las sanciones está el principio de legalidad, esto es, que la acción u omisión por la que se acuse un menor de edad, debe estar tipificada claramente en la ley; el principio de inocencia, por el que se presume su inocencia en tanto no se prueba la responsabilidad; el de ser tratado acorde a su dignidad; el derecho a ser informado de los motivos por los que se le está acusando, tanto de hecho como la conducta considerada ilícita como de derecho o sea, el amparo legal con el que se procede; el derecho a que su proceso sea ventilado ante un tribunal independiente e imparcial, en presencia de su defensor y sus padres; a no declarar contra sí mismo, presentando o interrogando a testigos de cargo como de descargo; al respeto a sus derechos y libertades fundamentales; y en caso de ser declarado culpable por hecho tipificado en la ley penal, la decisión sea recurrida en grado a una autoridad superior; y de no saber el idioma, contar con un traductor gratuito; y como garantías, las del debido proceso y su derecho a la defensa y asistencia legal.

Tales preceptos fueron recogidos por nuestro Código de los Niños y Adolescentes en el Título de la Actividad Procesal, contando con un capítulo especializado referido al Adolescente Infractor e incluso relacionado con el Pandillaje pernicioso.

3. LA JUSTICIA PENAL PARA LOS MENORES DE EDAD

Un rápido recuento del significado de la justicia penal aplicable a los menores de edad, nos llevará indefectiblemente a reconocer que los presupuestos de la doctrina de la "situación irregular del menor", consideraba a los menores de edad como incapaces, por lo que requerían necesariamente de la protección de la sociedad adulta y especialmente del Estado, lo que supone que las personas que no cumplían su mayoría de edad, no tenían plena capacidad, y por tanto no eran sujetos de derechos sino objetos de tutela, y por ende, no podían ejercer derechos u obligaciones, atendiendo a su propia condición de seres humanos.

Siendo así, estaban a merced de las decisiones de aquellos encargados de velar por ellos, sin tomar en cuenta sus opiniones o consideraciones sobre su persona o entorno social. Y en el caso de que cometieran infracciones a la ley penal, sean delitos o faltas, se le considerarían como actos y conductas antisociales, tomando las providencias para aislarlos de la sociedad, que se ponía en riesgo por tales conductas.

De allí, que los menores de edad, que incurrían en actos delictuosos, no se les otorgaba las garantías constitucionales ni las previstas en la ley penal, dado que no habían adquirido carta de "ciudadanía". Es por eso, que bajo el amparo de dicha doctrina, surgen planteamientos que sustentan que los menores de edad no cometen delitos sino que sus conductas están fuera del marco estructurado por la sociedad adulta, conllevando la restricción de derechos por acciones no contempladas en la ley, por lo que no se les puede imponer penas sino medidas de corrección o de carácter educativo.

Tal situación cambiaría radicalmente con la promulgación de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, dado que los menores de edad, sean niños o jóvenes, al igual que los adultos, son sujetos de derechos, esto es, titulares de derechos y obligaciones reconocidos por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, responsables de sus actos, pero atendiendo a su minoría de edad y madurez, todo lo que fue posible gracias a la doctrina de la "protección integral de la infancia".

En los supuestos que los menores de edad incurrieran en actos tipificados por la ley penal como delitos o faltas, la Convención sobre los Derechos de los Niños, contempló tal circunstancia. Su artículo 37° estableció la prohibición de imponer penas o tratos inhumanos o degradantes así la pena capital a los menores de 18 años de edad; del mismo modo la de no ser detenido o encarcelado sino por motivos previstos en la ley, y sólo cuando no existiere otro medio que logre lo que con la detención o encarcelamiento se pretenda realizar; en todo caso, tendrá que estar separado de los adultos y mantendrá contacto con sus familiares.

Igualmente se prevé el derecho de los privados de libertad a la asistencia jurídica y el de recurrir por ante un tribunal superior, para determinar la legalidad de la detención.

Adolescente Infractor de la ley penal

¿Quién es el Adolescente Infractor?

Adolescente Infractor es aquel mayor de 12 y menor de 18 años, cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible tipificado en la ley penal como delito o falta.

¿Existe responsabilidad penal en el adolescente?

En este tema existe una cuestión de fondo: La existencia de una responsabilidad penal en el adolescente ha de considerarse, según la Convención de los Derechos del Niño, al menor que se encuentre entre los 12 a los 18 años de edad.

El menor de 12 años que infrinja la ley penal será pasible de medidas de protección previstas en el Código de los Niños y Adolescentes. El menor de 12 años incurre en falta más no delito. Sobre este particular existe una interpretación jurídica muy diferente a la del Código Penal para adultos, aunque se trataría de una responsabilidad penal atenuada pero responsabilidad al fin, que recae en el adolescente, por lo que existiría una diferencia de grados entre la responsabilidad del adulto y la del adolescente, pues al primero se le aplicarán las penas prevista en el Código Penal, mientras que al segundo se le aplicarán las sanciones específicas con fines específicos previstos por ley (por ser responsabilidad atenuada), por lo que será sujeto de aquellas medidas establecidas en la legislación de menores llamadas Medidas Socioeducativas o penas juveniles, cuya finalidad es reeducar al adolescente.

En caso que un adolescente sea sometido a un proceso, se le reconocerán todas las garantías que conlleva un proceso normal según los instrumentos internacionales, tales como las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing); las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad; las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.

Los Derechos Individuales

Existe la prohibición expresa de privar al adolescente de su libertad salvo que exista mandato judicial debidamente motivado.

Se establece el derecho del adolescente de impugnar la orden por la cual ha sido privado de su libertad además de la opción que tiene para ejercer directamente la acción del Habeas Corpus ante el juez competente.

Al derecho de ser informado de la privación de su libertad y además de informar a los padres o responsables de éste, de la causa por la cual ha sido detenido.

La garantía a su derecho de defensa.

Derecho a ser separado de los adultos mientras se encuentre privado de su libertad, para resguardar su seguridad.

Garantías en el proceso

El adolescente tiene derecho a que se le respeten los siguientes principios:

Principio de legalidad (Nullum Crimen, Nullum Poena sine lege).

Ningún adolescente podrá ser procesado ni sancionado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley penal de manera expresa e inequívoca como infracción punible ni sancionado como medida socio-educativa que no este prevista en el Código de los Niños y Adolescentes.

Principio de Confidencialidad y reserva del proceso (proceso judicial reservado).

Son confidenciales los datos sobre los hechos cometidos por los adolescentes infractores. principio consagrado en su artículo 190°.

Principio de la función jurisdiccional. Debe respetarse en los procesos judiciales aperturados al adolescente infractor, las reglas de la función jurisdiccional previstas en la Constitución, la Convención sobre los derechos del Niño, el Código de los Niños y Adolescentes y leyes vigentes sobre la materia.

Principio de Rehabilitación. Las medidas a aplicarse no solo deberán basarse en el examen de la gravedad del hecho sino también en las circunstancias personales que lo rodean.

De igual modo el principio de la Publicidad, la motivación escrita de las resoluciones judiciales, la instancia Plural, la indemnización por error judicial, entre otros.

De la investigación u Juzgamiento.

Este proceso se encuentra dividido en 3 etapas, siendo de vital importancia precisar que sea según el Art. VII del Título Preliminar del Código de los Niños y los Adolescentes se aplica de manera supletoria en el tratamiento del Adolescente Infractor el Código Penal, el Código Procesal Penal y el Código de Procedimientos Penales.

Etapa Policial.

El Adolescente sólo podrá ser detenido: por mandato judicial o aprehendido en flagrante infracción cuyo caso será conducido a la Sección Especial de la Policía nacional. En toda diligencia debe intervenir, el Fiscal y el abogado defensor.

Iniciada la investigación del Policía tiene dos alternativas: Entregar al Adolescente a sus padres o conducir al Adolescente a la Fiscalía provincial de Familia.

Etapa de intervención del Fiscal de Familia.

Diligencia. Se le toma declaración en presencia de sus padres o responsables, del defensor y testigos de ser el caso:

Atribuciones del Fiscal. Formular denuncia solicitando la apertura del proceso penal.

Disponer la remisión: La remisión es la separación del adolescente infractor del proceso judicial, con el objeto de eliminar los efectos negativos de dicho proceso.

Ordenar el archivamiento: cuando el Fiscal considere que el hecho no constituye infracción, o el acto infractor haya prescrito.

Etapa judicial.

Se inicia con el Auto que declara promovida la Acción. El juez de familia expide resolución declarando promovida la acción y dispone la declaración del adolescente mediante auto determina la condición procesal del adolescente.

Diligencia única de esclarecimiento de hechos. Se lleva a cabo a los 30 días la promovida de acción, en día y hora señalada previamente. El adolescente podrá presentar su autodefensa. En el caso que no asista, se le notificará para una segunda vez y si no asiste de nuevo, se ordenará su conducción a la policía.

Dictamen Fiscal. El Fiscal provisional emitirá opinión sobre todo lo actuado en el término de 2 días. Si no encuentra responsabilidad en el adolescente, solicitará el archivamiento definitivo del proceso.

Sentencia. En el caso que se encuentre responsabilidad en el adolescente, se emitirá sentencia a los 2 días, señalando los hechos que considere probados, los fundamentos de derecho que califiquen el acto infractor, la medida socio-educativa a imponerse y la reparación civil.

Apelación. La sentencia será notificada al adolescente, padres o responsables, al abogado, parte agraviada y Fiscal, quienes podrán apelar dentro de 3 días, sin que se suspenda la ejecución de la medida, salvo el fallo que será leído si se establece responsabilidad del adolescente y se imponga medida socio-educativa.

Trámite de segunda Instancia. Recibido los autos por la Sala de Familia, Civil o Mixta, se remite el expediente dentro de 24 horas a la Fiscalía Superior para el dictamen. Devueltos los autos por el Fiscal Superior, se señala día y hora para la vista de la causa, en Audiencia reservada dentro del término de 5 días. La sentencia deberá expedirse dentro de los dos días siguientes a la Audiencia.

Medidas socio-educativas aplicables al Adolescente Infractor.

Son formas de tratamiento impuestas por el juez de familia que tiene por objeto la rehabilitación del adolescente infractor de la ley penal, con cuyo fin tendrá en cuentas y capacidad para cumplirla. No se aplicará en ningún caso la prestación de trabajos forzados.

Entre las clases de sanciones tenemos:

Amonestaciones.

Prestación de Servicios a la Comunidad. Realización de tareas acorde a la aptitud del adolescente, sin perjudicar su escolaridad, trabajo ni salud. El término máximo de duración es de 6 meses.

Libertad Asistida. Medida en medio abierto, con la intervención de un tutor, por la Gerencia de operaciones de centros juveniles del poder judicial, para la orientación, supervisión y promoción del adolescente y su familia. El termino máximo de duración es de 8 meses y el tutor debe presentar informes periódicos sobre el cumplimiento de su medida.

Libertad restringida. Medida socio educativa de tipo semi abierto; en el que el adolescente permanece en el propio hogar, pero a su vez participa en forma diaria y obligatoria en el servicio de Orientación al Adolescente. Su propósito es educar, orientar y reinsertar socialmente al adolescente. Se aplica en un término de 12 meses.

Internación.- Medida privativa de libertad, que de acuerdo al Código de los Niños y Adolescentes, solo se aplicará como última alternativa, y por el periodo mínimo necesario de 3 años.

¿Dónde debe cumplirse?

La internación será cumplida en centros juveniles exclusivos para adolescentes, que están a cargo de la Gerencia de Operaciones de centros juveniles

del Poder Judicial. Los adolescentes, sujetos a tratamiento, serán ubicados según su edad, sexo, gravedad de la infracción y de acuerdo al informe preliminar del equipo Multidisciplinario del mismo Centro.

Actividades Obligatorias. Son obligatorias las actividades psicopedagógicas dirigidas por los profesionales que integran el equipo Multidisciplinario.

Prolongación de la medida. En caso de que el adolescente adquiriera mayoría de edad durante el cumplimiento de cualquier medida socio educativa, y en particular la internación, el juez podrá prolongarla hasta el término de la misma.

Derechos del Adolescente que se encuentre sujeto a Internación.

Estos derechos que están previstos en el artículo 240° del Código de los Niños y Adolescentes y tienen como antecedentes las reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores privados de Libertad.

Así se contemplan los derechos a trato digno en establecimientos adecuados donde se garanticen las mínimas condiciones de higiene y satisfacción de sus más elementales necesidades, atención médica, mantener el contacto con su familia a través de visitas dos veces a la semana, o por teléfono, recibir educación y formación profesional o técnica, a trabajo remunerado; a comunicarse reservadamente con su abogado, y a pedir entrevista con el Juez o Fiscal, a tener documentos personales cuando sea externado para su normal desenvolvimiento social, y a impugnar las medidas disciplinarias adoptadas en la Institución.

Beneficio de Semi Libertad. Considerada anteriormente como una medida socio-educativa, ahora como un beneficio a favor del adolescente que cumple medida de internación. Puede acogerse a este beneficio, el adolescente que haya cumplido con las dos terceras partes de la medida de internación, como un paso previo a la externación, con el fin de ir insertándose al medio social, concurriendo a un centro de

trabajo o centro educativo fuera del centro juvenil. El término máximo de duración de este beneficio es de 12 meses.

La Remisión del proceso.

La remisión es una medida que se enmarca dentro de la "doctrina de protección integral" de protección de los derechos del niño y adolescente, asumida por las Naciones Unidas en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La remisión consiste en la separación del adolescente infractor del proceso judicial, con el objeto de eliminar los efectos negativos de dicho proceso., teniendo como antecedente el artículo 234° del Código derogado, siendo que la remisión es la facultad propia del Fiscal, Juez y de la Sala de familia.

Es una medida enmarcada dentro del principio del interés superior del niño, por la cual se separa al adolescente infractor del proceso judicial o se le aparta del mismo con el objeto de eliminar los efectos negativos de dicho proceso. Este derecho ha sido consagrado en las reglas de Beijing en el apartado II, que precisa: "debe examinarse la posibilidad de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, para que los juzguen oficialmente". Agrega en su apartado II.2 que: "La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de casos de delincuencia de menores estén facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos...".

La finalidad de Remisión es eliminar los efectos negativos de un proceso judicial para el infractor cuyo estado físico-biológico de desarrollo debe ser protegido conforme a los principios de la Doctrina de Protección Integral. Debe tenerse presente que, someter a un menor infractor a un proceso judicial, deja secuelas graves en su personalidad, lo que no es compatible con la doctrina del Código de los Niños y Adolescentes, vigente.

Clases de Remisión.

Remisión Excluyente. Es aquella que se concede antes de iniciarse el proceso Judicial y es potestad del Fiscal de Familia. Para García Mendaz “Consiste en la facultad que dispone el representante del Ministerio Público para evitar el proceso., y se da... antes de iniciado el proceso”.

Esta facultad está contenida en el inciso b) del artículo 204º, que precisa que una de las facultades del Fiscal es conceder la remisión y una de sus funciones es velar por el respeto de los derechos y garantías de los niños y adolescentes, los mismos que se encuentran relacionados con el desarrollo de su personalidad y el principio del Interés superior del niño.

Los requisitos para conceder le remisión excluyente estén previstos en el artículo 206º del Código de los Niños y Adolescentes y son que la infracción penal no revista gravedad, y que del análisis cualitativo de las circunstancias y efectos del acto infractor, no deban afectar gravemente los derechos del agraviado.

También que el adolescente y sus padres o responsables se comprometan a seguir programas de orientación supervisados por el MINDES o las instituciones autorizadas por éste. Todo lo que implica que luego del análisis de las circunstancias del hecho y la personalidad del menor, se concluya por la necesidad de una orientación especializada al infractor. Accesoriamente, el Fiscal procurará la reparación del daño causado, mediante una valoración estimatoria del mismo para su resarcimiento.

Declarada la Remisión, el Fiscal archivará el caso. La apelación, en este caso, está reservada al agraviado, en vista que el beneficiado no sufre ningún agravio con dicha resolución, dicha apelación se debe realizar dentro del plazo de 3 días de notificado la resolución de Archivo, y concedida se eleva el expediente ante el Fiscal Superior, quien puede confirmarla o revocarla. En este último caso se ordena que el Fiscal Provincial formule denuncia con la que se da inicio del proceso judicial.

Remisión Extintiva. Es aquella que se concede después de iniciado el proceso judicial y es potestad del Juez de Familia o de la Sala Superior, en cualquier etapa del proceso. Se requiere que el juez asuma competencia declarando promovida la acción en contra del infractor conforme al artículo 208° del Código de los Niños y Adolescentes.

Requisitos. Al concederse la Remisión se deberá tenerse presente que la infracción no reviste gravedad, es decir, que la naturaleza del acto infractor permita inferir la existencia de una situación leve que pueda ser fácilmente superada y corregida dentro del hogar sin necesidad de una institución especializada así como los antecedentes del adolescente, que serán tomados en cuenta para establecer si es necesaria una medida socio educativa o de protección y el tipo de la mismo, y su medio familiar, apreciando su entorno familiar, de donde proviene el adolescente, teniendo las condiciones mínimas que aseguren su orientación y reeducación, por parte de sus padres o responsables.

Para ello se contará con el Informe del Equipo Multidisciplinario o Informe social que permita al Juez deducir la existencia de un ambiente familiar adecuado.

Estos requisitos permiten al Juez y la Sala Superior conceder la Remisión al infractor, excluirlo del proceso y archivar el mismo.

La aceptación de la Remisión no implica el reconocimiento de la infracción que se le atribuye ni genera antecedentes, de conformidad con el artículo 224° del Código de los Niños y Adolescentes. Similar postura asume el Código de Menores del Ecuador, que también considera la figura de la remisión.

El adolescente que es separado del proceso por la Remisión, se le aplicará la medida socio educativa que corresponde, con excepción de la internación.

En suma, la institución de la Remisión es interesante porque permite que el adolescente que no ha cometido una infracción penal sea separado del proceso o se dé

por extinguido. Esto es, que antes de iniciarse el proceso judicial, el Fiscal podrá conceder la Remisión como forma de exclusión del mismo e iniciado el proceso y en cualquier etapa, el Juez o la Sala podrán conceder la Remisión, importando en este caso su extinción.

El pandillaje pernicioso

La ley contra el pandillaje pernicioso fue dictado por el Poder Ejecutivo, formando parte de un paquete legislativo para enfrentar la problemática de la seguridad ciudadana. Fue promulgado por el Decreto Legislativo N° 899.

Dentro de los principales aspectos que recoge la norma se encuentran los siguientes:

1. Este dispositivo esta dirigido a los miembros de los grupos de adolescentes, mayores de 12 y menores de 18 años, que se reúnen y actúan para atentar contra la integridad o la vida de terceros, dañar bienes públicos u ocasionar desmanes.
2. Los padres, tutores o quienes detentan la custodia de los adolescentes implicados en los hechos señalados en el párrafo anterior serán considerados responsables solidarios por los daños y perjuicios producidos.
3. El adolescente que brinde información que conduzca o permita la identificación y ubicación de los cabecillas, podrá acogerse al beneficio de reducción de hasta el 50% de la medida socioeducativa que le corresponde.
4. Las medidas socioeducativas impuestos varían entre los 3 a 6 años de internamiento.
5. En el caso que, una persona mayor de edad induzca a menores para participar en estas pandillas o actúa como cabecilla, líder o jefe, cometiendo las infracciones previstas para estos casos en el Código de los Niños y Adolescentes, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 10 años ni mayor de 20 años.

VI. TRABAJO INFANTIL EN EL PERÚ

1. EL TRABAJO INFANTIL EN EL PLANO INTERNACIONAL

El trabajo, entendido por los diversos instrumentos internacionales relativos a los Derechos Humanos como un derecho inherente a toda persona, es vital porque permite atender las necesidades sustanciales de toda persona, máxime cuando la fuerza de trabajo, es incorporada cual mercancía al mercado laboral, sin distinguir la procedencia de la mano de obra, bien de adultos o de jóvenes y niños, en forma por demás evidente.

En la fase primigenia del capitalismo del siglo XIX, la acumulación del capital no establecía límites para ocupar la fuerza laboral, sea de donde provenga, tanto más que los derechos económicos y sociales, no estaban presentes en la lógica del Estado liberal, pues actuaba como guardián del status contractual celebrado entre las partes y cuya regulación fue adscrita a las normas del Derecho Civil, sustentado jurídicamente en la teoría de la autonomía de la voluntad, codificada por el Derecho Civil en el Código Civil napoleónico de 1804 y el principio sacrosanto del pacta sunt servanda, que obliga a cumplir los términos contractuales irremediamente. Baste señalar que en esa etapa, la prestación de servicios estaba sujeta al contrato de arrendamiento de servicios.

En esas condiciones, el trabajo humano y productivo prestado por adultos o el de los menores de edad, merecería la acción intervencionista del Estado para proteger el trabajo subordinado y remunerado, otorgando una atención especial a los últimos, dado el efecto nocivo que generaba, pues ponía en riesgo hasta su propia vida.

Durante las primeras décadas del siglo XX, al Derecho del Trabajo, le cupo la responsabilidad de preocuparse por generar una adecuada regulación relativa al trabajo de los menores de edad y de los infantes, por una "situación de inferioridad" en la que se encontraba, tal como era visto desde la perspectiva de la sociedad internacional.

2.- EL TRABAJO EN LA CONVENCIÓN

El trabajo, como derecho humano, es recepcionado en la Convención de los Niños, dentro de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, en los términos de su artículo 32:

“Los Estados Partes reconocen el Derecho del Niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”.

Según lo prescribe el artículo citado, el Niño tendrá derecho a la protección del Estado contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pudiera: entorpecer su proceso educativo; ser nocivo para su salud; se atente a su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Añadía que “Los Estados partes adoptarán medidas legislativas y administrativas, sociales y educacionales, para asegurar la aplicación de este artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Parte en particular: Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; y, estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación del presente artículo”.

De su simple lectura, se desprende que la Convención de los Derechos del Niño, se pronuncia enfáticamente contra cualquier forma de explotación y en particular contra el desempeño de cualquier trabajo del Niño, en el caso que tenga que verse necesitado de realizarlo, en cuyo caso, los Estados Partes adoptarán las medidas legislativas o administrativas que impidan su explotación económica o que afecte su proceso educativo o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

No existe por tanto, una prohibición expresa para el trabajo de los Niños, dado que por las circunstancias económicas y sociales que padecen, conlleva a admitir, una

regulación del trabajo del menor, la que no podría ser sometida a disposiciones limitativas, que la realidad cruda e incruenta se encargaría de desvirtuar. Por el contrario, admitiendo que los niños, en determinadas circunstancias tienen que incorporarse a un mercado laboral, la Convención permite que los Estados Partes intervengan con "medidas legislativas y administrativas, sociales y educacionales" aplicando las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales.

Desde nuestro punto de vista, el fundamento doctrinario que así lo permite, es el reconocimiento del Niño como sujeto de derechos, que constituye el punto neurálgico del nuevo derecho de los Niños. Allí tenemos que ubicar tanto a la tesis abolicionista del trabajo infantil como aquellas que optan por mantenerlo y promoverlo, alternativas que corresponden a los planteamientos de diversos sectores de la comunidad internacional y nacional. La opción abolicionista propugnada por el Derecho del Trabajo, ha sido asumida por la Organización Internacional del Trabajo, como fluye del Convenio Internacional del Trabajo N° 132. Es cierto que dicha opción es una aspiración de toda sociedad democrática y moderna, pero no nos puede llevar a equívocos y a desconocer que el derecho al trabajo de los menores de edad no puede ser encarado como un mal endémico de los países en vías de desarrollo y que la regulación del Derecho del Trabajo no lo acepta por su propia naturaleza, sino que a la luz de las nuevas tendencias, el derecho al trabajo, debe ser tratado como un *derecho humano* y un *derecho fundamental*, cuya titularidad le corresponde ejercer a los menores de edad en tanto sujetos de tal derecho.

Sí en antaño, los arrestos ilegales o arbitrarios de menores de edad se producían por considerar que sus actos anti-sociales ponían en riesgo a la sociedad adulta, hoy en día, sobre la base del derecho de que ninguna persona -y el niño también lo es- puede ser detenido si no es en flagrante delito o por mandato de autoridad competente, introduce una modificación sustancial en las políticas para la infancia tal como fueron concebidas hasta ahora.

El Derecho del Trabajo, desde que asumió la atención del trabajo infantil, lo hizo desde la perspectiva de la vulnerabilidad de este sector y su situación de debilidad que le era propia, lo que obligaba a actuar, a fin de tutelarlo y cautelararlo frente a la explotación de la que era objeto. Similar situación se presentó en el caso del trabajo femenino. Esas son las razones, al lado de los elementos machistas y culturales imperantes en aquellas épocas, que justificaron una normatividad conjunta para regular la actividad laboral de ambos grupos ocupacionales, niños y mujeres, y por eso mismo, dentro de los diferentes instrumentos internacionales y nacionales que reglamentaban el trabajo subordinado, algunas de ellas se circunscribían a la protección del trabajo de niños y mujeres.

El sustento de dicha regulación la encontramos inicialmente en consideraciones de carácter económico y social. Los niños y las mujeres, trabajan porque tienen que trabajar para sobrevivir o para coadyuvar a las necesidades del hogar. Desde el punto de vista jurídico, se propugnó una protección especial cuantitativa, expuesta razonablemente por Rafael Caldera como se anotó⁽¹⁰⁸⁾, para quien tal protección se brinda atendiendo exclusivamente a la condición natural de ser niño o mujer. Por esa razón se establecieron normas específicas para ambos sectores en forma conjunta, tales como las referidas a la reducción de la jornada de trabajo, prohibición para ambos sectores del trabajo nocturno, trabajos prohibidos, entre otras.

En síntesis, se impusieron limitaciones al trabajo de los menores de edad, tanto por su situación de vulnerabilidad y fragilidad propias como por la protección especial incidiendo la función tutelar del Estado para regular la actividad laboral de los menores de edad, atendiendo a su condición y naturaleza. Sin embargo, como se tiene anotado, la Convención sobre los Derechos de los Niños, es permisiva con el trabajo de los niños, admitiendo una reglamentación apropiada.

¹⁰⁸ CALDERA, Rafael. Obra citada.

3. EL TRABAJO EN EL CÓDIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

Con la promulgación del primer Código de los Niños y Adolescentes, por D. L. 26102, se trató de superar la diferenciación en el tratamiento jurídico de la infancia y la adolescencia, en la perspectiva teórica brindada por la Convención de los Derechos del Niño, suscrita y ratificada por el Estado Peruano; lo que implica la unificación en un solo cuerpo jurídico de la regulación de los derechos de los niños y adolescentes, inspirado en la doctrina de la protección integral. El actual Código de los Niños y Adolescentes, vigente, continua con la misma orientación.

EL TRABAJO, OBJETO DE REGULACIÓN

El trabajo conceptualmente, es considerado como un esfuerzo dirigido a un fin, que debe ser racionalmente utilizado; según Alonso Olea y Casas Bamonde, las relaciones sociales “son las derivadas de la modificación del mundo exterior por el hombre, que en esto consiste genéricamente el trabajo, realizada en condiciones singulares”⁽¹⁰⁹⁾. El trabajo, como objeto de regulación por el Derecho, tiene determinadas características, que la doctrina las admitió uniformemente: el trabajo humano, productivo, libre.

El trabajo humano, se refiere al hombre que trabaja “esto es, actúa inteligentemente bien sobre su medio natural o físico, manejando materia –trabajo manual-, bien sobre su medio cultural o social, manejando signos o símbolos –trabajo intelectual-,⁽¹¹⁰⁾ aunque la tendencia moderna pretende suprimir tal diferencia. El trabajo productivo es el que “reporta un beneficio económico y directo para la persona que lo presta” y “debe generar una utilidad a la persona que lo realiza, independientemente de que se extienda a la sociedad” mientras que el trabajo libre, toma en cuenta la libertad de trabajo, es decir, “la libertad de decidir si se contrata o

¹⁰⁹ ALONSO OLEA, Manuel Y CASAS BAHAMONDE, María Emilia. Derecho del Trabajo. En: Javier Neves Mujica. Derecho Laboral. Ediciones PUC. 1991. Página 28.

¹¹⁰ NEVES MUJICA, Javier. El ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. En: Derecho del Trabajo General.

no y la determinar la persona con quien se contrata, que son justamente las manifestaciones de la llamada libertad de contratar"⁽¹¹¹⁾. El trabajo con esas características, se incorpora al ámbito del derecho.

En el Capítulo II de los derechos económicos, sociales y culturales, existen dos normas referidas al trabajo. Una primera es el artículo 19, que integra la normatividad del derecho a la educación. Prescribe que "el Estado garantiza modalidades y horarios escolares especiales que permitan a los *niños y adolescentes que trabajan* asistir regularmente a los centros de estudio". El sentido con el cual se norma la educación, como un derecho humano de los menores de edad, en tanto sujeto de derechos, no discrimina la situación de niño o adolescente que trabajan dado que la protección que ha de brindarles el Estado, esta en garantizar su asistencia regular a los centros de estudios, conforme al espíritu de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

Una segunda, esta prevista en el artículo 22, esto es, el derecho al trabajo del Adolescente:

"El adolescente que trabaja será protegido en forma especial por el Estado. El Estado reconoce el derecho de los adolescentes a trabajar, con las restricciones que impone este Código, siempre y cuando no existe explotación económica y su actividad laboral no importe riesgo o peligro, afecto su proceso educativo o sea nocivo para su salud o para su desarrollo física, mental, espiritual, moral o social".

A diferencia de la Convención de los Derechos del Niño, que dispone medidas proteccionistas si por necesidad se trabaja, esta norma sustantiva reconoce al trabajo como derecho aunque lo limita a los Adolescentes excluyendo a los Niños, siempre y cuando se cumpla dentro del marco legal establecido y con arreglo a sus disposiciones imperativas, no exista explotación económica y la actividad laboral a desarrollar no importe: riesgo o peligro; no perturbe su asistencia regular a la escuela

¹¹¹ NEVES MUJICA, Javier. Obra citada.

y afecte su proceso educativo; sea nocivo para su salud; o afecte su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

El trabajo como actividad del hombre es regulado por el Derecho del Trabajo, como un derecho especializado. Nuestro Código de los Niños y Adolescentes, ha recogido en su Capítulo IV, el régimen para el Adolescente Trabajador, consignado bajo su ámbito los diferentes tipos de trabajo que un Adolescente puede prestar, ya sea en relación de dependencia o también el que se presta en forma independiente, sin la rigurosidad que el caso requeriría, toda vez que los asimila como sinónimos del trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, pese a lo cual, significa un importante avance, pues los ubica al trabajo dentro de su ámbito legal.

Por los efectos jurídicos, dicho Código no sólo tiene bajo su ámbito de aplicación el trabajo por cuenta ajena, regulado por el Derecho del Trabajo sino que ha extendido su normatividad al trabajo por cuenta propia, incorporando ambas categorías en el régimen del Trabajador Adolescente, además de otras, como aparece en su artículo 48, relativo al ámbito de aplicación:

“Los Adolescentes que trabajan en forma dependiente o por cuenta ajena, están amparados por el presente Código. Se incluyen a los que realizan el trabajo a domicilio y a los que trabajan por cuenta propia o en forma independiente, así como a los que realizan trabajo doméstico y trabajo familiar no remunerado.

Excluye de su ámbito de aplicación, el trabajo de los aprendices y practicantes, el que se rige por sus propias leyes”.

El trabajo que realiza una persona, en este caso niño conforme al ordenamiento internacional o niño y adolescente, conforme al ordenamiento nacional, puede conllevar a que ella misma sea titular del producto de su labor o lo puede ser un tercero; en el primer caso estaremos ante un trabajo por cuenta propia y en el segundo, frente a un trabajo por cuenta ajena.

La diferencia sustancial, entre uno y otro, es la ajenidad; “Alonso Olea la considera un resultado de la cesión del trabajador; mientras que Sala Franco la considera como efecto del derecho de propiedad del empresario”. Desde ese punto de vista, la ajenidad se sustenta en “una realidad social en la cual los frutos del trabajo son atribuidos inicial y directamente a persona distinta de quien ha ejecutado el trabajo” y “se opone el trabajo por cuenta ajena al autónomo o por cuenta propia, en que quien trabaja retiene la titularidad inicial de los frutos de su trabajo, sin perjuicio de que a posteriori pueda disponer de ellos también por títulos jurídicos varios”, concluyendo que “objeto del Derecho del Trabajo es el trabajo por cuenta ajena; sólo indirectamente, o por aproximación o analogía, entra a considerar formas autónomas de trabajo, cuya regulación deja, o se reservan, otros sectores del ordenamiento jurídico”.

Históricamente el Derecho del Trabajo reguló exclusivamente el trabajo por cuenta ajena; conforme lo anotado, este aspecto pareciera haber sido innovado por el artículo 48 en comento, al incluir en el régimen del Trabajador Adolescente, tanto al trabajo por cuenta ajena como al trabajo por cuenta propia. Lo enunciado, conlleva a afirmar la factibilidad de encontrar cuerpos normativos, como el Código de los Niños y Adolescentes, en el que el ámbito de regulación del Derecho del Trabajo, no se limite al trabajo dependiente sino que se incorpore al trabajo independiente, referido al derecho al trabajo de los Adolescentes, como un tema de reflexión que requerirá, un tratamiento posterior.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional, los derechos laborales forman parte de los derechos económicos culturales y sociales, los que no han merecido un tratamiento uniforme como se puede apreciar de los textos constitucionales, tanto la de 1979, que los normó en el Capítulo V, del Trabajo, como la de 1993, que los incorporó en el Capítulo II, de los derechos sociales y económicos; en ambos casos, siendo derechos humanos desde la perspectiva internacional, son también derechos fundamentales de la persona recogidos en el texto constitucional.

Adicionalmente, debe mencionarse el principio de la libertad de trabajo. En qué consiste? Este precepto se desarrolla a partir del ordenamiento social y económico instituido con posterioridad a la revolución francesa, en base a la declaración de la libertad, ya que con anterioridad, la prestación de servicios se dio a través de la esclavitud y la servidumbre. Hoy en día, la libertad de trabajo, comprende cuatro cuestiones:

“1) Si se trabaja o no; 2) en qué actividad; 3) por cuenta propia o por cuenta ajena; y 4) si se trabaja por cuenta ajena, cuál es la contraparte”. Por eso, la libertad de trabajo esta íntimamente vinculada a la libertad de contratar, que significa en palabras del maestro. Manuel de la Puente y Lavalle⁽¹¹²⁾, “la de ponerse o no de acuerdo con otra u otras personas”; distinta a la libertad contractual que “sólo existe dentro del contrato”, es decir, la libertad que tienen los contratantes para determinar entre sí la forma y el contenido del contrato que han convenido en celebrar.

Ambas libertades están consagradas en nuestra actual Constitución, la libertad de trabajo y la libertad de contratación, de un lado en el artículo 2: Toda persona tiene derecho: parágrafo 15: A trabajar libremente, con sujeción a la ley. De otro lado, en el Régimen Económico, cuyo artículo 59° señala: El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la *libertad de trabajo* y la libertad de empresa, comercio e industria; y en el artículo 62°: La *libertad de contratar* garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

Si la libertad de trabajo así como el derecho al trabajo y la libertad de contratar han sido recogidas en la norma constitucional, su ejercicio por los menores de edad tendrá que ser a través de medidas tendientes a su protección, conforme a las reglas del ordenamiento jurídico, por lo que las tesis abolicionistas o promotoras del trabajo de menores tienen que ubicarse en esa nueva óptica para no eliminar o restringir, el derecho al trabajo por tratarse de un derecho humano y un derecho fundamental.

¹¹² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del Contrato Privado. Obra citada. Página 53.

EL RÉGIMEN LABORAL DEL TRABAJADOR ADOLESCENTE

El régimen para el Adolescente Trabajador contiene un conjunto de normas que amparan a los menores de edad que tengan la necesidad de trabajar; pues seguirá siendo su principal obligación, asumir su educación y desarrollo físico, mental o social; en el caso que se incorporen al mercado laboral, corresponderá al Estado dictar las medidas legislativas y reglamentarias, para protegerlo.

Desde esa perspectiva, la normatividad legal del trabajo de los adolescentes es para el realizado por cuenta ajena, incluyendo el trabajo a domicilio que es el que se ejecuta, habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por éste, sin supervisión directa e inmediata del empleador como el trabajo que se presta por cuenta propia, así como el trabajo mal llamado doméstico, que se realiza en labores del hogar y el trabajo familiar no remunerado que se realiza con el Jefe de Familia, quién recibe el pago por la contraprestación de los servicios.

Debe entenderse que forma para de dicha regulación el trabajo autónomo que se ejerce en el comercio ambulatorio que se regla por las normas legales y reglamentarias aplicables a esa actividad económica y el trabajo de los niños y adolescentes institucionalizados, que se rige por las normas reglamentarias de las instituciones respectivas, como INABIF, pese a que este tipo de trabajo, previsto en el Código derogado, no ha sido lamentablemente recogido en el actual.

Solamente se excluye el trabajo de aprendices y practicantes, cuya normatividad la encontramos en el D. S. 003-97-TR, T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, pero en el supuesto de la edad, le es aplicable.

Para ejercer el derecho al trabajo por los Adolescentes se exige contar por lo menos con 12 años de edad, pero en las actividades donde se realice el trabajo por cuenta ajena o que se preste en relación de dependencia, se exige una edad mínima, lo

que no ocurre en actividades en las que el trabajo sea por cuenta propia o se preste en forma independiente. Si bien, en el ordenamiento internacional y nacional, se proscribió el trabajo de los Niños, no es menos cierto, que tal limitación no sería taxativa si se trata de labores prestadas por cuenta propia.

La edad mínima requerida para trabajar en determinadas actividades, prevista en el artículo 51 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por la Ley N° 27571, son:

1. Para el caso del trabajo por cuenta ajena:

15 años para labores agrícolas no industriales.

16 años para labores industriales, comerciales o mineras.

17 años para labores de pesca industrial.

2. Para el caso de las demás modalidades de trabajo la edad mínima es 14 años. Por excepción se concederá autorización a partir de los doce años, siempre que las labores a realizar no perjudiquen su salud o desarrollo, ni interfieran o limiten su asistencia a los centros educativos y permitan su participación en programas de orientación o formación profesional.

Con la modificación de la Ley N° 27571, aparentemente se ha uniformizado a las demás modalidades del trabajo, prescribiendo en 14 años la edad mínima, y excepcionalmente, a partir de los 12 años, si: las labores a realizar no perjudiquen su salud o desarrollo; no interfieran o limiten su asistencia a los centros educativos; y, permitan su participación en programas de orientación o formación profesional.

Tales actividades tienen como antecedente al Código de Menores y al Código de los Niños y Adolescentes, derogado, que estableció la edad mínima en 14 años para labores agrícolas no industriales, 15 años para labores industriales, comerciales o mineras y 16 años para labores de pesca industrial agregando que para las demás modalidades de trabajo era 12 años.

Entre la normativa internacional y nacional, aparece que ésta última es más favorable en lo que al trabajo de los Adolescentes se refiere; quedando pendiente lo relativo al trabajo de los Niños y si constituye un derecho para ellos, atendiendo a su calidad de sujeto de derechos, y con las limitaciones que tendrá que establecer el ordenamiento jurídico para ese efecto.

AUTORIZACIÓN PARA EL TRABAJO

A la edad mínima, el Código de los Niños y Adolescentes, le agrega otro requisito, el de la autorización para el trabajo. Los adolescentes requieren autorización para trabajar, salvo el caso del trabajador familiar no remunerado, el que será inscrito en el registro municipal correspondiente por el responsable familiar. Se presume que los adolescentes están autorizados por sus padres o responsables para trabajar, cuando habiten con ellos, salvo manifestación expresa en contrario de los mismos.

Sin embargo, el Código Civil, en su artículo 457° indica: El menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, practicando los actos que requiera. La autorización puede ser revocada por causa justa".

Dicha norma tiene que se concordada con el artículo 52° del Código de los Niños y Adolescentes, al prescribir que no es requisito para el trabajo de los adolescentes, la autorización de los padres sino que la misma es otorgada por la autoridad competente, tanto más que impone un presunción, de que dicha autorización se la tiene, si aquel habita con ellos en su domicilio.

Por eso, son competentes para autorizar el trabajo de los adolescentes que cuenten con el requisito de la edad para trabajar:

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para los trabajos por cuenta ajena.

Los municipios distritales o provinciales para los trabajos por cuenta propia y para los trabajadores del hogar, mal llamados domésticos, dentro de su jurisdicción.

Los Jueces de Familia autorizarán excepcionalmente el trabajo nocturno de los Adolescentes.

Se exige para otorgar la autorización, contar con un Certificado Médico expedido por los servicios de ESSALUD o del Ministerio de Salud, MINSA, que acredite su capacidad física, mental y emocional para desempeñar sus labores siempre que no se perturbe su asistencia regular a la escuela, acatando el mandato de la Convención, disponiéndose el examen médico en forma periódica, a tono con lo dispuesto por los Convenios Internacionales de la O.I.T, tanto para los trabajadores adolescentes, como para los trabajadores independientes y los que prestan servicio en el hogar, que serán gratuitos

Las instituciones encargadas de otorgar dicha autorización, contarán con un registro especial en el que constará la información relativa al nombre completo del menor, el nombre de sus padres o responsables, su fecha de nacimiento, dirección y lugar de residencia, la labor que desempeñara, la remuneración que percibirá, el horario de trabajo y horario de la escuela a la que asiste, y el número del certificado médico.

A tono con la protección especial cuantitativa del menor por su propia naturaleza y edad, se recoge la normativa internacional, prohibiendo determinados trabajos, como son labores en subsuelo; labores en que se manipulen pesos excesivos o sustancias tóxicas; y actividades en las que su seguridad o la de otras personas esté sujeta a la responsabilidad del Adolescente.

No se ha considerado otros trabajos prohibidos, previstos en el Código de los Niños y Adolescentes, derogado, tales como las actividades peligrosas o nocivas para su salud física o moral o aquellas labores que impliquen manejo de sustancias explosivas o inflamables, lo que constituiría un avance en la delimitación de las

labores, aunque deja en manos del PROMUDEH, ahora MINDES, en coordinación con el sector trabajo, y la consulta con gremios empresariales o laborales, precisar otros trabajos que sean nocivos para la salud o moral de los Adolescentes.

Hay que mencionar que el Código de los Niños y Adolescentes, regula los derechos individuales y colectivos de los Adolescentes, sometidos al reconocimiento de la legislación laboral, internacional y nacional, que siendo los mismos de los trabajadores adultos, se rigen con las particularidades específicas establecidas en el Código de los Niños y Adolescentes.

1) **LA REMUNERACIÓN**

La remuneración es la contraprestación al trabajo, pues una característica del contrato de trabajo es su onerosidad. El Adolescente trabajador no percibirá una remuneración inferior a la de los demás trabajadores de su misma categoría que realicen trabajos similares⁽¹¹³⁾. El Código derogado preveía que no se podrá pactar el pago de remuneración de los Adolescentes por obra, por pieza a destajo o por cualquier otra modalidad de rendimiento, supresión que tendría por objeto, ampliar la factibilidad de la contratación de la fuerza de trabajo de los Adolescentes.

2) **JORNADA DE TRABAJO**

La jornada de trabajo es el espacio temporal en el que el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo. Este beneficio también coincide con la normativa internacional y tiene antecedentes en la legislación peruana, al establecerse que la jornada será de 4 horas diarias y 24 semanales para los adolescentes que tengan entre 12 y 14 años de edad y de 6 horas diarias o 36 semanales si tienen entre 15 a 17 años.

¹¹³ Código de Los Niños y Adolescentes. Artículo 59.

Esta norma deberá ser revisada, ya que la jornada laboral forma parte de los trabajos por cuenta ajena, y si la edad mínima para la admisión al trabajo es de 15 años, conforme a la modificatoria de la Ley N° 27571, no habría jornada de trabajo para adolescentes cuyas edades fluctúen entre los 12 y 14 años de edad, y si bien, para otras modalidades de trabajo, la edad mínima es de 14 años, por excepción se podrá conceder autorización para el trabajo a partir de los 12 años, pero serían trabajos por cuenta propia, que carecen de jornada legal de trabajo.

3) TRABAJO NOCTURNO

El Código de los Niños, siguiendo a la normativa internacional y con los antecedentes en la legislación nacional, prohíbe el trabajo nocturno de los adolescentes entre las 19.00 horas y las 07.00 horas del día siguiente, lo que le es favorable por comprender 12 horas continuas. La autorización judicial para autorizar el trabajo nocturno de los adolescentes que tengan entre 15 y 17 años, siempre que no exceda de cuatro horas diarias, es importante pero inaplicable en el máximo de 4 horas diarias permitido, dado que ningún adolescente ingresará a laborar, hasta cuatro horas antes de las 07.00 horas o las trabajara después de las 19,00 horas, en su totalidad.

4) SEGURIDAD SOCIAL

A la Seguridad Social acceden los asegurados obligatorios y potestativos. Los adolescentes que trabajan bajo cualquier modalidad, tienen la calidad de asegurados obligatorios con derecho a la seguridad social obligatoria, por lo menos en el régimen de las prestaciones de salud, sin pronunciarse expresamente en torno al sistema de pensiones, sea a cargo de la Oficina de Normalización Previsional, ONP, o al sistema privado de pensiones.

Los adolescentes independientes o que trabajan por cuenta propia, podrán acogerse a este beneficio, abonando tan solo el 10% de la cuota correspondiente al

trabajador de una relación de trabajo dependiente. Se ha eliminado sin razón, la protección de los adolescentes que trabajan por cuenta ajena, en los trabajos de alto riesgo, por lo que su inscripción en dicho régimen se registrará por las disposiciones de la materia.

El acogimiento de los Adolescentes que trabajan por cuenta propia, lamentablemente no ha sido difundido adecuadamente por los servicios de ESSALUD, ya que estadísticamente, un mínimo porcentaje se ha beneficiado de él.

5) DERECHOS COLECTIVOS

Los derechos laborales de carácter colectivos, como los de la libertad sindical, negociación colectiva y el derecho a huelga, reconocidos en los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo, O.I.T., N° 87 y N° 98, dan el amparo suficiente para ejercerlos, en particular el derecho a constituir o formar parte de los Sindicato, sea por unidad productiva, rama, oficio o zona de trabajo y afiliarse a organismos de grado superior, de manera directa sin requerir intervención de terceros. Aún cuando el D. L. 25593, Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo está estructurado en función de los trabajadores adultos, no es óbice para que los Adolescentes, se organicen sindicalmente para hacer prevalecer sus derechos, sea en su actividad económica o laboral.

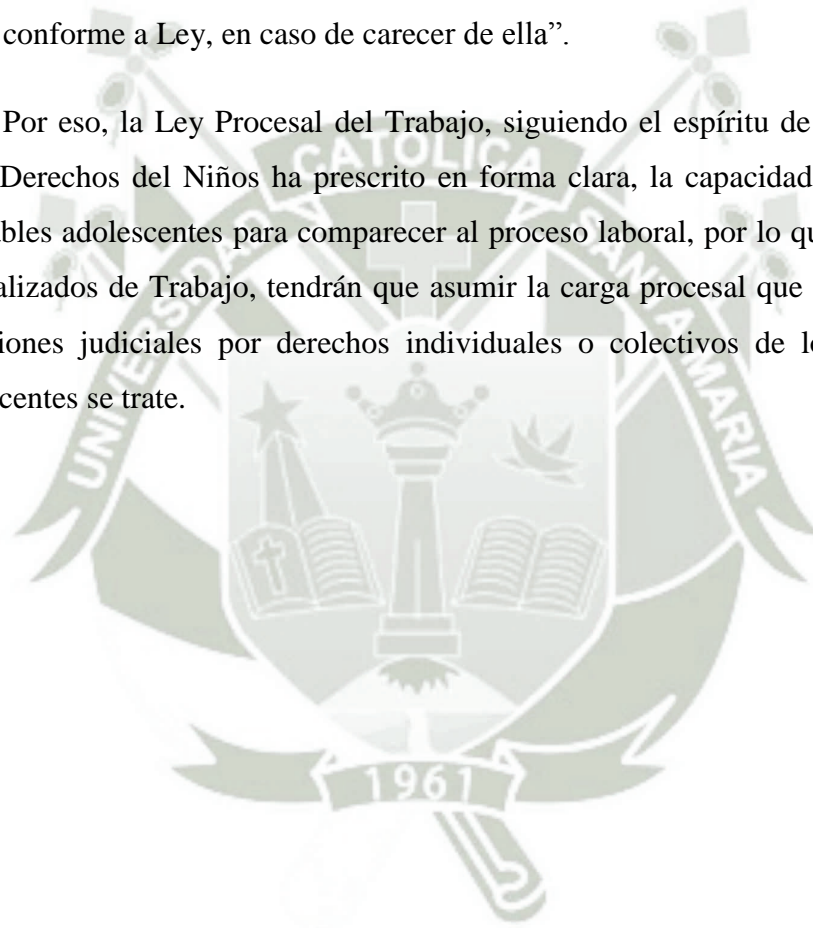
6) CAPACIDAD JURÍDICA

El Código de los Niños y Adolescentes, reconoce capacidad jurídica a los Adolescentes para constituir Asociaciones sin fines de lucro mientras que los Niños podrán adherirse a las constituidas, habiendo dejado sin efecto la norma del Código derogado de conformar organizaciones sociales de base para obtener mejoras en sus condiciones de vida y de trabajo. Pese a ello, les reconoce capacidad procesal a los trabajadores adolescentes para ejercer su derecho de acción, ante la Autoridad Judicial o Administrativa, el cumplimiento de las normas jurídicas vinculadas a su

actividad económica y para la defensa de los derechos, sin necesidad de apoderado o de representante, en tanto su apersonamiento no está supeditado a la intervención de terceros.

Esta capacidad procesal esta admitida en la Ley Procesal del Trabajo, Ley 26636; en lo relativo a la comparecencia al proceso, se precisa que “los trabajadores menores de edad podrán comparecer por sí mismos conforme a las disposiciones vigentes sobre la materia, debiendo ser asistidos por la defensa gratuita que se les provea conforme a Ley, en caso de carecer de ella”.

Por eso, la Ley Procesal del Trabajo, siguiendo el espíritu de la Convención de los Derechos del Niños ha prescrito en forma clara, la capacidad que tienen los justiciables adolescentes para comparecer al proceso laboral, por lo que los Juzgados Especializados de Trabajo, tendrán que asumir la carga procesal que se promueva si de acciones judiciales por derechos individuales o colectivos de los trabajadores Adolescentes se trate.



CONCLUSIONES

- 1.- La Convención de los Derechos de los Niños, aprobada por la Naciones Unidas, es un instrumento internacional de capital importancia para el devenir de la infancia y la adolescencia, dado que les ha reconocido derechos específicos en tanto sujetos de derechos, teniendo primacía internacional, el principio del Interés Superior del Niño.
- 2.- El Código de los Niños y Adolescentes, se constituye en la más importante codificación producida en las últimas décadas, no sólo por recoger los distintos derechos humanos aplicables a los niños y adolescentes del país, sino y sobre todo, por haber sistematizado, los más importantes derechos, que van desde los civiles y políticos hasta los económicos, sociales y culturales.
- 3.- Las instituciones familiares, aplicables a los Niños y Adolescentes, en razón de su propia condición y naturaleza, ha permitido generar importantes avances en torno a su regulación, siendo que algunas de sus instituciones, tienen un tratamiento novedoso y otras ordenado en relación a las previstas en el Código Civil peruano, de 1984.
- 4.- Existe un importante avance en lo que a la sistematización de la justicia especializada en el campo penal se refiere así como una adecuada regulación del derecho al trabajo de los adolescentes, que trabajan por cuenta ajena o por cuenta propia.

SUGERENCIAS

1. Se hace necesario impulsar e implementar una profusa y amplia difusión y capacitación sobre los Derechos de los Niños y Adolescentes, consagrados en la Convención sobre los Derechos de los Niños y en el Código de los Niños y Adolescentes, a partir de una adecuada articulación desde la sociedad civil con el Estado Peruano, a través de sus distintos Poderes Públicos.
2. La Universidad, como institución académica, no puede quedar marginada de su rol orientador hacia la sociedad, en salvaguarda de los derechos de los niños, niñas y adolescentes peruanos. Para ello, se hace necesario que organicen Defensorías de los Niños y Adolescentes, como parte de su quehacer universitario comprometido con este importante sector social.
3. La Universidad Católica de Santa María, debe promover una articulación con los niños, niñas y adolescentes de la Región Arequipa, para lo cual, conformará con los recursos institucionales y humanos requeridos, en particular con la activa participación de sus estudiantes y apoyados por la docencia universitaria, de una Defensoría de los Niños y Adolescentes, con arreglo a lo dispuesto por el Código de los Niños y Adolescentes.
4. Las implicancias que los Derechos de los Niños y Adolescentes genera frente al sistema jurídico peruano, en particular con el Derecho Civil, debe permitir avanzar en perfilar una adecuada y global regulación de los derechos e instituciones que forman parte del sistema jurídico nacional.

En esa orientación se alcanza criterios que deben permitir avanzar: en una sistematización de los Derechos del Niños frente al Código Civil, y de esa manera iniciar un tratamiento normativo adecuado.

Concordancia Legislativa

CÓDIGO CIVIL

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOL

DERECHO DE FAMILIA

Pubertad

Artículo 241°. Impedimentos.

Título Preliminar. Artículo 1°.

No pueden contraer matrimonio:

1. Los Adolescentes.

Modificado por Ley N° 27201:

Anulabilidad de matrimonio

Artículo 277°, inciso 1°:

Título Preliminar. Artículo 1°.

Del Impúber, La pretensión puede ser
ejercida por él luego de llegar a la mayoría
de edad.

Matrimonio de adolescentes

Artículo 241°, inciso 1.

Artículo 113°.

Dispensa de Impedimento para contraer
matrimonio para varón y la mujer siempre
que tengan cumplidos 16 años.

Artículo 244°.

Artículo 113°.

Asentimiento de padres,
abuelos y abuelas

Autorización judicial.
Asentimiento.

Artículo 244°.
Juez de menores otorga licencia supletoria.

Artículo 114°.
Juez de Familia escucha opinión
de los contrayentes con el apoyo
de Equipo Multidisciplinario.

Cesa incapacidad por matrimonio

Artículo 46°.
"Tratándose de mayores de 14 años
a partir del nacimiento del hijo, para realizar
solamente los siguientes actos:

1. Reconocer a sus hijos.
2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo
y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de
tenencia y alimentos a favor de sus hijos".

Título Preliminar. Artículo III°.

PATRIA POTESTAD

Deberes y Derechos de los Padres

Artículo 423°

Artículo 74°.

Extinción de la patria potestad

Artículo 461°.

Artículo 77°.

Pérdida de la patria potestad

Artículo 462°.

Artículo 77°.

Privación de la patria potestad

Artículo 463°.

Artículo 75°. Artículo 77°.

Limitación de la patria potestad

Artículo 464°.

Derogado.

Suspensión de la patria potestad

Artículo 466°.

Artículo 75°.

Restitución de la patria potestad

Artículo 471°

Artículo 78°

TENENCIA

Artículo 340°

Artículo 81°.

RÉGIMEN DE VISITAS

Artículo 422°

Artículo 88°.

ALIMENTOS

Definición

Artículo 472°

Artículo 92°.

Obligados

Artículo 475

Artículo 93°

Prorrateo

Artículo 477°

Artículo 95°.

TUTELA

Artículo 530°.

El menor de 14 años de edad puede recurrir ante el Juez contra los actos de su tutor.

Artículo 99°.

El adolescente puede recurrir ante el juez contra los actos del tutor así como pedir la remoción del mismo

Artículo 542°.

La rendición de cuentas por el tutor debe hacerse, con la audiencia del menor si tiene más de 14 años.

Artículo 99°.

El adolescente podrá recurrir contra los actos del tutor.

CONSEJO DE FAMILIA

Artículo 619°.

Habrà consejo de familia para velar por la persona e intereses de los menores.

Artículo 101°.

Habrà consejo de familia para velar por la persona e intereses del niño o adolescente que no tenga padre ni madre o este incapacitado.

Artículo 646°.

El mayor de 14 años sujeto a tutela puede asistir a reuniones del Consejo de Familia, con voz pero sin voto.

Artículo 102°.

El adolescente participará en reuniones del Consejo de Familia con derecho a voz y voto. El niño será escuchado.

DERECHO DE LAS PERSONAS

Sujeto de derechos

Artículo 1°.
Título Preliminar. Artículo II.

Concebido

Artículo 1°
Título Preliminar. Artículo I.

Integridad

Artículo 5°
Artículo 1°.

Derecho de Asociación

Artículo 76° y 81°
Artículo 13°.

Capacidad

Artículo 42°.
Plena capacidad de ejercicio a las personas que hayan cumplido 18 años de edad.
Título Preliminar. Artículo IV.
Niño y Adolescente gozan de derechos específicos. Tienen capacidad especial realizar los actos civiles autorizados por el Código y demás leyes.

Artículo 43°.
Incapacidad absoluta, de los menores de dieciséis años, salvo lo dispuesto por ley.
Título Preliminar. Artículo IV.

Artículo 44°.
Incapacidad relativa, de los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años.
Título Preliminar. Artículo IV.

Artículo 46°.

Incapacidad civil de mayores de 16 años cesa por obtener un título oficial para ejercer una profesión o un oficio.

Título Preliminar. Artículo IV.

Artículo 377°, inciso 4.

El adoptado debe prestar su asentimiento para la adopción si es mayor de 10 años. Norma derogada tácitamente.

Artículo 121.

En aplicación del Código de los Niños y Adolescentes y la Ley N° 26981.

Artículo 389°.

El hijo extramatrimonial podrá ser reconocido por el adolescente cuando cumpla 14 años.

Título Preliminar. Artículo IV.

Artículo 393°.

El menor de 14 años cumplidos puede reconocer al hijo extramatrimonial.

Título Preliminar. Artículo IV.

Artículo 407°.

La madre, aunque sea menor de edad, en nombre del hijo y durante su minoría de edad, demandará declaración judicial de filiación extramatrimonial

Título Preliminar. Artículo IV.

Artículo 414°.

La madre embarazada durante su minoría de edad tiene derecho a alimentos durante los 60 días pre y post parto, gastos de embarazo e indemnización por el daño moral.

Título Preliminar. Artículo IV.

Artículo 92°.

Artículo 415°.

El hijo extramatrimonial no reconocido, tendrá derecho a alimentos hasta la edad de 18 años, si hubiera tenido relaciones sexuales en la época de la concepción

Artículo 92°.

ACTO JURÍDICO

Artículo 140°.

Para la validez del acto jurídico se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita por la ley.

Título Preliminar.

Artículo IV.

Artículo 219°.

El acto jurídico es nulo:

2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358°.

Título Preliminar. Artículo IV.

Artículo 13°.

Artículo 22°.

Artículo 65°.

DERECHO SUCESORIO

Artículo 660°.

Desde el momento de la muerte de la persona la herencia, se transmiten a sus sucesores.

Título Preliminar. Artículo II.

Sujeto de derechos.

Artículo 687°, inciso 1.

Son incapaces de otorgar testamento:

Los menores de edad, salvo el caso del artículo 46°, si cesa la incapacidad a los 16 años por matrimonio u obtener título oficial para ejercer profesión u oficio.

Título Preliminar. Artículo IV.

Artículo 455°.

El menor capaz de discernimiento podrá aceptar donaciones, legados y herencias, si son puras.

Artículo 805°, inciso 1.

1. El testamento caduca en cuanto al heredero:

Si el testador deja herederos forzosos, si está concebido al momento de su muerte, a condición de que nazca vivo.

Título Preliminar. Artículo IV.

Título Preliminar. Artículo I.

Artículo II.

Artículo IV.

Artículo 808°.

El testamento otorgado por un menor es nulo.

Título Preliminar. Artículo II.

Artículo IV.

EN LOS DERECHOS REALES

Artículo 923°.

La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Artículo 106°.

Concordante con el artículo 13°; prohíbe el acto de disponer extensivo a la reivindicación.

Artículo 1055°.

La prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de una obligación.

Artículo 447°.

Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer obligaciones que excedan los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial.

Artículo 533°.

Para la enajenación o gravamen de bienes del menor sujeto a tutela, si tiene 16 años, el juez debe oírlo antes de autorizarla.

Artículo 459°.

Los padres, que ejercen la patria potestad, consultarán al menor que tenga más de 16 años los actos relativos a la administración de bienes.

Artículo 384°.

La persona que se pretende adoptar tiene bienes la adopción no podrá realizarse sin que dichos bienes sea inventariados y tasados, y sin que el adoptante constituye garantía a juicio del juez.

Título Preliminar. Artículo IV.

Artículo 65°.

Artículo 109°.

Quienes administran bienes de niños o adolescentes necesitan autorización judicial para gravar o enajenar por causa justificada de necesidad o utilidad de conformidad con el Código Civil.

Artículo 9°.

Expresar su opinión en todo asunto que les afecte.

Concordante con el artículo 99°.

Artículo 9°.

Concordante con el artículo 99°.

Artículo 109.

Concordante.

Artículo 448°

Se requiere autorización judicial para:
arrendar bienes del menor por más de 3 años.

Artículo 109°.

Artículo 449°.

El Juez debe oír al menor de 16 años, antes
de prestar su autorización. Se concede según
el Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 9°

El Código de Procedimientos
Civiles fue derogado por el
Código Procesal Civil.

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Artículo 1351°.

Contrato es el acuerdo de dos o más partes para
Crear, regular, modificar o extinguir una relación
jurídica patrimonial.

Artículo 13°.

Artículo 1352°.

Se perfeccionan por el consentimiento de las
Partes, excepto aquellos que, además, deben
observar la forma de ley bajo sanción de nulidad.

Artículo 13°.

Artículo 1354°.

Las partes pueden determinar el contenido del
contrato, siempre que no sea contrario a norma
legal de carácter imperativo.

Artículo 13°.

Artículo 1358.

Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades de su vida ordinaria.

Título Preliminar. Artículo IV.

Artículo 13°.

Artículo 1402.

El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 13°.

Artículo 1403.

La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita.

Artículo 13°.

Artículo 1969°.

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

Título Preliminar. Artículo IV

Artículo 1975°.

La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasiona, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable.

Título Preliminar. Artículo IV

Artículo 1976°.

No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que actué sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.

Título Preliminar. Artículo IV

AUTORIZACIÓN PARA EL TRABAJO

Artículo 457°.

El menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, practicando los actos que requiera. La autorización puede ser revocada por causa justa..

Artículo 52°

Competencia para autorizar el trabajo de los adolescentes según su edad.

Artículo 51° Se presume que están autorizados para trabajar, si habitan con ellos.

RESPONSABILIDAD DE MENORES

Artículo 458°.

El menor capaz de discernimiento responde por los daños y perjuicios que causa.

Título Preliminar. Artículo IV.

Artículo 456°

El menor que tenga mas de 16 años puede contraer obligaciones o renunciar derechos, si sus padres lo autorizan. En caso contrario, si actúa con dolo, responde por los daños.

Título Preliminar. Artículo IV.

Artículo 1321°.

Queda sujeto a la indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

Artículo IV.

La ley determina las circunstancias en que el ejercicio de esos actos, determina responsabilidades.

EN LOS REGISTROS PÚBLICOS

INSCRIPCIÓN DE ACTOS DE MENORES

Artículo 2028°.

La constitución de la persona jurídica se inscribe en el registro correspondiente a su domicilio.

Se exceptúa la escritura pública en los casos indicados.

Artículo 13°.

Las asociaciones son reconocidas por los gobiernos locales y pueden inscribirse en los Registros Públicos por el solo mérito de la Resolución Municipal de reconocimiento.

EN EL DERECHO INTERNACIONAL

LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Artículo 2068°.

El principio y fin de la persona natural se rige por la ley de su domicilio.

Artículo 129°.

Artículo 2087°.

La adopción se rige por las siguientes reglas:

1. Para que la adopción sea posible se requiere esté permitida por la ley del domicilio del adoptante y del adoptado.
2. Reglas de la ley del domicilio del adoptante.
3. Reglas de la ley del domicilio del adoptado.

Artículo 129°.

Adopción Internacional. La solicitada por residentes en el que exterior requiere la existencia de Convenios con el Estado

Artículo 130°.

ADOPCIÓN

Artículo 377°.

Por lo adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de la pertenecer a su familia consanguínea. deja de pertenecer a su familia consanguínea.

Artículo 378°.

Requisitos para la adopción.

Artículo 380°.

La adopción es irrevocable.

Artículo 385°.

El menor adoptado puede pedir se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría. El juez lo declarará sin más trámite.

Artículo 379°.

Se tramita con arreglo al Código Procesal Civil, de los Niños y los Adolescentes, Ley de Procedimiento Administrativo de menores de declaran dos judicialmente en Abandono, Ley N° 26981.

Art. 115°.

La adopción es una medida de protección, el adoptado adquiere calidad de hijo del adoptante y

Artículo 117°.

Requiere declaración de estado de abandono sin perjuicio de los requisitos del artículo 378°.

Artículo 115°.

La adopción se establece en forma Irrevocable.

Artículo 115°.

No aplicable a niños y adolescentes.

Artículo 1227°.

La adopción solo procede una vez que se declare el estado de abandono, salvo los Adopción de previstos en el artículo 128°.

PROPUESTAS PARA UNIFORMIZAR REGULACIÓN NORMATIVA

CAPACIDAD

Sobre la institución jurídica de la Capacidad, debe uniformizarse la edad en el siguiente sentido:

A. 16 años de edad:

Sobre la incapacidad civil de los menores de edad, cesa a los 16 años, bien sea por matrimonio o por obtener un título (artículo 46°); para contraer matrimonio (artículo 241°), para demandar su anulación (artículo 277°), para contraer obligaciones o renunciar derechos (artículo 456°) y la consulta sobre la administración de sus bienes (artículo 459°), en ejercicio de su libertad de opinión consagrado en el Código de los Niños y Adolescentes será de 16 años de edad.

B.14 años de edad:

En materia de filiación, la edad para reconocer al hijo extramatrimonial (artículo 389° y artículo 393°), para ejercer la acción de declaración judicial (artículo 407°) y para reclamar alimentos, gastos de embarazo e indemnización por daño moral (artículo 414°), así como para los actos indicados a partir del nacimiento del hijo (artículo 46°) será de 14 años de edad.

C. 12 años de edad:

En materia de la Tutela y del Consejo de Familia, la edad será a partir de los 12 años, por su condición de Adolescente, bien para recurrir contra los actos del tutor (artículo 530°), si de enajenar o grabar sus bienes el juez debe oírlo (artículo 533°), para la rendición de cuentas que el tutor debe hacer con su audiencia (artículo 542°), para solicitar la remoción del tutor (artículo 557°), para asistir con derecho a voz y voto a reuniones del Consejo de Familia.

D. Normas derogatorias sobre la edad:

La edad de 10 años en el caso de adopción, prevista en el inciso 4. del artículo 377°, debe derogarse, en aplicación de la Ley N° 26981.

Sobre la autorización de los padres para el trabajo prevista en el artículo 457°, debe derogarse, remitiéndose al Régimen del Trabajador Adolescente del Código de los Niños y de los Adolescentes

E. Normas vigentes:

En materia de Derecho Sucesorio como aceptar legados y herencias o de Derecho Contractual, rigen las normas del Código Civil, remitiéndose de ser el caso, al Código de los Niños y Adolescentes.

TUTELA

Sobre el Juez competente en materia de Tutela, se requiere concordar el Código Civil con el Código de los Niños y Adolescentes, dado que su artículo 100° dispone que "el juez especializado es competente para nombrar tutor y es el responsable de supervisar periódicamente el cumplimiento de su labor". Todas las referencias al **juez**, previstas en el Código Civil en este ámbito, deben estar referidas al Juez de Familia.

Así debe entenderse en los siguientes casos:

Artículo 506°, inciso 2 sobre la preferencia que la decide el **juez** oyendo al consejo de familia,

Artículo 507° sobre la tutela que no tiene lugar respecto de los hijos extramatrimoniales si no la confirma el **juez**;

Artículo 508° en torno a la tutela dativa, cuando el consejo de familia se reúna por orden del **juez**;

Artículo 512° referido a la petición del discernimiento del cargo por el tutor y si no lo hace, lo ordena el **juez**;

Artículo 514° a falta de nombramiento de tutor, se dictarán las providencias necesarias por el **juez**;

Artículo 543° para modificar la periodicidad de la rendición de cuentas por el **juez**;

Artículo 555° que dispone la suspensión provisional del tutor por el **juez**;

Artículo 560° que obliga al **juez** si conoce algún perjuicio convocar al consejo de familia; Artículo 563° que se refiere a la tutela oficiosa, permite que el **juez** regularice la tutela.

Así mismo el Artículo 511°, al indicar Código de Menores, en torno a la tutela de menores en situación irregular, moral o materialmente abandonados o en peligro moral, debe referirse al Código vigente, pues aquel fue derogado por la Primera Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes aprobado por el D. S. 26102.

EL CONSEJO DE FAMILIA

La competencia del juez en materia del Consejo de Familia requerirá una adecuada concordancia entre ambos Códigos; ello debido a que con arreglo al Código de los Niños y Adolescentes, el Juez de Familia tiene competencia en asuntos referidos al consejo de familia, por lo que la referencia al **juez de menores** o juez, en el articulado del Código Civil debe entenderse hecha al Juez de Familia.

Esos son los casos de los artículos 621°, 622°, 626°, 627°, 629°, 630°, 634°, 635°, 639°, 640°, 641°, 642°, 643°, 649°, 650°, 656° y 659°, máxime que la referencia en algunos de ellos al juez de menores, en alusión directa al Código de Menores, no es tal en la medida que el mismo fue derogado por la Primera Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes aprobado por el D. S. 26102.

Cuando el Código Civil en los artículos 648°, 653°, 654° y 655° hace mención al **juez de primera instancia**, igualmente hay que entender que está referida al Juez de Familia, conforme al Código de los Niños y Adolescentes.



BIBLIOGRAFÍA

1. ALÁEZ CORRAL, Benito. Minoría de Edad y Derechos Fundamentales. Tecnos (Grupo Ayala S. A.) España. 2003.
2. ALZAMORA VALDEZ, Mario. Los Derechos Humanos y su protección. EDDILI. Lima. 1977.
3. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Perú: Constitución y sociedad política. DESCO. Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo. Lima. 1981.
4. BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1953.
5. BUTRON FUENTES, José. Derecho de los Niños y Adolescentes. Editorial Premium Graf. Arequipa. 2003.
6. BUTRON FUENTES, José. Derecho Individual del Trabajo. Arequipa. 2004.
7. BUTRON FUENTES, José. Derecho Contractual. Editorial Premium Graf. Arequipa. 2004.
8. BUTRON FUENTES, José. Derecho General. Materiales de Lectura. UNSA. Arequipa, 2003.
9. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual.
10. CALDERA, Rafael. Derecho del Trabajo. Editorial "El Ateneo". Buenos Aires. 1960. En Derecho del Trabajo Individual. Materiales de Enseñanza. PUC. Lima. 1989.
11. CIURLIZZA CONTRERAS, Javier, SILVA HASEMBANK, Susana. Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley: definición, principios y administración de justicia. Lima.

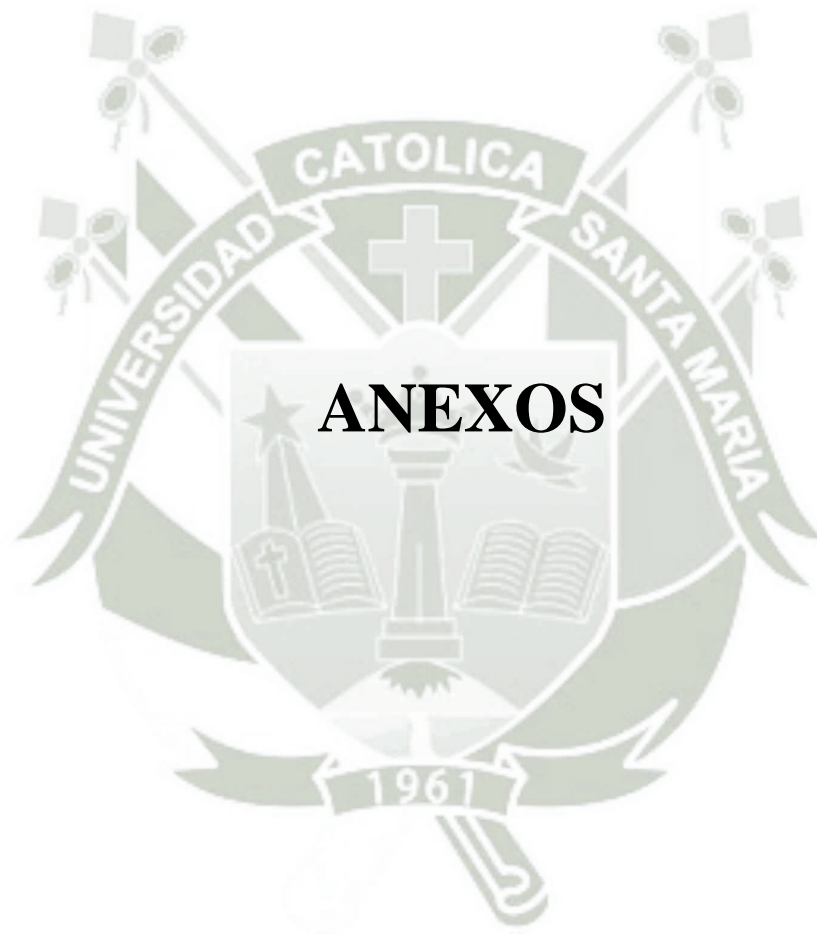
12. CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. Derechos Reales. 4 Tomos. Editorial Cuzco S. A. Lima. 1995.
13. CHUNGA LAMONJA, Fermín. Derecho de Menores. Editorial Grijley. 3ra. Edición, Lima. 2000.
14. DEL CARPIO, Columba. Derecho de los Niños y Adolescentes. Impresiones Dongo. Arequipa. 2001.
15. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del Contrato Privado. Cultural Cuzco S. A. Editores. Perú. 1983.
16. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca Para leer el Código Civil. Primera parte. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 1991.
17. DIEZ-PICAZO, Luis. Sistema de Derecho Civil. Editorial TECNOS S.A. Madrid. 1994.
18. DÍAZ VALDIVIA, Héctor. Derecho de Familia. Editorial David. Arequipa. 1995.
19. DIAZ VALDIVIA, Héctor. Acto Jurídico. Editorial David. Arequipa. 1990.
20. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Estudios de Derecho de las Personas. Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. CONCYTEC. Lima. 1990.
21. FERDINAND CUADROS VILLENA, Carlos. Acto Jurídico. Ediciones FECAT. Lima. 1991.
22. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derechos de la Persona. Editorial Grijley. 7ª. Edición actualizada. Lima. 1998.
23. FERRERO, Augusto. EL derecho de sucesiones en el nuevo Código Civil Peruano. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente. Lima. 1987.

24. FERRERO COSTA, Raúl. El nuevo orden económico internacional y la promoción de los derechos humanos. Editorial Ausonia. Lima. 1983.
25. LEÓN BARANDIARAN, José. Manual del Acto Jurídico. Impresora ATLAS. Arequipa. 1974.
26. NEVES MUJICA, Javier. Prediere. "El Sistema de las Fuentes de Derecho". Derecho Laboral. Material de enseñanza. PUCP. Lima. 1991.
27. PERALTA ANDÍA Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. IDEMSA. Lima. 1996.
28. PLÁCIDO VELASQUEZ, Alex. Ensayos sobre Derecho de Familia. Editorial Rhodas. Lima. 1997.
29. RUBIO CORREA, Marcial. Para leer el Código Civil. Fondo Editorial PUC. Lima.
30. RUBIO CORREA, Marcial. Las reglas del amor en probeta de laboratorio. Fondo Editorial PUC. Lima. 1996.
31. TABOADA CORDOVA, Lizardo. La causa del negocio jurídico. Editorial Grijley. Perú. 1996.
32. VALENCIA COROMINAS, Jorge. Derechos Humanos del Niños en el marco de la Doctrina de la Protección Integral. Rädä Barnen de Suecia. Lima. 1999
33. VASQUEZ HUAMAN, Enrique. ¿Los Niños... primero? Universidad del Pacífico. Save the Children. Lima. 2002.
34. VASAK, Karel. "La larga lucha por los derechos humanos", en El Correo de la UNESCO. Raúl Ferrero Costa. Editorial Ausonia. Lima. 1983.

HEMEROGRAFIA

1. Constitución Política de 1920.
2. Constitución Política de 1933.
3. Constitución Política de 1979.
4. Constitución Política de 1993.
5. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños. 1989. UNICEF.
6. Código de los Niños y Adolescentes. D. L. N° 26102.
7. Código de los Niños y Adolescentes. Ley N° 27337.
8. Código Civil de 1852.
9. Código Civil de 1936.
10. Código Civil de 1984.
11. Ley Procesal del Trabajo. Ley 26636.
12. PROMUDEH. Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia. Aprobado por D. S. 003-2002-PROMUDEH. Normas Legales de 23 de junio de 2002.
13. Resolución Ministerial N° 241-99-PROMUDEH. Normas Legales.
14. Comisión Andina de Juristas. Protección Internacional de los Derechos Humanos. Lima.1989.
15. Normas Legales. 2000. Espinoza Espinoza, Juan. Reformas al Código Civil en el Libro de Familia.
16. Normas Legales. 1999. Torres Vásquez, Anibal. Capacidad para celebrar actos jurídicos.

17. Exposición de Motivos, del Libro Tercero de las Instituciones de Familia del Código de los Niños y Adolescentes. Edición Oficial del Ministerio de Justicia. Lima. 1997.
18. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCSM. Arequipa. 2000.
19. Revista Jurídica del Perú N° 36. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Patria Potestad. Marco Teórico General.
20. Revista Scribas. 1997. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ideas básicas y cambios estructurales en la Familia.
21. Revista Ius Et Veritas N° 24. BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Positivism jurídico y derechos humanos.
22. Revista THEMIS., FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. En Precisiones preliminares sobre el Daño a la Persona.
23. Evolución histórica de los órganos administrativos de Tutela y el Código de Menores en el Perú.
24. El derecho fundamental a una sentencia razonablemente justa como elemento del debido proceso en el proceso civil peruano. Víctor Ticona Postigo.
25. Los principios de igualdad de oportunidades, de igualdad de trato y de no discriminación, en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo. Carrillo Calle, Martín. En José Butrón Fuentes, Materiales de Lectura. Arequipa. 2003.
26. Derecho del Trabajo. Alonso Olea, Manuel y Casas Bahamonde, María Emilia. En: Javier Neves Mujica. Derecho Laboral. Ediciones PUC. Lima. 1991.



PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

I.- PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1.- PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Enunciado del problema:

"LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS FRENTE AL SISTEMA JURÍDICO"

1.2. Descripción del problema

1.2.1. Área de conocimiento

El problema de investigación se encuentra ubicado en:

Campo: Ciencias Jurídicas.

Área: Derecho de los Niños, Derecho Civil, Derecho Penal y Derecho Laboral.

Línea: Niños y Adolescentes y derechos civiles.

1.2.2. Análisis de las variables

VARIABLE INDEPENDIENTE.

LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.

Indicadores y sub-indicadores.

Derecho de los Niños. Los Derechos de los Niños y Adolescentes.

Los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales.

Las instituciones de familia.

Regulación normativa.

VARIABLE DEPENDIENTE.

**DERECHO CIVIL
SISTEMA JURÍDICO**

Indicadores y sub-indicadores.

Derecho Civil.

El Derecho Civil.

Los derechos de la persona.

Los derechos de la familia.

Instituciones civiles.

Derecho Penal.

Adolescente Infractor.

Derecho Laboral

Adolescente Trabajador.

VARIABLE.

INDICADORES

SUB-INDICADORES

Derechos de los niños y Adolescentes.

Derechos civiles y políticos.

INDEPENDIENTE.

**DERECHOS DE
LOS NIÑOS**

Derechos económicos, sociales y culturales.

Instituciones de familia.

Regulación normativa.

Derecho Civil
Los derechos de la
persona.
Los derechos de la Familia

DEPENDIENTE.

DERECHO CIVIL

Instituciones civiles:
Derecho de las Personas.
Acto Jurídico
Derecho Sucesorio.
Derecho Reales
Fuentes de las
obligaciones
Derecho Internacional Privado
Derecho Penal
Derecho del Trabajo
Regulación normativa.

**SISTEMA
JURÍDICO**

1.2.3. Interrogantes básicas

- a) Cuál es la importancia de la Convención de los Derechos del Niño y la codificación de los Derechos de los Niños?
- b) Cómo se regulan los Derechos de los Niños frente al Derecho Civil?
- c) Qué implicancia originan los Derechos de los Niños frente al Sistema Jurídico?

1.2.4. Tipo y nivel de Investigación.

La investigación será de tipo documental.

Su nivel será descriptivo-explicativo.

1.3. Justificación

Tiene relevancia actual, dado que desde que se promulgó el Código de los Niños y adolescentes en el año de 1992, se regularon diferentes derechos de los Niños, muchos de los cuáles también lo están por el Derecho Civil, en el Código Civil, sin que haya merecido una concordancia y uniformización en su tratamiento.

Tiene relevancia científica, ya que al sistema jurídico peruano, le debe interesar que las instituciones jurídicas sean analizadas a la luz de las nuevas condiciones legislativas, más aún si se encuentran codificadas.

Tiene relevancia social, porque le interesa a la ciudadanía y en particular a la infancia y adolescencia, conocer la relación existente entre los Derechos de los Niños frente al Derecho Civil.

Tiene utilidad y es importante, en la medida que podrá determinarse la implicancia en el sistema jurídico peruano que ha generado los Derechos de los Niños frente al Derecho Civil.

2.- MARCO CONCEPTUAL

Como consecuencia de la dación por Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos de los Niños, aprobada en el año de 1990, el Perú y diversos países del mundo, adoptaron sus fundamentos para dictar sus respectivos instrumentos nacionales sobre los Derechos de los Niños. Así en el Perú, se promulgó el Código de los Niños y Adolescentes por D. L. 26102, el 28 de diciembre de 1992. Posteriormente sería derogado por la Ley 27337, de 21 de julio del 2000, promulgando un nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

Desde entonces se da un tratamiento de diversas instituciones, desde el ámbito de los Derechos de los Niños, su relación con el Derecho Civil y sus implicancias en el Sistema Jurídico peruano, requiere una análisis de su tratamiento en sus propios Códigos, de los Niños y Adolescentes y el Código Civil, respectivamente, a fin de

propugnar una regulación uniforme, que no genere conflictos jurídicos y a partir de una perspectiva legislativa, concordar las normas relativas de los derechos de los niños y adolescentes con una adecuada y necesaria sistematización, a la que apunta nuestra investigación.

Así debe precisarse algunos tópicos:

En el Derecho de las Personas:

EL SER HUMANO

Si se toma en cuenta el artículo 1 del Código Civil con el Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el Ser Humano se conceptúa sobre la base de su dimensión coexistencial, como una “Situación jurídica subjetiva” por la cual “todo derecho subjetivo incluye un deber y, viceversa, que en todo deber se inserta un derecho. Como es lógico, al no haber derechos subjetivos puros, tampoco existen deberes puros. La noción de “situación jurídica subjetiva” surge, por consiguiente, como adecuación conceptual a la realidad misma del ser humano”.

Si la vida humana comienza con la concepción, el CONCEBIDO es un "sujeto de derechos" se garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.

DERECHOS

Los derechos de los niños y adolescentes, recogidos en el Código de los Niños y Adolescentes, deben extenderse a todo el sistema jurídico.

SUJETO DE DERECHOS

El artículo II del Código de los Niños y Adolescentes, establece que el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. El término “Sujeto de Derechos” tiene cuatro (4) categorías, asumiendo ese concepto genérico en relación al que corresponde la expresión “persona”, que será

específica. Desde esa perspectiva, el Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, se refiere al concebido, como sujeto de derecho, con quien se inicia la vida humana, pero atendiendo a una situación real y objetiva, por tratarse de un SER HUMANO, por cuanto en esencia es un CENTRO DE REFERENCIA NORMATIVO Y QUE LA CALIDAD DE SUJETO DE DERECHOS SOLO PUEDE SER ATRIBUIDA A EL.

Sobre la atribución de derechos patrimoniales el concebido podrá contraer obligaciones, a través de sus representantes, en particular su madre, como el caso de una acción judicial por alimentos, pudiendo ser exigido para el cumplimiento de determinadas obligaciones, también a través de sus representantes.

DERECHOS DE LA PERSONA

El Código Civil reconoce el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Y el Código de los Niños y Adolescentes refiere no sólo al DERECHO A LA VIDA, sino también su propia INTEGRIDAD y su desarrollo físico o mental, desde que su concepción e incluso su desarrollo y supervivencia.

EL DERECHO A LA INTEGRIDAD

Rechaza cualquier forma de tortura, trato cruel o degradante ni formas esclavizantes como por ejemplo el trabajo forzado, la explotación económica, la prostitución infantil y el tráfico de niños y su LIBERTAD, se extiende a que ningún menor será detenido o privado de su libertad, salvo por Orden Judicial o de flagrante delito.

DERECHO AL NOMBRE, Y A LA NACIONALIDAD

Sobre el Derecho al nombre, el Código Civil establece lo regula y también lo establece el Código de los Niños y Adolescentes, pero lo adscribe dentro del derecho a la identidad, que incluye el derecho a tener un nombre. Además, está vinculado al DERECHO A LA NACIONALIDAD para contar con ella, y en la medida de lo

posible a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, reconociéndosele el derecho al desarrollo integral de su personalidad, y para garantizarlo, se regula el procedimiento de Inscripción de las personas, para permitir el DERECHO A LA IDENTIFICACIÓN y a la Preservación de la IDENTIDAD

DERECHO A VIVIR EN FAMILIA

El Código de los Niños y Adolescentes, prevé que el niño y adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia.

LA CAPACIDAD

El Código de los Niños y Adolescentes, refiere una capacidad especial de la que gozan los niños y adolescentes para realizar los actos civiles autorizados por él y demás leyes.

LA PERSONA JURÍDICA

Es el caso de la Asociación, que está íntimamente ligado A LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN, que tienen los Menores de edad, para que ejerciendo su DERECHO DE ASOCIACIÓN, tan sólo para adolescentes desde los 12 hasta los 18 años de edad.

En el Derecho de Familia

La pubertad. Tienen impedimento para el matrimonio salvo que tengan varones o mujeres dieciséis años cumplidos.

El matrimonio de Adolescentes.

Los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del asentimiento expreso de los padres y la discrepancia entre ellos equivale al asentimiento que tiene concordancia con el Código de los Niños y Adolescentes.

3.- La patria potestad.

Tanto el Código Civil como el Código de los Niños y Adolescentes, regulan la patria potestad de los padres teniendo el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

La tenencia. Esta regulada ampliamente en el Código de los Niños y Adolescentes y no estaba contemplada detalladamente en el Código Civil

El régimen de visitas. Igualmente está regulada por el Código de los Niños y Adolescentes.

Los alimentos. Están previstos en el Código de los Niños y Adolescentes, definidos más amplia que en el Código Civil.

La Tutela y el Consejo de Familia. Son recogidas conjuntamente en el Código de los Niños y Adolescentes, lo que no ocurre en el Código Civil.

En el Derecho Sucesorio

El Código Civil dispone que desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia, se transmiten a sus sucesores, debiendo dilucidarse sin al concebido se le atribuye derechos patrimoniales, a condición de que nazca vivo.

Institución de herederos y legatarios. El Código Civil, refiere que la institución de heredero o legatario debe recaer en persona cierta; el concebido, al no tener la calidad de persona estaría excluida.

En los Derechos Reales

La enajenación de los bienes de los menores. Facultada a los administradores de bienes de los menores de edad, para gravarlos o enajenarlos por causas justificadas de necesidad o utilidad, previa autorización judicial respectiva conforme incluso al Código de los Niños y Adolescentes.

En las Fuentes de las obligaciones.

La contratación de menores. En el código Civil se establece que los incapaces no privados de discernimiento pueden contratar siendo que los Adolescentes, entre los 12 y hasta los 18 años de edad, podrían celebrar actos civiles autorizados.

La responsabilidad civil de menores. El Código Civil, establece que un menor queda sujeto a la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho. El menor que hubiese actuado con dolo responde de los daños y perjuicios que causa a terceros.

En los Registros Públicos

La inscripción de actos de menores. El Código de los Niños y Adolescentes garantiza el ejercicio del derecho de Asociación, por los jóvenes adolescentes, pudiendo adherirse los Niños.

En el Derecho Internacional.

La Adopción Internacional. Se da cumpliendo determinadas reglas mientras que el Código de los Niños y Adolescentes, indican que para la Adopción internacional, es indispensable la existencia de Convenios entre el Estado Peruano y los Estados extranjeros adoptantes o entre los organismos reconocidos por el E de origen y el Estado del Perú.

3.- ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Desde el punto de vista normativo, se trata de establecer las vinculaciones existentes entre los derechos y las instituciones previstas en el Código de los Niños y Adolescentes, con el Código Civil.

Se ha realizado un inventario, y se ha encontrado importante literatura jurídica sobre el particular, en diversos autores nacionales, e incluso internacionales, pero en las Bibliotecas, no existe investigación alguna sobre el tema propuesto.

4.- OBJETIVOS

- 4.1.** Identificar los derechos e instituciones reguladas por el Código de los Niños y Adolescentes.
- 4.2.** Establecer la conexión jurídica de los derechos e instituciones del Derecho de los Niños y sus implicancias frente al Derecho Civil y al sistema jurídico.

5.- HIPÓTESIS

PRINCIPIO

Desde la promulgación del Código de los Niños y Adolescentes, conteniendo derechos e instituciones jurídicas reconocidos a los Niños y Adolescentes, reguladas también por el Derecho Civil.

HIPÓTESIS

Es probable que existan tratamientos normativos diferenciados en el Código de los Niños y Adolescentes y en el Código Civil, que requieran sistematización para dar uniformidad al sistema jurídico peruano.

II.- PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

1.1 Técnicas. Para la variables independientes y dependientes.

Se tomará en cuenta la técnica de la observación documental, analizando desde el punto de vista doctrinario y normativo, la codificación de los derechos de los niños frente al sistema jurídico y el Derecho Civil.

1.2 Instrumento. Para las variables independientes y dependiente.

Se utilizará la ficha de observación documental, para reconocer el tratamiento normativo de los Derechos de los Niños frente al sistema jurídico y el Derecho Civil.

1.3 Materiales. Para las variables independientes.

Se usará la ficha de observación documental.

2.- CAMPO DE VERIFICACIÓN

2.1. Ubicación espacial.

Será el ámbito nacional.

2.2. Ubicación temporal.

El período que va desde 1990 al 2003.

2.3. Unidades de Estudio.

Serán las siguientes:

2.3.1. Las obras de autores nacionales y extranjeros, cuya literatura este acorde tema de investigación.

2.3.2. Como fuente documentaria:

- a) La Constitución Política del Perú.
- b) El Código de los Niños y Adolescentes.
- c) El Código Civil.
- d) Revistas especializadas.
- e) Internet.

3.- ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La verificación de la información documental estará a cargo del investigador doctorando, con trabajo personal y contando con el apoyo de un tutor y de ser el caso, con un equipo especializado en la temática propuesta, compuesto por docentes y estudiantes de la especialidad.

La estrategia comprende:

- a) Recopilación de información bibliográfica.
Elaboración de fichas documentales.
- b) Proceso de análisis e interpretación de la información recopilada, elaborando los avances y formulando el contenido de la investigación.
- c) Redacción de la tesis doctoral.

4.- CRONOGRAMA

Se cumplirá conforme el desarrollo académico del Doctorado en Derecho y conforme la normativa de la Escuela de Postgrado.

5.- BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- 1.- Sistema de Derecho Civil. Luis Diez Picazo-Antonio Gullón
- 2.- Derecho de Menores. Fermín Chunga Lamonja.
- 3.- Las reglas del amor en probetas de laboratorio. Marcial Rubio Correa.
- 4.- Derecho de Personas. Carlos Fernández Sessarego.
- 5.- Vasak Karel. En Nuevo Orden Económico Internacional. Raúl Ferrero
- 6.- Derechos Humanos en el marco de la Doctrina de la protección Integral.
Jorge Valencia Corominas.
- 7.- Constitución Política. Código Civil. Código de los Niños y Adolescentes.

Arequipa, abril de 2003.