

LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL PERÚ

Carmen Meza Ingar*

*Doctora en Derecho. Docente Principal de la
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.*

SUMARIO: *I.- Introducción. II.- Naturaleza, Esencia y Fines de los Derechos Humanos. III.- Dignidad de la Persona Humana. IV.- Derechos de los Niños y de las Niñas. V.- Principales problemas sociales y jurídicos. VI.- Casos de discriminación mediante el Derecho. VII.- Propuestas. VIII.- Conclusiones. IX.- Bibliografía*

I.- INTRODUCCIÓN

Los derechos del niño son derechos humanos, pues encuentran su fundamento en principios elementales del derecho natural que significan el reconocimiento de la existencia de derechos inherentes, básicos y fundamentales en todas las personas, desde el inicio de su existencia, es decir, desde el momento de la concepción, de ahí la defensa del primer derecho: la vida.

* Representante de la Universidad Peruana ante la Comisión Especial Revisora del Código de Niños y Adolescentes.

Hay muchos precursores del estudio de los derechos humanos, en Europa, Francisco de Vitoria, hoy con monumento en los jardines de la ONU, en Perú se menciona a Guaman Poma de Ayala, por su interés en presentar la vida difícil de los peruanos durante el Virreynato. No obstante ello, el estudio moderno, sistemático, de los derechos humanos, se podría ubicar después de la primera guerra mundial del siglo veinte, cuando se crea en Versalles, en 1919, la Organización Internacional de Trabajo, buscando la paz social.

Sabemos que hubo problemas económicos en el mundo de post guerra, pero fue inevitable la segunda guerra mundial que culminó en 1945. Precisamente, después de este conflicto bélico, creció el interés por la paz y el deseo de afirmar en el plano mundial los derechos del hombre, que habían sido aniquilados, tanto por la guerra en sí, como por los estados totalitarios y por los que desconocían el orden social. Era imprescindible lograr un acuerdo internacional sobre los derechos y libertades.

Surgían dificultades porque algunos estudiosos asesoraban a los Estados para fundamentar el documento internacional en sistemas filosóficos o justificaciones racionales comunes a todos, mientras otros expertos, se encerraban en un enfrentamiento o conflicto entre los «viejos» y «nuevos derechos». Era un enfrentamiento artificial, porque no es necesario ser roussoniano para reconocer los derechos del individuo, ni tampoco marxista para reconocer los derechos económicos y sociales¹.

Hay una «ideología especulativa», que corresponde a los principios de explicación y una «ideología práctica» que corresponde a los principios de acción. Con respecto a estos últimos, existe en la humanidad «como un residuo común, como una especie de ley común no escrita, en el punto de convergencia práctica de las ideologías teóricas y las tradiciones espirituales más distintas»². Sobre este apasionante tema de estudio existen diversas opiniones que sostienen que los derechos humanos implican un concepto occidental que ante pone los derechos políticos frente a los derechos económicos y sociales en el criterio universal de la defensa de los derechos de la persona.

¹ Gurvitch, Georges: «La Declaration des Droits Sociaux», Editions de la Maison Francaise, New York, 1944.

² Ideas de Maritain en la Introducción al Volumen que recoge los textos más significativos de las respuestas a la encuesta que hizo el Consejo Económico y Social de la ONU para tener en cuenta en la elaboración de la Declaración Internacional de los Derechos del Hombre, julio-agosto, 1948. En «Los Derechos del Hombre», Estudios y Comentarios en torno a la Declaración universal. Fondo de Cultura Económica, México, 1949, pág. 16.

Hace varias décadas, se hablaba todavía si era máspreciado el valor de la libertad o el de la igualdad. Se analizaba la posibilidad que todos tuvieran trabajo en oposición a personas que iban manejando su taxi con un letrado que decía: «libre», que significa, desocupado y que invitaba al chofer a pronunciar con ironía: ¡viva la libertad!

Aún cuando parezca simplista esta forma de analizar los derechos humanos, no podemos ignorar que hay también otros criterios, como los que resultan del desafío del relativismo cultural y étnico frente al desarrollo global de los derechos fundamentales. No obstante estas corrientes, es aleccionador admirar el ejemplo de algunas comunidades, como las de los maoríes de Nueva Zelandia, quienes administran, ellos mismos, las empresas de turismo y los atractivos turísticos situados en sus territorios³.

Este ejemplo, como otros similares, observados por la autora en viajes de estudio e investigación ayudan a comprender diversas concepciones políticas y filosóficas que divergen entre sí pero que se encaminan a un mejor entendimiento del significado real de los derechos humanos, en un mundo complejo y de constante transformación. Es que el vasto campo de los derechos humanos tiene una categorización que nos obliga a estudiar los derechos y las libertades fundamentales, esenciales para comprender la condición jurídica de cada ser humano. Es fácil entender que esta consideración implica el mayor respeto por el pleno ejercicio de cada uno de esos derechos y por el disfrute de las libertades declaradas o proclamadas.

La evolución de los derechos humanos llevó a la Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948, en París, Palacio de Chaillot, hoy, Museo del Hombre, a adoptar la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Es necesario informar que dicho Tratado Internacional fue elaborado por dignatarios de todo el mundo, entre ellos el filósofo Jacques Maritain, Asesor del Papa Pío XII.

Durante la votación se aprobó con 48 votos, ninguno en contra, ocho abstenciones, entre ellos Sud Africa y Arabia Saudita, Estado en el que aún se practica algunas formas de esclavitud.

En este preámbulo es necesario reconocer que el desarrollo de los derechos humanos ostenta en la fecha una clasificación: derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

³ Observación anotada por la autora durante el viaje de estudio e investigación a Nueva Zelandia, con ocasión de realizarse el 47º Congreso de la Unión Internacional de Abogados, UIA, en Sydney, Australia, en octubre de 2002.

Los derechos Humanos del Niño se consagran en 1989 cuando la Organización de Naciones Unidas, adopta la Resolución que aprueba la Convención de los Derechos del Niño, en su Asamblea General de fecha 20 de noviembre de 1989.

Uno de los principales antecedentes de la Convención es la Declaración Universal de los Derechos del Niño, adoptado por la Organización de Naciones Unidas en 1959.

Profesores europeos han ilustrado la declaración de derechos y deberes de los niños destacando que ellos tienen derecho a ser felices y hacer felices a los demás, que tienen derecho de crecer en un lugar saludable y el deber de conservarlo limpio para los que vengan después, saben que el mundo necesita de todos, que cuando la gente pelea, la justicia desaparece, que debemos construir un mundo mejor⁴.

De todos modos, en la introducción debe figurar el párrafo V del Preámbulo de la Declaración, que a la letra dice: «Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle»; y el Principio 8. «El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.»

II.- NATURALEZA, ESENCIA Y FINES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Este documento contiene principios que se han trabajado desde días posteriores a la Primera Guerra Mundial y que llevaron a las naciones a adoptar diversos documentos de protección de los niños a lo ancho y largo de los cinco continentes.

Si estudiamos la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Organización de Naciones Unidas, ONU, el 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Perú en 1990, y, por tanto, Ley de la República, encontramos cuatro secciones claves que se deben definir y distinguir:

- a) Los niños bajo patria potestad
 - b) Los niños declarados en estado de abandono
 - c) Los niños institucionalizados
 - d) Los niños en conflictos armados
-
- a) Los niños bajo patria potestad son quienes tienen padres, o tutores, o representantes legales, tienen familia. No siempre son felices, por ejemplo, cuando uno de los pa-

⁴ Comentarios y debates en Comisiones del Congreso de UIA celebrado en New Delhi, India, en noviembre de 1999, donde se creó la Comisión de Derechos de la Infancia.

- dres no cumple con otorgar alimentos y debe ser llamado a los tribunales. O cuando en la propia familia, dentro de las paredes del hogar se maltrata a los menores.
- b) Los niños en estado de abandono son los que debido a sus carencias, no tienen familia, no se ha encontrado a sus padres, por ejemplo: niños dejados en la maternidad o centro de salud donde nacieron, o en la calle, en una dependencia pública, en la puerta de una casa, o en el caso que sus padres hubieren muerto y no tuvieran familiares. El juez declara el «estado de abandono».
 - c) Son niños institucionalizados los que se encuentran en las entidades de servicio a los niños, sean públicas o privadas, por ejemplo el puericultorio, los albergues, etc. Para los niños sin familia surge una educación –a veces, masiva-, pero también mediante la institución de la adopción se presenta ante dichos infantes la oportunidad de vivir en un hogar, con una familia.
 - d) El estudio de los niños en los conflictos armados nos coloca en medio de la violencia, que sabemos está presente a lo largo de la historia, sin embargo ha merecido poca atención de los politólogos e historiadores porque se la da «por sentada». Hoy, que «vivimos en paz», existen alrededor del mundo 35 conflictos armados y en ellos hay combatientes niños, menores de edad.

Al hablar de violencia se puede hablar de guerra. Ante esa realidad hay una disyuntiva que señalara Karl Deutch: prevenir o predecir. No podemos saber qué es lo que va a pasar mañana, pero sí podemos prevenir respecto a las causas que hoy día se presentan y afectarán los procesos de mañana⁵.

Es evidente que hay guerras que pueden ser «legales» o recurso normal o legítimo admitido en el marco jurídico de Naciones Unidas. Hay también guerras que pueden carecer de legitimidad. En cambio, estudiando el terrorismo, como otro ejercicio sistemático de la violencia, se afirma que carece de legitimidad y de legalidad. En América Latina se podría reconocer diversas formas de conflictos armados: las guerras intestinas, guerras civiles, guerra de baja intensidad, guerra de guerrillas. Son situaciones de la realidad que afectan la paz de los pueblos y a los seres más débiles, especialmente a los niños.

Hecha una explicación –brevisima- de la esencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, considero necesario analizar el largo camino que hizo posible la elaboración de este Tratado Internacional.

⁵ En Comisión Chilena de Derechos Humanos: «Violencia y Derechos Humanos», Santiago, 1993.

Para llegar al estudio de este instrumento internacional conviene tener presente sus antecedentes más directos en cuanto a fechas y diversos temas:

En 1924 se aprobó la primera Declaración de los Derechos del Niño. No obstante ello, es necesario precisar que desde 1959 se trabaja en forma sistemática en esta área.

1959 marca un hito por ser el año en el que se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, documento que se sigue estudiando y analizando en diversos niveles de la sociedad y de países. Es el Tratado Internacional que ha tenido traducciones y presentaciones, incluso en los dibujos animados.

En 1986 se aprobó la Declaración de principios sociales y jurídicos de protección de los infantes dando énfasis a los que se encontraban como víctimas del tráfico internacional de mujeres y niños.

En 1974 se aprobó la protección de mujeres y niños que se encuentren en situaciones de emergencia y en los conflictos armados, cubriendo un vacío entre los tratados de carácter internacional.

Pese a que en 1989 se aprobó la Convención, fue en 1990 que la ONU aprobó las Reglas para Menores privados de libertad, es decir, a los que se encuentran detenidos y o reclusos en los centros de sus ciudades o países.

También es necesario destacar que una Declaración Internacional, señaló, oportunamente, la edad mínima para contraer matrimonio, pues algunos países con antiguas tradiciones tenían hasta hace poco ritos referidos a «matrimonios de niños», afectando elementales derechos de la persona.

En cuanto al contenido y proyecciones de la «Convención ONU de los Derechos del Niño» conviene tener presente cada una de sus secciones que ha dado lugar a diversos Protocolos y compromisos de los Estados.

Por ejemplo la Cumbre del Milenio en el Año 2000 significó la presencia de 150 Jefes de Estado comprometidos para una fecha límite, 2015, año en el que se debía erradicar la pobreza, se debía lograr que todos los niños menores de 15 años fueran a la escuela, que la salud mundial atiende a las madres gestantes y lactantes y a los infantes para evitar la mortalidad infantil.

En los meses de enero y febrero de 2002 se realizó otra cumbre para que 180 Jefes de Estado ratificaran los Convenios de OIT para erradicar el Trabajo Infantil y para prohibir que en los conflictos armados de contratara a los adolescentes.

Sensiblemente, en septiembre de 2005, cuando el Secretario General de la ONU, preparaba la presentación del informe del quinquenio, cinco años después del Milenio, los miembros de la ONU no dieron el quórum necesario para oír y aprobar el informe de Kofi Anam.

Este episodio internacional nos obliga a una reflexión necesaria para nosotros, sobre la responsabilidad que los Estados y la sociedad tienen frente a cada niño.

III.- DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

Para la mayoría de los cristianos es sencillo comprender la dignidad de toda persona, «semejante a Dios», pero para el mundo ateo o que pertenece a otras religiones surgió en distintas épocas la pregunta ¿qué es la persona? O ¿qué es el hombre? Las filosofías de todos los tiempos han dado su respuesta, sin que haya quedado satisfecho plenamente el pensamiento o la inquietud del hombre, por tan arduo problema.

Desde el punto de vista ético, la persona es el sujeto dotado de voluntad y razón. Es el ser, cuya conducta es susceptible de realizar valores morales. Quiere decir, que el hombre, o la mujer, por ser racional y tener voluntad distingue los valores morales y superiores y pueden dirigirse y llegar a ellos desde la realidad en la que vive y existe. Resulta que el hombre es un intermediario entre su realidad y su idealidad. Sobre este tema, Casirer⁶ dice que: «La característica sobresaliente y distinta del hombre no es su naturaleza metafísica, sino su obra. El lenguaje, el mito, la religión, el arte, la ciencia y la historia, constituyen los diversos sectores de este círculo» Casirer afirma: «El hombre es su obra».

Es una especie de evaluación, ve al hombre por su obra, como dice el evangelio: «por sus frutos los conoceréis». Es que el hombre como actor de su vida, como ser racional y con voluntad, para decidirse a actuar, tiene también su mundo interior. El es una realidad en sí mismo, por eso se dice que el hombre, o la persona es un microcosmos frente al macrocosmos que es el mundo.

El concepto cristiano de ¿qué es el hombre? Responde es un espíritu encarnado, semejante a Dios, es un ser superior. Una de las definiciones más completas la da uno de los seguidores de Santo Tomás, Jacques Maritain⁷, quien en su apología del hombre se

⁶ Casirer, Ernesto: «Antropología Filosófica», Editorial Dédalo, Buenos Aires, 1960.

⁷ Maritain, Jacques: «La Defensa de la Persona Humana», Editorial Dédalo, Buenos Aires, 1959.

refiere a la individualidad y la personalidad del ser humano que es como el animal, la planta o el átomo, un individuo, es decir, un fragmento de una especie, una parte del universo, un punto singular en la inmensa red de fuerzas e influencias cósmicas, étnicas, históricas, a cuyas leyes está sujeto; y al mismo tiempo dice: «es una persona, es decir, un universo de naturaleza espiritual, dotado de libertad de elección y constituyendo por lo tanto, un todo independiente frente al mundo. Ni la naturaleza, ni el Estado pueden tocar ese universo sin su permiso. Dios mismo respeta su libertad, en cuyo fondo mora. El, sin embargo, la solicita, nunca la fuerza»⁸.

Hay también una hermosa frase de Tagore, poeta bengalí que reconoce que cada que nace un niño es «porque Dios espera mucho del hombre».

IV.- DERECHOS DE LOS NIÑOS Y DE LAS NIÑAS

En este estudio es necesario subrayar que la Convención Internacional de los derechos del Niño reúne a la sociedad de toda la humanidad que no es homogénea. Por eso surgen conceptos ajenos a nuestra tradición jurídica, como la «kafala» que es un concepto incorporado al art. 20 de la Convención para facilitar la protección de los niños que viven en los países del derecho islámico.

La Kafala está claramente explicada en el novísimo Código de Familia de Marruecos, promulgado en 2004. Es una institución por la que un padre o los padres de familia pueden aceptar en su casa a niños sin padres para darles el apoyo moral, económico, integral. Nótese que en esos países no se admite la adopción ni la herencia o sucesión sino a los hijos o familiares biológicos. La kafala admite la protección en todas sus formas, mas no la sucesión⁹.

Por eso se encuentra en las normas de derecho internacional la yuxtaposición de costumbres, tradiciones y culturas, diversos sistemas políticos, económicos y jurídicos. Algunos expertos se preguntan: ¿hay globalización de los derechos humanos?...en puridad, la Convención da respuestas a realidades muy distintas.

La educación es el proceso social de mayor trascendencia e impacto en el desarrollo humano y desde luego en el desarrollo de niños y jóvenes.

⁸ Maritain, Jacques: «En Defensa de la Persona Humana», Editorial Dédalo, Buenos Aires, Argentina, 1959.

⁹ Debate y lectura del Código marroquí en el 49 Congreso de UIA en Fes, Marruecos, agosto, 2005.

En zonas rurales hay menores de 10 a 14 años que no saben leer ni escribir, las encuestas de las zonas rurales señalan al 75% de niños como analfabetos.

Sobre esta información tanto UNICEF, como OIT y FAO tienen programas que se han burocratizado, pues sus logros no guardan proporción con los esfuerzos e inversiones de la ONU en el mundo rural.

V.- PRINCIPALES PROBLEMAS SOCIALES Y JURÍDICOS

La educación es el principal problema social y jurídico de los niños de las áreas pobres y de los ambientes rurales.

Se ha señalado áreas sin escuelas o algunas que funcionan solo parcialmente y otras temporalmente, es decir, no cuentan con profesores permanentes, ordinarios, que desarrollen el syllabus oficial. ¿Y la presencia del Estado?

Problemas graves de la escolaridad son el «ausentismo» y la «deserción» debido a factores de pobreza o también a causa de la desorganización familiar, falta de alimentación adecuada, falta de transporte donde las escuelas son alejadas.

No todos los niños y niñas que se matriculan asisten regularmente a las escuelas.

Hay en este tema, como en otros, falta de política pública del Estado.

Sobre la deserción es importante precisar que muchos escolares se ven obligados a optar por el trabajo y a dejar la escuela. Otros no vuelven por su bajo rendimiento o porque repiten el año escolar. No hay un seguimiento de los responsables del Ministerio de Educación.

Los que no terminan ni la instrucción primaria fracasan educativamente.

Otro problema social es el del trabajo infantil. La OIT tiene Convenios y proyectos para erradicar el trabajo infantil. Y el TLC con Estados Unidos lo ha colocado como, agenda, previa a su cumplimiento.

Antes debemos referirnos a nuestro histórico Código de Menores de 1962, que clasificaba la edad para autorizar el trabajo de menores. No se pudo aplicar a cabalidad, dada la situación socio económica de muchas familias.

1992 es un año que culminó con la dación del Código de los Niños y Adolescentes, como compromiso del Estado de dar cumplimiento a la Convención Internacio-

nal de los Niños de 1989, ratificada por el Perú en agosto de 1990. El nuevo Código originó la derogatoria del primigenio Código de 1962. También dio lugar a la formación de grupos de trabajo de profesores del curso «Derecho de Menores», que propusimos y logramos reformas y un nuevo texto de fecha 7 de agosto de 2000.

- 1993 Continuaron dichos estudios e investigaciones, y el 7 de agosto de 2000 se modificó el Código, aún cuando mantenía el negativo concepto de «pandillaje pernicioso»

Las Convenciones de OIT, particularmente el Convenio 138 y la Recomendación 182 sobre «Erradicación del Trabajo Infantil» influyeron para la lograr la enmienda del art. 51 del Código referido, con el fin de limitar la edad laboral de los menores a 14 años y no 12 como se había aprobado, dada la realidad social que nos conmueve, pero que hace casi imposible impedir que infantes muy pequeños tengan diversas formas de trabajo, y, muchos lejos o ausentes de la escuela.

De todos modos el Código de los Niños y Adolescentes influyó en la instalación de defensorías municipales denominadas DEMUNAS, y en el surgimiento de corrientes de opinión sobre el status de los niños. Se llegó a estudiar y las últimas informaciones oficiales dan como trabajadores en labores domésticas a 110,496 menores de edad, de los que el 79% son niñas y el 21% varones, no siempre bien tratados ni considerados en cuanto a las remuneraciones, horarios y trabajo desmedido por falta de conocimiento de sus derechos. Lo más grave en este universo de menores es que sufren maltrato psicológico, físico, abuso sexual y abandono.

No se respeta el valor del trabajo humano, del que conocemos las magistrales enseñanzas de Juan Pablo II en su Encíclica *Laborem Exercens*.

Hay también trabajo forzado y de servidumbre, que viene a ser la peor forma de trabajo infantil, en la explotación artesanal del oro en los ríos de Puno, Arequipa y Madre de Dios...donde sin protección de guantes ni de botas los niños que recogen pepitas de oro se enferman de reumatismo y mueren antes de los 13 años de edad...sensiblemente no hubo inspectores del Ministerio de Trabajo que sancionaran a los empresarios involucrados. Se estima que 801,033 niños y niñas menores de 14 años han tenido esa ocupación en 2001.

Las negociaciones por el Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos tiene una adenda, referida a condicionar la puesta en marcha a la erradicación del Trabajo Infantil.

La forma inhumana de trabajo está clasificado como trata de personas por la OIT. Las poblaciones andinas consideran que los menores dependen de las decisiones de los adultos, no reconocen que los niños son «sujetos» de plenos derechos.

La mendicidad callejera es también otra forma de trata de personas y está prohibido expresamente por el art. 40, modificado del Código en actual vigor. Mendicidad o pedir limosna, afecta la dignidad humana, lleva consigo peligro moral y una de sus consecuencias dolorosas es la desaparición de menores, mientras pedían dinero.

En el Perú existe tráfico de niños y de niñas para emplearlos en trabajos no acordes con su edad ni con su capacidad física, y además hay ofertas aparentes, que en puridad, lo que pretenden es colocarlos en el mercado sexual de la prostitución, situación que se ha ampliado desde que se ha incrementado el turismo en el interior del país.

En cuanto a la edad también existen estudios por haberse clasificado a los menores, en niños a los menores de 12 años, adolescentes a los que se encuentran entre 12 y 18 años. Pero debe agregarse que por ley del Consejo Nacional de la Juventud se ha declarado «jóvenes» a los que se encuentran entre los 15 y los 29 años de edad. Como consecuencia de dicha norma de orden legal, son jóvenes los adolescentes mayores de 15 años y menores de 18 años de edad. La ley del Consejo Nacional de la Juventud se dio con el propósito de proteger y dar apoyo legal, económico, oportunidades de capacitación a la población juvenil, que se encuentra en transición de la etapa adolescente hacia la adultez. De ahí que se encuentren los adolescentes que ya han cumplido 15 años, pero también los jóvenes mayores de edad, que muchas veces no encuentran trabajo por falta de capacitación o por falta de oportunidades en la organización social de la que formamos parte.

Esta norma de orden legal, referida a la juventud ha servido también para que las demandas de alimentos para favorecer a los hijos que siendo mayores de edad prosiguen estudios superiores, tenga un límite, el de 28 años de edad.

El área de la juventud tiene también problemas y a veces éstos adquieren formas violentas.

La juventud se asocia a veces con la drogadicción, con conductas terroristas, con hechos delictivos. Por eso la sociedad observa ese comportamiento y tiene cautela para escucharla. Existen normas de control y de represión por la desconfianza de los jóvenes pandilleros por ejemplo.

Los medios de comunicación publican a menudo crímenes y desvirtúan la imagen de la mayoría de los jóvenes. Pero también hay jóvenes extraordinarios, los que trabajan para ayudar a sus padres, o los que se esfuerzan por resolver problemas sociales que el Estado ha olvidado o ha desatendido. Estos jóvenes muchas veces no aparecen ante la opinión pública.

Los diarios, la televisión, los medios, en general, presentan los casos ilícitos y delincuenciales, constituyendo un estereotipo, basado en cierta realidad. El público, difícilmente, puede olvidar dichas imágenes, por ese motivo no hay objetividad ni en la propaganda ni en los juicios que la población tiene de la juventud.

Los problemas sociales de los niños, de las niñas, de los adolescentes, de los jóvenes menores de edad, tienen sus causas en la estructura social, injusta; y, también en la crisis de la institución familiar. Si la familia peruana fuera fuerte, sus miembros superarían la violencia, sus miembros construirían una nueva sociedad con oportunidades para todos.

VI.- CASOS DE DISCRIMINACIÓN MEDIANTE EL DERECHO

Hay leyes que originan discriminación, contraviniendo el derecho a la «igualdad» que proclama la Constitución Peruana de 1993.

Encontramos esos casos de discriminación en normas contenidas en:

- a) Código Civil Peruano
 - b) Código de los Niños y Adolescentes
 - c) Inaplicación de la Constitución y del Convenio 169 OIT
- a) El Código Civil de 1984 contenía hasta el 24 de abril de 2006, fecha en la que el Diario Oficial «El Peruano» publica la Ley N° 28720, los artículos 21 y 23 sobre casos de discriminación. El primero, que ha regido 22 años decía que «al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido. Si es reconocido por ambos lleva el primer apellido de los dos...» En concordancia con esta norma de orden legal (discriminadora), el art 37 del Reglamento de la Ley del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC), obligaba a los progenitores no casados, que deseaban inscribir a su hijo, que estén presentes ambos...de lo contrario solo llevaría los apellidos de uno de sus padres, lo que es injusto porque no corresponde a la «verdad biológica» del nacimiento. Nótese que muchos padres trabajan o están lejos..o tal vez tienen que ser requeridos por la justicia.

La verdad es que dichas normas -derogadas- dificultaban que los niños, nacidos fuera de matrimonio cuyo padre murió o cuyo progenitor no se presenta al Registro, ostentaran el apellido que les correspondía. Salvo que sus representantes legales iniciaran los procesos judiciales de filiación. Téngase presente que en todo el mundo es diferente «el derecho al nombre» de la «filiación». Por el nombre cada persona se distingue de la humanidad entera. Puede llamarse un niño Jorge Cevallos López y no por ello debe pertenecer a la familia Cevallos por ejemplo. La filiación si significa entroncamiento, vinculación, pertenencia a una familia. Por eso advertimos desde la promulgación del Código, en 1984, el error en la sistemática del Libro I del Código Civil, art. 21, porque los declarantes que inscriben a un niño, bajo responsabilidad deben declarar los apellidos correspondientes. Si es hijo matrimonial tiene toda la protección de la ley, incluida la filiación. Si se trata de hijo extra matrimonial no hay ningún problema en declarar los apellidos, pues si el progenitor no ha firmado la partida no tiene vínculo filial, solo se otorga el nombre social, que es muy importante para todo recién nacido. La vinculación familiar, el entroncamiento, solo opera si el padre o madre voluntariamente reconoce al hijo, o si se expide una sentencia judicial que declara la paternidad.

El art. 23 del Código Civil dice que el recién nacido cuyos progenitores son desconocidos debe ser inscrito con el nombre adecuado que le asigne el registrador del estado civil.

Nótese que este párrafo deviene en imposible jurídico, por cuanto el registrador no tiene libertad de inscribir a nadie. Solo inscribe cuando los progenitores solicitan o cuando recibe orden del juez para una inscripción de esa naturaleza. El registrador tiene un Reglamento, es sometido a proceso administrativo y a proceso penal, según el caso. Ese precepto tiene vigor en países donde el registrador efectúa rondas y visitas a hogares donde nacen niños y los padres no siempre cumplen con inscribir a sus hijos. En el Perú es imposible aplicar dicho precepto legal, salvo que se atribuyera funciones adicionales sobre campañas de inscripción en comunidades rurales o en poblados alejados de las ciudades.

También hay problemas de conflicto de intereses entre padres e hijos si se aplica el art. 396 del Código Civil en algunos casos. No obstante ello, la Ley 28720 que modifica el art 21 pre citado y que deroga el art. 37 del Reglamento de RENIEC, así como el art. 392 del Código Civil, ha restituido a los ciudadanos peruanos, especialmente, a los infantes, el ejercicio del derecho al nombre¹⁰.

¹⁰ La autora estudió el problema del nombre de los infantes y propuso la reforma del artículo 21 referido, en su artículo «Reflexiones sobre La Familia», En Revista de la Facultad de Derecho y C.P., UNMSM, 1997.

- b) El Código de los Niños y Adolescentes.- Contiene dos numerales que afectan los derechos de los niños y adolescentes:

El art. 183 señala como «adolescente infractor» al menor de 18 años que haya incurrido en delito o falta tipificada por el Código Penal. Si se considera que los adolescentes tienen entre 12 y 18 años, se está contraviniendo la «protección de dichos menores» preceptuada por la Constitución y por el art. 20 del Código Penal, que exime de toda responsabilidad penal a los menores de 18 años.

El art. 218, inciso b) del mismo cuerpo de leyes ordena la libertad inmediata del adolescente que estuvo interno si no tuvo participación en los hechos, o si éstos no constituyen infracción penal. Hay evidente contradicción en cuanto a la garantía y protección constitucional a los niños y adolescentes.

Urge el estudio y enmienda de estos preceptos del Código de los Niños y Adolescentes, para humanizar el derecho de educar y reeducar a los niños y adolescentes infractores y a los que llegan por error ante los estrados judiciales.

- c) Inaplicación de la Constitución y del Convenio 169 de la OIT.- Estudiando la Constitución y la Convención referida que trata sobre indígenas y pueblos tribales de países independientes, consta la inaplicación de dichos preceptos. Los dos instrumentos legales protegen los derechos culturales y sociales de las etnias, los derechos a registrar sus propios nombres, no obstante ello se encuentran problemas actuales en las comunidades nativas. Damos dos ejemplos:

El caso de los Machiguengas: Se trata de una comunidad que vive en Madre de Dios y Cuzco. Tienen problemas de identidad por cuanto tienen la costumbre de llamar con distintos nombres a las personas, según su edad. Por ejemplo, en castellano sería el pequeño Pepito, el niño de 8 años Pepe y el adulto José. Los registros civiles no admiten cambios en los nombres, y, si inscribieron a un pequeño y va a quedar con ese nombre toda la vida, sería problema entre ellos. No se respeta el derecho de ese pueblo.

El caso de los Wambisas y Agüarunas.- Viven cerca a la Cordillera del Cóndor, por el Cenepa. Antiguamente tenían un solo nombre que significaba «flecha», «sol», etc...cuando llegaron los registradores en la década del setenta les instruyeron para que se pongan nombres y apellidos, como no entendían el nuevo sistema, les permitieron ponerse apellidos de sus abuelas o de otros parientes. Cuando han tramitado casos de sucesión o solicitudes de visa, les han denegado por no coincidir los apellidos de padres e hijos, al «occidentalizar» sus nombres no se ha tenido en

cuenta sus costumbres ancestrales ni el derecho consuetudinario consagrado por la Constitución y por la Ley Orgánica del Poder Judicial en el art. 149.

VII.- PROPUESTAS

- 1°. Se debe realizar permanentemente campañas por el pleno conocimiento de los Derechos y Deberes de los Niños
- 2°. Se debe difundir ampliamente la enmienda del art. 21 del Código Civil para garantizar la inscripción de todos los niños, con sus apellidos, considerando que el nombre solo protege al niño, a la persona, no es vinculante.
- 3°. Se debe tramitar la derogatoria del art. 23 del Código Civil Peruano por ser inoperante, un imposible jurídico.
- 4°. Se debe trabajar por la enmienda de los numerales 183 y 218 del Código de los Niños y Adolescentes en cuanto afectan los Derechos Humanos de los menores, niños, adolescentes y jóvenes menores de edad.
- 5°. Debe darse mayor difusión a los textos constitucionales sobre los derechos de las distintas etnias. Igualmente al contenido de la Convención 169 de la OIT, que protege los derechos de los indígenas y pueblos tribales de los países independientes.
6. El Estado debe asumir como políticas públicas los compromisos contenidos en los Tratados Internacionales a favor de la debida atención al desarrollo y educación de la niñez, sin ninguna discriminación.

VIII.- CONCLUSIONES

- 1°. Junto al derecho a la vida se debe realizar campañas cívicas por el pleno ejercicio del derecho a la identidad.
- 2°. Urge modificar el art. 183 del Código de los Niños y Adolescentes en cuanto considera «adolescente infractor a aquél cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible, tipificado como delito o falta en la ley penal. Siendo adolescente el menor de 12 a 18 años de edad, se está contraviniendo la protección constitucional a los «niños». Igualmente se contraviene los arts. 20 y 22 del Código Penal que exonera de responsabilidad a los menores de 18 años, el primero; y, que atenúa la responsabilidad de los que se encuentran entre los 18 y 21 años el segundo numeral pre citado.

- 3°. Igualmente debe modificarse el art. 218 del Código de los Niños y Adolescentes, párrafo b) en cuanto permite que el juez ordene la libertad inmediata del adolescente que estuviere interno, si los hechos no constituyen infracción penal. Nótese la contradicción en la situación del menor «interno» sin haber cometido ninguna infracción
- 4°. Debe tramitarse una revisión de los numerales del Código Civil 23 y 396 que obstaculizan el ejercicio pleno de los derechos de identidad de las personas.
- 5°. Urge que el Estado elabore políticas Públicas a favor de la promoción humana, dando mayor interés a los programas de atención a la población infanto juvenil, desde campañas de despistaje en salud hasta efectiva protección en casos de abandono y extrema necesidad.

IX.- BIBLIOGRAFÍA

- Andía Chávez, Juan: «Guaman Poma de Ayala, precursor de los Derechos Humanos», Lima, 2004.
- Aranega, Merce: «Los Derechos y Deberes de los Niños», Edebé, Barcelona, 2003.
- Casirer, Ernesto: «Antropología Filosófica», Editorial, Dédalo, Buenos Aires, 1960.
- Chú Villanueva, Magdalena: «La Participación de la Mujer Peruana en los Procesos Electorales», Conferencia pronunciada por la Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, ONPE, el 9 de setiembre de 2005 en el Hemiciclo «Raúl Porras Barrenechea» del Congreso de la República.
- Chunga Lamonja, Fermín: «Derecho de Menores», Lima, 1999.
- Comisión Chilena de Derechos Humanos: «Violencia y Derechos Humanos», Editora de Derechos Humanos, Santiago, 1993.
- Código de los Niños y Adolescentes, Edición oficial, Lima.
- Codice dei Minori, sexta edición, Piacenza, 2008.
- Constitución Política del Perú, Lima, edición oficial.
- Convención Internacional de los Derechos del Niño, ONU, 1989.
- Convención OIT N° 169 de los Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes.
- Cornejo Chávez, Héctor: «Derecho Familiar Peruano», Studium, reedición, 1998.
- Daes, Erica Irene: «Los Derechos Humanos de las Poblaciones Indígenas. Las Poblaciones Indígenas y su relación con la tierra». Comisión de Derechos Humanos – Sub Comisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.
- Dandler Jorge y otros: «Pueblos Indígenas de la Amazonía Peruana y Desarrollo Sostenible», Organización Internacional de Trabajo, Lima, 1998.

- Defensoría del Pueblo del Perú, Programa de Comunidades Nativas: «Comentario al Convenio N° 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes», Cuarta Edición, Lima, 2004.
- Flores Quelopana, Gustavo: «La Encrucijada de la Condición Andina. Ensayos sobre la crisis identitaria», Instituto de Investigación para la Paz, Cultura e Integración de América Latina, Lima, 2005.
- Gurvitch, Georges: «La Declaration des Droits Sociaux», Editions de laMaison Francaise, New York, 1944.
- Maritain, Jacques: «La defensa de la Persona Humana» Editorial Dédalo, Buenos Aires, 1959.
- Maritain, Jacques: «Los Derechos del Hombre» Estudios y Comentarios en torno a la Declaración Universal. Fondo de Cultura Económica. Méjico, 1949.
- Mejía, Pedro: «La Adopción».
- Meza Ingar, Carmen: «Casos de Discriminación mediante el Derecho», Concytec, Lima, 1988.
- Meza Ingar, Carmen: «El Derecho a la Información», Lima, 2001.
- Meza Ingar, Carmen: «Ideas para un Código de Familia», CONCYTEC, 1990.
- Meza Ingar, Carmen: «Más allá de la Igualdad», Amaru Editores, Lima, 1986.
- Meza Ingar, Carmen: «Reflexiones de Fin de Siglo», Lima, 1999.
- Mizrahi, Mauricio Luis: «Familia, Matrimonio y Divorcio», Buenos Aires, 1998.
- Muelle Góngora Edgard: «Derechos Humanos en el Derecho Internacional», Cuzco, 1997.
- Santa Biblia, Biblioteca de Autores Cristianos, BAC, Salamanca, 1980.
- Solari Tudela, Luis: «Derecho Internacional Público», Studium, Octava Edición, Lima, 2003.
- Tamayo Vargas, Manuel: «Derecho de Menores», Lima, 1991.
- Tomei, Manuela y Swepston, Lee: «Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT», Organización Internacional de Trabajo, Ginebra, 1996.