



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO**



FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN

TITULO:

**“LA PROBLEMÁTICA DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN
SITUACIÓN DE ABANDONO EN LA PROVINCIA DE CHICLAYO
EN EL AÑO 2018”**

TESIS

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

CARLOS AMADOR QUISPEALAYA HUAMAN

ASESOR:

MG. JAVIER DÍAZ DIAZ

CHICLAYO- PERU

2019

TESIS:

**“LA PROBLEMÁTICA DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN
SITUACIÓN DE ABANDONO EN LA PROVINCIA DE CHICLAYO EN
EL AÑO 2018”**

Presentado por:

Carlos Amador Quispealaya Huaman
Autor

Mg. Javier Díaz Díaz
Asesor

Aprobado por Jurado

Dr. Lito Becerra Angulo
Presidente

Dr. Teófilo Ramón Rojas Quispe
Secretario

Mg. Eleo Mitridates Grillo Paico
Vocal

DEDICATORIA

A:

El presente trabajo está dedicado a mi familia por haber sido mi apoyo a lo largo de toda mi carrera universitaria y a lo largo de mi vida. A todas las personas especiales que me acompañaron en esta etapa, aportando a mi formación tanto profesional y como ser humano.

A mis hijos por su cariño, tiempo, tolerancia y su comprensión, que hicieron posible que culmine esta meta de formarme como abogado.

AGRADECIMIENTO

A:

Dios, por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

A:

A mis familia por todo su cariño apoyo y comprensión y a todas las personas que ayudaron directa e indirectamente en la realización de este trabajo de investigación.

ÍNDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
ÍNDICE.....	v
PRESENTACIÓN	ix
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN.....	xi

CAPITULO I

MARCO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA.	12
1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	14
1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	15
1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.	15
1.5.- OBJETIVOS.	16
1.5.1.- Objetivo General	16
1.5.2.- Objetivos Específicos.....	16
1.6.- HIPÓTESIS	16
1.6.1.- Contrastación de la Hipótesis.....	17
1.7.- VARIABLES.	17
1.7.1.- Variable independiente.....	17
1.7.2.- Variable dependiente.....	17
1.8.- METODOLOGIA	17
1.8.1.-Tipos de investigación y análisis.....	17
1.8.2- Técnicas.....	17
1.8.3.- Población y muestra	18
1.8.4.- Instrumentos.	18
1.8.5.-Plan de Procesamiento para análisis de Datos.	18

CAPITULO II

ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.- A NIVEL INTERNACIONAL.	20
2.2.- A NIVEL NACIONAL.	23

CAPITULO III

EL ESTADO DE ABANDONO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN EL PERU

3.1.- EL ESTADO DE ABANDONO.	31
3.1.1.- La noción y naturaleza del abandono como situación de vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes y su diferencia con la situación de riesgo.	31
3.2.- LO QUE DICE EL REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO N°1297, DECRETO LEGISLATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES SIN CUIDADOS PARENTALES O EN RIESGO DE PERDERLOS, EMITIDO MEDIANTE EL DECRETO SUPREMO N° 001-2018 MIMP.	32
3.3.- NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE ABANDONO. .	34
3.4.- NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES SIN CUIDADO PARENTAL.	39
3.5.- LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS ALBERGUES.	43
3.6.- PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN A LA NIÑEZ.	46
3.7.- EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, DERECHOS Y LIBERTADES.	49
3.8.- DIFERENCIA ENTRE LA SITUACIÓN DE ABANDONO Y LA SITUACIÓN DE RIESGO.	50

CAPITULO IV

EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A VIVIR EN UNA FAMILIA Y LA OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN ESTATAL FRENTE A LA SITUACIÓN DE ABANDONO

4.1.- EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A VIVIR EN UNA FAMILIA.....	53
4.1.1.- Reconocimiento constitucional del derecho a vivir en una familia.	53
4.1.2.- Marco normativo infra constitucional del derecho a vivir en una familia. .	58
4.1.3.- Contenido del derecho a vivir en una familia.	60
4.2.- LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE PROTECCIÓN A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE ABANDONO.	64
4.2.1.- Reconocimiento constitucional de la obligación de protección a niños, niñas y adolescentes en situación de abandono.	64
4.2.2.- Reconocimiento internacional de la obligación de protección a niños, niñas y adolescentes en situación de abandono	67
4.3.- SUJETOS OBLIGADOS A BRINDAR PROTECCIÓN A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE ABANDONO.	69
4.3.1.- Las obligaciones de protección por parte de los integrantes de la familia.	71
4.3.2.- Las obligaciones de protección por parte del Estado.	72

CAPÍTULO V

LAS MEDIDAS ESPECIALES DE PROTECCIÓN FRENTE A LA SITUACIÓN DE ABANDONO

5.1.- ANÁLISIS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1297.	74
5.2.- SITUACIÓN DE RIESGO.....	87
5.3.- SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN FAMILIAR.....	88
5.4.- SUJETOS INTERVINIENTES.	88
5.5.- MEDIDAS DE PROTECCIÓN PROVISIONALES.....	89

CONCLUSIONES	91
RECOMENDAIONES	93
BIBLIOGRAFIA	95
ANEXO.....	99
ANEXO 01.....	100
Chiclayo: Intervienen a 20 niños dedicados a la mendicidad y trabajo infantil....	100
ANEXO 02.....	102
Decreto Legislativo 1297.	

PRESENTACIÓN

La situación de abandono que afecta a miles de niños, niñas y adolescentes en el país constituye una de las principales preocupaciones de la Defensoría del Pueblo.

Según cifras del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (Inabif), se calcula que en nuestro país existen aproximadamente 17 mil niños, niñas y adolescentes en abandono, albergados en Centros de Atención Residencial (CAR).

Sin embargo, esta cifra no recoge el gran número de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en las calles, como producto de graves problemas de desestructuración familiar que, en muchos casos, tienen a la pobreza como telón de fondo. En razón de ello, en abril del 2010 presentamos el Informe Defensorial N°150 “El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo”.

Comprender el abandono infantil como una situación de vulneración de derechos permitirá que el procedimiento de restitución de derechos –que, en el Perú, se denomina Investigación Tutelar– tenga por finalidad buscar la recomposición de la familia en la que los derechos de niños, niñas y adolescentes sean respetados y garantizados.

ABSTRACT

The situation of abandonment that affects thousands of children and adolescents in the country constitutes one of the main concerns of the Ombudsman's Office.

According to figures from the National Comprehensive Program for Family Welfare (Inabif), it is estimated that in our country there are approximately 17 thousand children and adolescents abandoned, housed in Residential Care Centers (CAR). However, this figure does not reflect the large number of children and adolescents who are in the streets, as a result of serious problems of family breakdown that, in many cases, have poverty as a backdrop. Because of this, in April 2010 we presented the Ombudsman Report No. 150 "The right of children and adolescents to live in a family: the situation of the State Residential Care Centers from the perspective of the Ombudsman's Office".

Understanding the abandonment of children as a situation of violation of rights will allow the procedure for the restitution of rights - which, in Peru, is called Tutelary Investigation - to seek the recomposition of the family in which the rights of children and teenagers are respected and guaranteed.

INTRODUCCIÓN

Actualmente la realidad de la niñez que reside en la ciudad de Chiclayo, nos dice que existe una gran cantidad de niños en estado de abandono, de los cuales se encuentra una proporción que no supera los 250 niños internos que están siendo atendidos en los CAR del INABIF ubicados en diversos sectores de la provincia de Chiclayo. Entre estos centros CAR, tenemos: San Vicente de Paul, donde se albergan menores entre los 5 a 11 años de edad, San Juan Bosco, donde se albergan a adolescentes desde la edad de 12 a 18 años. En el caso de las niñas, ellas se encuentran bajo protección tutelar en el Hogar CAR. Rosa María Checa.

También existen otras ONG, como Aldeas Infantiles SOS, y Aldeas Virgen de la Paz, quienes brindan de protección tutelar a los niños y adolescentes declarados judicialmente en estado de abandono; pero ellos no son todos, diariamente se ven en nuestra ciudad de Chiclayo un gran número de niños que mendigan, están deambulando por la calle, o solicitando apoyo económico, niños que se debiendo estar estudiando en sus casas, están vendiendo golosinas o limpiando autos todo el día, y ahora con la presencia de extranjeros, niños que son utilizados para pedir limosnas va por parte de los transeúntes que actúan de buen corazón.

Esta problemática es la que nos despierta motivaciones para desarrollar temas como éste: Niños y Adolescentes en situación de abandono en la provincia de Chiclayo en el año 2018.

El trabajo de investigación está dividido en cinco capítulos, los mismos que se desarrollan secuencialmente.

Así mismo se presentan las conclusiones y recomendaciones de la investigación.

CAPITULO I

MARCO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA.

El abandono es un flagelo sobre todo de los niños extraviados de los hogares, hijos de padres en proceso judicial, niños abandonados en hospitales y maternidades, en hogares ajenos y centros asistenciales, etc.

En las últimas décadas, producto de las desigualdades sociales, económicas y culturales, entre otras, se ha agravado la situación de las familias de Chiclayo, principalmente de la mujer y los niños y adolescentes, generando situaciones que ponen en riesgo su integridad y expulsan a sus miembros hacia la vida de calle, la drogadicción, el robo, etc.

Las Familias disfuncionales, está dentro de una de las causas que repercute en la permanente huida de los menores a las calles, y el intento de sobrevivir en este entorno. En efecto, los niños y las niñas al observar y comprobar la difícil situación de vivir en familia, así como la falta de protección y afecto de sus progenitores, deciden huir de casa y vivir en las calles.

En este medio buscan agrupar a otros niños y niñas, que se encuentran en la misma posición, para formar grupos, con la finalidad de establecer estrategias de sobrevivencia; esto es, pidiendo alimentos y propinas monetarias a la gente en los restaurantes y calles de la ciudad de Chiclayo. Al no querer retornar a su hogar resuelven dormir en parques, y lugares abandonados, y en su afán de superar el trauma y la violencia que han

vivido en casa, con el sencillo (monetario) que consiguen producto del robo o la mendicidad, compran terokal para inhalarlo; otras veces, gastan estas propinas en los juegos del internet, allí permanecen por días, con alimentos que son proporcionados por los dueños de los establecimientos.

Si bien es cierto, la investigación tutelar es un tema ya regulado por el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1297, Decreto Legislativo para la protección de las Niñas, Niños y Adolescentes sin cuidados parentales o en Riesgo de Perderlos, Emitido mediante el Decreto Supremo N° 001-2018 MIMP, ésta fija parámetros donde todo el procedimiento se encuentra con plazos no adaptados a la realidad y al encontrarse con múltiples obstáculos para realizar las diligencias fijadas, trae como resultado el no tener posibilidades de cumplir sus principal objetivo: salvaguardar los derechos del menor en estado de abandono.

De la mano con este proceso, se encuentran los tratamientos psicológicos que siguen los menores, el cual, se inicia con un perfil psicológico iniciado por el equipo multidisciplinario del poder judicial y el que posteriormente se pasa a evaluar en los CAR del INABIF San Juan Bosco, San Vicente de Paúl, para niñas Rosa María Checa.

Dichos tratamientos no logran sus objetivos a la falta de un sistema que permita trabajar en forma conjunta con los juzgados de familia tutelar y peor aún, a raíz de la dilatada espera, se dan situaciones donde la persona agrava su estabilidad psicológica llegando incluso al punto del abandono de los CAR por parte de los menores.

1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Los niños, niñas y adolescentes constituyen uno de los sectores más vulnerables de la población. Esta situación de vulnerabilidad exige una especial protección por parte del Estado, la familia y la comunidad, tal como lo han establecido diversos instrumentos internacionales, entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, es decir, como titulares de derechos y obligaciones.

Los problemas que atañen a los niños, niñas y adolescentes de nuestro país son objeto de una especial preocupación institucional, manifiesta en la defensa, promoción y respeto de sus derechos.

En razón de ello, nuestro trabajo se orienta particularmente a los siguientes temas: violencia sexual; castigo físico y humillante; niños, niñas y adolescentes en situación de abandono; reclutamiento indebido de menores de edad en el servicio militar; derechos reproductivos de adolescentes; trata y participación infantil.

Según un último estudio de UNICEF, en el año 2016, el 38 % de la población peruana está conformada por niños, niñas y adolescentes de 0 a 17 años (16, 571,879). De esta cifra, alrededor del 45% de ellos y ellas vivirían en condición de pobreza.

Según información del INABIF¹, se calcula que en el Perú existen aproximadamente 18 mil niños y niñas y adolescentes en abandono, albergados en Centros de Atención Residencial tanto públicos como privados.

En toda medida que el Estado peruano adopte en materia de niñez y adolescencia debe prevalecer el interés superior del niño consagrado en la "Doctrina de la Protección Integral", con la finalidad de respetar, garantizar y satisfacer los derechos de los niños, niñas y adolescentes como personas en proceso de desarrollo.

El análisis de la normatividad vigente y de su aplicación, así como de los principales hallazgos identificados a partir del estudio de expedientes recopilados en la región Lambayeque, ha sido realizado a sabiendas de que el abandono de niños, niñas y adolescentes constituye una situación en la que muchos de sus derechos fundamentales han sido vulnerados y, por consiguiente, deben ser restituidos lo más pronto posible.

¹INSTITUTO DE BIENESTAR FAMILIAR.

Este enfoque permite sostener que la intervención psicosocial, dirigida a revertir la situación de abandono, se debe convertir en un objetivo central de las políticas públicas de protección de la infancia y la adolescencia, superando la clásica visión benéfico–asistencial, de la que no surgen claras responsabilidades individuales, sociales ni estatales respecto de la implementación de una política pública de protección de la infancia y la adolescencia.

Comprender el abandono infantil como una situación de vulneración de derechos permitirá que el procedimiento de restitución de derechos –que, en el Perú, se denomina Investigación Tutelar– tenga por finalidad buscar la recomposición de la familia en la que los derechos de niños, niñas y adolescentes sean respetados y garantizados.

1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿De qué manera el Estado efectiviza políticas legales para la protección a los niños y adolescentes que se encuentran en Estado de abandono y cuáles son las medidas correctivas necesarias para que se dé cumplimiento?

1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

Es importante porque hace un análisis de los niños que se encuentran en estado de abandono a nivel nacional y específicamente de la situación problemática de los niños en estado de abandono en la Provincia de Chiclayo; señalando los centros de atención que brinda el Estado a través del INABIF. (Instituto Nacional de Bienestar Familiar); así mismo presenta un diagnóstico situacional, lo que permitirá analizar si existe el cumplimiento de las funciones del Estado en el apoyo a la niñez necesitada.

Otro aspecto que se debe señalar también es la importancia de conocer y ver el cumplimiento que a partir de la aprobación del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1297, Decreto Legislativo para la protección de las Niñas, Niños y Adolescentes sin cuidados parentales o en Riesgo de Perderlos, emitido mediante el Decreto Supremo N° 001-2018 MIMP, respecto al proceso de desprotección familiar; las instituciones

involucradas como el INABIF, UPE, y las DEMUNAS, realizarán de forma efectiva el proceso administrativo y el Poder Judicial debe resolver los problemas de este grupo social, ante la falta de políticas sociales de protección por parte del Estado.

En tal sentido, en concordancia con el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1297, Decreto Legislativo para la protección de las Niñas, Niños y Adolescentes sin cuidados parentales o en Riesgo de Perderlos, Emitido mediante el Decreto Supremo N° 001-2018 MIMP, tenemos una legislación que estipula cuales son las diligencias y pasos a seguir en este procedimiento. Lo que se busca es que las instituciones que tienen a su cargo dichas diligencias trabajen de forma conjunta para poder mejorar la situación del proceso, la misma que va más allá de esta legislación.

1.5.- OBJETIVOS.

1.5.1.- Objetivo General

- ❖ Analizar la manera que el Estado efectiviza políticas legales para la protección a los niños y adolescentes que se encuentran en Estado de abandono y cuáles son las medidas correctivas necesarias para que se dé cumplimiento

1.5.2.- Objetivos Específicos.

- ❖ Analizar la normatividad del niño y adolescente en caso de estado de abandono.
- ❖ Identificar los principales problemas que se presentan como causas del estado de abandono de niños y adolescentes en la provincia de Chiclayo.
- ❖ Identificar los principios y derechos invocados en la desprotección familiar de niños, niñas y adolescentes.

1.6.- HIPÓTESIS

Si, el Estado efectiviza políticas legales para la protección a los niños y adolescentes que se encuentran en Estado de abandono entonces se luchará contra el alto índice de niños en esta problemática.

1.6.1.- Contrastación de la Hipótesis.

Con la reglamentación del D.L. 1297, el Estado se compromete a la lucha contra la desprotección Familiar en favor de los niños, niñas y adolescentes en estado de abandono, se busca el cumplimiento de dicha norma buscando el compromiso efectivos por parte de las Instituciones involucradas administrativa y judicialmente

1.7.- VARIABLES.

1.7.1.- Variable independiente

- Políticas legales para la protección de los niños y adolescentes.

1.7.2.- Variable dependiente.

- Estado de desprotección del niño, niña y adolescente.

1.8.- METODOLOGIA

1.8.1.-Tipos de investigación y análisis

Métodos

Método de análisis-síntesis, que permite obtener conclusiones valederas y formular frente a ellas alternativas o vías de solución.

1.8.2- Técnicas

Fichaje documental: (datos pre-existentes)

De Análisis.

Se procesaran los datos al ordenador para su correspondiente orden; (descritos, examinados) y sirvan de fuente para la extracción de la síntesis informativa.

1.8.3.- Población y muestra

Población: Provincia de Chiclayo.

Muestra: información obtenida de juzgados de familia.

1.8.4.- Instrumentos.

- Fichas de autoevaluación
- Notas de Campo.

1.8.5.-Plan de Procesamiento para análisis de Datos.

Los datos, serán procesados mediante el programa Microsoft Word y serán analizados, mediante el programa Microsoft Excel. En los cuales se demostrará a través de cuadros la clasificación de los adolescentes por cada hecho delictivo.

MARCO TEÓRICO

CAPITULO II

ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.- A NIVEL INTERNACIONAL.

1. RELAF (Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar - 2011). “Niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en América latina”. Argentina.

En el texto se sustenta que los niños, niñas y adolescentes que por diversas razones viven sin el cuidado de sus padres o los que están en riesgo de perderlo son de sectores sociales bajos. La mayoría de ellos están expuesto a la pobreza, discriminación y exclusión, factores que, a su vez, pueden hacerlos más vulnerables al abuso, explotación y al abandono. Para la Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar hacer visible la realidad en la que viven miles de niños, niñas y adolescentes en Latinoamérica y de esta forma dar a conocer a distintas organizaciones, instituciones, gobiernos y a la sociedad civil sobre la situación de los mismos es importante, debido a que el Estado debe apuntalar significativamente a través de políticas públicas que ayude a resolver la vulnerabilidad de la población infante.

La información generada en este texto es un insumo para el debate y puesta en agenda del tema sobre la situación de riesgo y abandono de los infantes, y así fomentar la construcción de buenas prácticas y políticas públicas que deban mejorar el bienestar y posibilidades de desarrollo de niños, niñas y adolescentes sin cuidado parental y/o en riesgo de perderlo. En este proceso el Estado no desprotege a los infantes, más bien los acoge, y decide institucionalizarlo para resguardar su riesgo.

Además, un tema importante, de fondo, en este trabajo es la propuesta de una herramienta y oportunidad de abogacía, para la promoción y defensa de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Conocer sobre su situación nos compromete a trabajar por mayores oportunidades, por mejorar las prácticas y la legislación relacionadas y por mayores recursos para su adecuada aplicación. Los actuales esfuerzos de los albergues están enfocados en el logro del objetivo estratégico de que los niños y las niñas crezcan en una familia que los y las cuide, los proteja y les permita insertarse en el derecho a recibir una educación formal. En esta perspectiva deba orientarse el Estado; es decir, focalizar los recursos y desarrollar programas sociales en lugares donde haya mayor necesidad y en las áreas que se pueda tener mayor impacto. Los espacios más vulnerables en el Perú son las zonas rurales pobreza y de extrema pobreza, así como la periferia en el ámbito urbano, a los que podemos llamar también pueblos jóvenes.

2. Rodríguez, Ana (2002). “Cuidado Temprano para la Infancia en Hogares Sustitutos”. Colombia: Tesis. Según Rodríguez la investigación se ha orientado hacia los efectos del cuidado en las instituciones de acogimiento.

Los resultados de estos estudios reportan que “los niños y las niñas que han participado en programas de cuidado temprano por el Estado tienen más habilidades sociales que aquellos criados en casa, presentan mayor conducta de cooperación, confianza, y orientación a la tarea”. Según la autora, en las casas de protección se han detectado que la calidad del cuidado que han tenido las niñas y los 18 niños han sido muy positivos «a nivel del desarrollo social, del fomento de la curiosidad y de la habilidad para compartir y establecer amistades».

Los niños, las niñas formadas en este ambiente se han desempeñado bien en el cumplimiento de sus tareas relacionadas con atención y memoria. Sin

embargo, los niños y las niñas requieren de protección integral, que solo la familia puede otorgarle.

En la familia los niños y las niñas han logrado sostenerse en un proceso educativo que les ayuda a incorporar conocimientos básicos para afrontar situaciones inciertas que visibiliza en la vida cotidiana. Según la autora, no todo es positivo en el cuidado institucional, también se han reportado efectos negativos. Por ejemplo, el cuidado no materno puede interferir con el apego seguro en la infancia, puede presentar un riesgo para su desajuste social posterior, y también puede aumentar el riesgo de presentación de conductas agresivas.

Por eso, cuando los niños, las niñas lleguen a estos centros de acogimiento son evaluados en su condición física y psicológica, de manera que los profesionales de la institución les conducen reforzando el lado más vulnerable. Esto puede estar referido a la baja autoestima, a la falta de afecto, a las desviaciones en su aprendizaje y el desarrollo cognitivo.

También se han encontrado problemas de desarrollo y de comportamiento en niños y niñas que no están al cuidado de sus padres. Gran parte de ellos manifiestan mucho desorden en sus actitudes, quieren sentirse libres, golpean a los demás y actúan con agresividad contra aquellos que se interfieren en sus propósitos. Las instituciones buscan corregir estas actitudes, el proceso es complicado, pero poco a poco logran instalar en los niños y las niñas asumir responsabilidades en torno a las cosas que hacen.

2.2.- A NIVEL NACIONAL.

3. Schriener Gabriela (2003). “Atención Integral en Instituciones desde una perspectiva de la ética y los derechos humanos”. I Congreso Internacional de Calidad de Atención en Centros de Atención Residencial. Lima.

La investigación se sustenta, principalmente, en la atención integral de los niños y las niñas. La autora sostiene que: “...en las medidas de protección se hace urgente desarrollar e implementar mejoras en las metodologías para el trabajo de apoyo a las familias y a los niños. Asimismo la atención debe ser individualizada, brinda 20 culturales que vive el país.

De este modo podemos agrupar las causas dentro de los siguientes conjuntos de problemáticas: políticas, tales como la violencia política y las migraciones forzadas por situaciones de esta índole; económicas, que generan también otro tipo de migración, así como devienen en numerosas situaciones de vulnerabilidad familiar tales como la falta de acceso a salud, educación y vivienda, desnutrición de niños y niñas en proceso de desarrollo, las que, a su vez, están íntimamente vinculadas con problemáticas sociales y culturales como violencia familiar, adicciones, trabajo infantil y explotación sexual comercial, a las que se suman situaciones de discriminación ante la discapacidad y el origen étnico de la población.

Estas situaciones se dan en el marco de una familia disfuncional, donde los responsables de familia, principalmente, los progenitores entre sí están en permanente conflicto. Su mala conducta, y la violencia familiar, se producen continua y regularmente. Mientras tanto, los hijos viven en total abandono, y en la

búsqueda de sentirse reconocidos, y tener atención, se vuelcan a las calles, ahí buscan vivir de la caridad de la gente y otras veces delinquen para sobrevivir.

4. Treinta Minutos (2014). Niños, Niñas y Adolescente en situación de abandono y ejercicio de sus derechos. Huancayo: C.C.J.J. Arguedianos.

Este periódico, vocero, producido por el CCJ.M. Arguedianos, hace una lectura de la realidad en que viven los niños en situación de abandono. Según detalla su informe, explica que muchos niños, niñas y adolescentes se encuentran dentro de diversas instituciones tutelares esperando una sentencia esperando que los declaren legalmente en abandono y de esa forma puedan ser parte de los menores a ser parte de la lista de adopciones, y durante todo el tiempo de espera lo hacen en estos lugares donde no tienen una imagen verdadera de familia.

En ese sentido el Congreso de la República aprobó el proyecto de Ley 30162 que plantea que los niños, las niñas y los adolescentes que no puedan vivir con sus padres, lo hagan de manera excepcional con un núcleo familiar que les permita la restitución, el disfrute y el goce y el ejercicio de su derecho a vivir en una familia que les proveen los cuidados necesarios para su desarrollo, y siempre sean favorables a su interés superior.

El derecho a vivir en familia, es un derecho que muchas veces se vulnera al separar a un menor de su propia familia extensa, lo cual involucra abuelos, tíos, primos, etc. Pues este panorama se ha estado viviendo a lo largo de estos años, porque si una menor se encontraba en situación de abandono o en peligro dentro de su propia familia, y a causa de sus progenitores eran acogidos en las

instituciones tutelares, lugar en donde permanecen hasta que se emita una sentencia.

Este problema también involucra a las personas que esperan tener un hijo y vivir en familia. Además, debemos decir que el número de adopciones en la región Junín es escasa por el largo proceso que demora en emitir dicha sentencia.

Finalmente, el sector de la población más vulnerable en la sociedad son los niños, las niñas y los adolescentes que muchas veces son víctimas de los conflictos de familia o crisis económica, y se ven obligados a salir del seno familiar arriesgándose a padecer toda clase de situaciones de riesgo que ponen en peligro su integridad física y mental. Para tranquilidad de ellos el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1297, Decreto Legislativo para la protección de las Niñas, Niños y Adolescentes sin cuidados parentales o en Riesgo de Perderlos, Emitido mediante el Decreto Supremo N° 001-2018 MIMP, tiene como principal función darles la oportunidad de reingresar a un hogar que les permita desarrollar sus vidas lejos de las garras de la delincuencia o los vicios. 22 5. Treinta Minutos (2014). Un hogar diferente, alejarse de la familia. Huancayo: C.C.J.J. Arguedianos. En un informe especial este diario menciona la importancia de vivir en familia.

Según mencionan que lamentablemente, no todos los niños pueden vivir con sus padres, existen varios factores que pueden impedir este hecho, es entonces que mientras es menor de edad, ante la ausencia de los progenitores, el poder judicial se hace cargo y evalúa con quién debe quedarse el pequeño. Antes de declarar al menor en estado de abandono, éste tiene derecho a un acogimiento familiar, a tener un hogar temporal mientras se decide si se quedará con algún familiar cercano o será puesto en adopción. Todo este proceso puede tomar su tiempo,

tiempo en el que el pequeño puede sufrir distintas emociones que podrían perjudicarlo más adelante.

El niño, la niña en familia debe brindársele seguridad. Si son adoptados o pasan a ser tutelados en una institución del Estado, hacerle ver que sus nuevos padres no son intrusos, sino son sus nuevos tutores, con quienes vivirá. Estos padres deben estar preparados para enfrentar estas situaciones, ya que son ellos quienes cumplirán con el rol más importante para la formación de un buen hogar. Todo ser humano necesita crecer en un espacio seguro en donde pueda desarrollar sus capacidades que le permitan afrontar los problemas que se les presenta en la realidad.

CAPITULO III

EL ESTADO DE ABANDONO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN EL PERU

Los motivos de la falta de cuidado parental son múltiples, variados y complejos, así como lo son las consecuencias de esta situación sobre la vida de los niños.

Para identificar las causas que generan la pérdida del cuidado parental en los niños es necesario remitirnos a las principales problemáticas políticas, económicas, sociales y culturales que vive nuestro País. Al respecto Jaramillo (2004), menciona que entre los problemas a este nivel generalmente son muy trascendentes. A nivel político, se tiene por ejemplo la violencia política y las migraciones forzadas por situaciones de esta índole. A nivel económico, se puede decir que todo crecimiento económico no siempre hay desarrollo y mejora de la calidad de vida hacia abajo, más bien este fenómeno deviene en numerosas situaciones de vulnerabilidad familiar tales como la falta de acceso a salud, educación y vivienda, desnutrición de niños, las mismas que están íntimamente vinculadas con problemáticas sociales y culturales como violencia familiar, adicciones, trabajo infantil y explotación sexual comercial, así como la discriminación ante la discapacidad y el origen étnico de la población. Para Jaramillo (2004), estos problemas extendiendo la desigualdad social, ampliando las brechas de pobreza y extrema pobreza.

Precisamente, los niños, las niñas y los adolescentes que han sido institucionalizados en el albergue han transitado por las experiencias mencionadas en el párrafo anterior. Su familia no tiene las condiciones necesarias como para afrontar las diversas privaciones sociales y económicas que padecen. Al respecto Save The Children (2012) sostiene que “Los niños que actualmente no gozan de cuidados parentales han formado parte, con

anterioridad, de un grupo de familias en situación de riesgo”. En este sentido, según esta institución, existen numerosas e identificables causas de pérdida de cuidados parentales, a través de las cuales puede establecerse cuál es la población de niño, niña y adolescente que está en riesgo de perder dichos cuidados. Generalmente los casos de niños, niñas y adolescentes internados en el Centro de Atención Residencial Andrés Avelino Cáceres, acusan de esta realidad, es decir son institucionalizados por encontrarse en situación de abandono porque los padres viven en permanente conflicto, y no están dispuestos a asumir la tutela.

En el Perú, en particular en Huancayo, la pobreza y la desigualdad están identificadas como las principales causas de pérdida o riesgo de pérdida de cuidados parentales en la población infanto-juvenil. En un estudio reciente Jaramillo (2015) revela que la pobreza no solo identifica la situación de los infantes en situación de calle y su posterior intervención del Estado, sino que las familias no están en condiciones de sostener el progreso de sus miembros. En este sentido argumenta Jaramillo (2015) que, si bien la pobreza está identificada como causa principal de la problemática de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, esto no permite establecer una relación lineal entre los infantes pobres y aquellos carentes de cuidado parental, porque también encontramos niños, niñas y adolescentes provenientes de familias pobres que sus progenitores logran sobrevivir a pesar de sus limitaciones económicas.

La relación entre pobreza y falta de cuidado parental es más dinámica y compleja. No son sólo los niños pobres los que están expuestos a la pérdida o riesgo de pérdida de cuidados parentales. Problemáticas como adicciones y violencia intrafamiliar no son exclusivas de sectores pobres, aunque en estos sectores son más visibles. En las familias en situación de riesgo son sus integrantes quienes recurren a los mecanismos estatales para lograr algún tipo de ayuda que les permita salir de tales situaciones.

En su informe sobre la problemática de la infancia la Defensoría del Pueblo (2011) argumenta que “En el caso de los sectores no pobres, el acceso a ayudas profesionales, tanto de salud como de educación, se realiza por canales privados, por lo que no se hallan incluidos en las estadísticas que el Estado realiza acerca de estas situaciones, a partir de datos provenientes de las instituciones públicas”. En este sentido, la situación de estas familias responde a otros problemas no necesariamente económicos, más bien son problemas de índole más social como la violencia familiar o la disolución de la relación conyugal. En este caso los conflictos se generan por la falta de capacidad de las parejas para llegar a acuerdo de tenencia de los hijos y la manutención, en este proceso hay riesgos en la protección y seguridad de los hijos.

Asimismo, es importante destacar que los sectores pobres en el Perú padecen más problemas sociales por estar vinculados a las enormes dificultades que encuentran en el acceso a los servicios públicos que el Estado peruano debería garantizar a toda la población, como educación, salud, vivienda y trabajo. Si bien el Estado peruano busca resolver, a través de programas sociales como Juntos, Beca 18, el acceso de los pobres a estos servicios, pero no todos alcanzan a ser parte de la cobertura que beneficia el Estado.

En las investigaciones que analizamos (Jaramillo 2015, Defensoría del Pueblo 2011, Aliaga 2013) responden que las situaciones problemáticas vinculadas al riesgo de pérdida del cuidado parental se repiten cuando analizamos la causa de la pérdida ya consumada. Estas investigaciones no destacan la necesidad de estudiar la situación de abandono de los NNA pensando en medidas de prevención, protección y fortalecimiento familiar que eviten su estado de vulneración que significa carecer de cuidados parentales.

Se señala que la ruptura de los vínculos está relacionada tanto con los conflictos devenidos de la falta de capacidad de las familias para superar el problema de la escasez de recursos económicos. En su investigación Ferreira (2003), explica que los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono tienen dificultades en el desarrollo emocional, los padres tampoco encuentran la tranquilidad para afrontar las situaciones de conflicto que les permita brindar el sostén necesario a los hijos. A esto se suman las problemáticas vinculadas a cuestiones de género, la tradición cultural por el cual “los padres asumen que los hijos son responsabilidad de las madres, quienes deben permanecer para su cuidado, a riesgo de ser consideradas “inhumanas” si no lo hacen, adjetivo que no es utilizado en el caso de los padres que no asumen el cuidado de sus hijos, porque ellos consideran que ese rol corresponde a las madres” (Ferreira, 2003).

La inequidad de género tiene mucho peso en el país, persistiendo sobre las mujeres la exigencia a partir del “mito del instinto maternal” y la legitimación del abandono y la violencia ejercida por los varones en un contexto de fuerte machismo. En este caso si los hijos viven en situación de abandono es por descuido o la falta de responsabilidad no asumida por las madres en el cuidado y la protección, según Ferreira (2003) los padres no son responsabilizados por los problemas de inseguridad en que viven los menores. Otro de los datos que respalda lo mencionado en el párrafo anterior es lo señalado por Durand (2008). Según el autor, “Las familias monoparentales, conformadas mayoritariamente por mujeres al frente del hogar, son propensas a mayores situaciones de vulnerabilidad entre los niños, las niñas y adolescentes, que suelen pasar más tiempo solos en las casas mientras sus madres trabajan fuera”. Estas familias padecen la escasez de ingresos, lo cual requiere, en muchos casos, de la movilización de los responsables de familia en busca de dinero, ya sea a través de trabajos precarios, de la mendicidad, o de formas de explotación comercial, incluida la explotación sexual. En este contexto,

dice Durand (2008), niños y niñas están expuestos a perder el cuidado de su familia, y la obligación a que el Estado asuma la tutela antes la falta de familiares dispuestos a asumir la protección.

3.1.- EL ESTADO DE ABANDONO.

3.1.1.- La noción y naturaleza del abandono como situación de vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes y su diferencia con la situación de riesgo.

La legislación nacional no ha definido el concepto o noción de abandono, sino más bien ha establecido en Reglamento del Decreto Legislativo N° 1297, Decreto Legislativo para la protección de las Niñas, Niños y Adolescentes sin cuidados parentales o en Riesgo de Perderlos, Emitido mediante el Decreto Supremo N° 001-2018 MIMP, algunas causales que facultan a la autoridad judicial competente a declarar el abandono de los niños, niñas y adolescentes².

En esa medida, se propuso una noción de abandono que define a éste como “el descuido, desatención o desamparo, negligente o no, del niño, niña o adolescente por parte de las personas responsables de su cuidado (madre, padre, tutores, etc.), que tiene como presupuesto indispensable la consiguiente carencia de soporte familiar, sumada a la existencia de situaciones que afectan gravemente, en cada caso concreto, al desarrollo integral de un niño, niña o adolescente y que, a partir de esta situación de desprotección, no permiten el goce y disfrute de sus derechos

Esta noción de abandono parte de un enfoque de derechos de los niños, niñas y adolescentes acorde con su condición de sujetos de derechos y libertades reconocida por la “Doctrina de la Protección Integral” y que exige que estos sean respetados, protegidos y garantizados por la familia, la comunidad y el Estado.³

Este enfoque de derechos permite entender el abandono como una situación de vulneración de derechos de un niño, niña o adolescente, es decir, como una situación de

² Al respecto, ver: Defensoría del Pueblo. Op. Cit. pp. 144-146

³ Campoy Cervera, Ignacio. Op. Cit., pp. 297-298

desprotección que se puede originar en diversas circunstancias sociales y/o familiares, y que puede ser revertida mediante la implementación de medidas de protección especiales que apunten no solo a brindar cuidado y asistencia a las personas menores de edad que la padecen, sino a prestar el apoyo y asesoría a los padres, madres y/o familiares con la finalidad de desarrollar o potenciar sus habilidades para el cuidado de sus hijos, hijas o familiares.

En ese sentido, cabe considerar que la nueva noción de abandono debería, en primer lugar, implicar la adopción de medidas de protección y solo, eventualmente, la ruptura definitiva del vínculo con los padres y/o madres.

3.2.- LO QUE DICE EL REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO N°1297, DECRETO LEGISLATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES SIN CUIDADOS PARENTALES O EN RIESGO DE PERDERLOS, EMITIDO MEDIANTE EL DECRETO SUPREMO N° 001-2018 MIMP.

Artículo 155.- Resolución que se pronuncia sobre la desprotección familiar

155.1. Culminada la audiencia que recoge la opinión de la niña, niño o adolescente, ingresa el expediente a despacho para pronunciarse sobre la desprotección familiar, sin necesidad de notificar este acto a las partes del procedimiento. A partir de lo cual, se cuenta con el plazo de cinco (5) días hábiles, para emitir la resolución judicial.

155.2. La resolución judicial contiene la evaluación de las circunstancias y el entorno socio familiar de la niña, niño o adolescente que permita concluir si se encuentra o no en una situación de desprotección familiar, debiendo justificar y

expresar en la resolución las razones de su decisión. En caso se declare la desprotección familiar de la niña, niño o adolescente, se pronuncia por la pérdida de la patria potestad o la extinción de la tutela y aprobación o modificación de la medida de protección recomendada y la adoptabilidad de ser el caso.

155.3. Cuando el informe técnico recomiende la adopción en forma excepcional de la niña, niño o adolescente con la persona o familia acogedora con la cual se encuentra, el juzgado declara la adopción al día hábil siguiente de emitir la resolución de consentida de la declaración judicial de desprotección familiar. Para este acto, no se requiere la devolución de cargos de la resolución de consentida ni presentación de solicitud alguna. Asimismo, no procede recabar el asentimiento de la adopción de la madre, padre, tutor/a, ni del consejo de familia o alguno de ellos, al encontrarse la niña, niño o adolescente bajo la Tutela Estatal.

155.4. La adopción se notifica al Ministerio Público, a la UPE, a la persona o familia adoptante y a la/el defensora/or pública/o, con la debida confidencialidad. El plazo para interponer recurso de apelación es de cinco (05) días hábiles. Consentida la resolución de adopción, se oficia al RENIEC para la inscripción de la nueva acta de nacimiento de la niña, niño o adolescente y se comunica a la DGA en caso la familia adoptante proceda del Registro de Adoptantes.

155.5. Cuando la resolución judicial declara la inexistencia de desprotección familiar, se ordena el retorno de la niña, niño o adolescente a su familia de origen, para ello, la UPE adopta las acciones que permitan preparar para ese momento al menor de edad de manera inmediata y de acuerdo a la circunstancia particular de

cada caso. De la misma manera se procede cuando se ordena el inicio del procedimiento por riesgo.

Para calificar si un niño, niña o adolescente se encuentra en abandono, es necesario definir si el mismo sufre las situaciones señaladas en la norma vigente, esta condición nos plantea dos momentos claramente diferenciados:

- a) La etapa previa a la declaración de abandono, en la que existe una presunción de dicho abandono, la cual amerita una investigación para confirmar si el niño, niña o adolescente se encuentra efectivamente en las situaciones descritas por el Decreto Legislativo 1297; la misma que se encuentra estrechamente relacionada con la obligación de dictar una medida de protección temporal en tanto dura la investigación tutelar. Se desarrolla en la vía administrativa, específicamente en el MIMP.
- b) La declaración del abandono en sí, etapa en la que la instancia judicial define la situación tutelar del niño, niña o adolescentes, a partir del informe provisto por el MIMP; declarando el abandono mediante resolución judicial.

3.3.- NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE ABANDONO.

Los motivos de la falta de cuidado parental son múltiples, variados y complejos, así como lo son las consecuencias de esta situación sobre la vida de los niños.

Para identificar las causas que generan la pérdida del cuidado parental en los niños es necesario remitirnos a las principales problemáticas políticas, económicas, sociales y culturales que vive nuestro País. Al respecto Jaramillo (2004), menciona que entre los problemas a este nivel generalmente son muy trascendentes. A nivel político, se tiene por ejemplo la violencia política y las migraciones forzadas por situaciones de esta índole. A nivel económico, se puede

decir que todo crecimiento económico no siempre hay desarrollo y mejora de la calidad de vida, más bien este fenómeno deviene en numerosas situaciones de vulnerabilidad familiar tales como la falta de acceso a salud, educación y vivienda, desnutrición de niños, las mismas que están íntimamente vinculadas con problemáticas sociales y culturales como violencia familiar, adicciones, trabajo infantil y explotación sexual comercial, así como la discriminación ante la discapacidad y el origen étnico de la población. Para Jaramillo (2004), estos problemas extendiendo la desigualdad social, ampliando las brechas de pobreza y extrema pobreza.

Precisamente, los niños, las niñas y los adolescentes han sido institucionalizados en el albergue han transitado por las experiencias mencionadas en el párrafo anterior. Su familia no tiene las condiciones necesarias como para afrontar las diversas privaciones sociales y económicas que padecen. Al respecto Save The Children (2012) sostiene que “Los niños que actualmente no gozan de cuidados parentales han formado parte, con anterioridad, de un grupo de familias en situación de riesgo”. En este sentido, según esta institución, existen numerosas e identificables causas de pérdida de cuidados parentales, a través de las cuales puede establecerse cuál es la población de niño, niña y adolescente que está en riesgo de perder dichos cuidados.

Generalmente los casos de niños, niñas y adolescentes internados en el Centro de Atención Residencial Andrés Avelino Cáceres, acusan de esta realidad, es decir son institucionalizados por encontrarse en situación de abandono porque los padres viven en permanente conflicto, y no están dispuestos a asumir la tutela.

En el Perú, en particular en Huancayo, la pobreza y la desigualdad están identificadas como las principales causas de pérdida o riesgo de pérdida de

cuidados parentales en la población infanto-juvenil. En un estudio reciente Jaramillo (2015) revela que la pobreza no solo identifica la situación de los infantes en situación de calle y su posterior intervención del Estado, sino que las familias no están en condiciones de sostener el progreso de sus miembros. En este sentido argumenta Jaramillo (2015) que, si bien la pobreza está identificada como causa principal de la problemática de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, esto no permite establecer una relación lineal entre los infantes pobres y aquellos carentes de cuidado parental, porque también encontramos niños, niñas y adolescentes provenientes de familias pobres que sus progenitores logran sobrevivir a pesar de sus limitaciones económicas.

La relación entre pobreza y falta de cuidado parental es más dinámica y compleja. No son sólo los niños pobres los que están expuestos a la pérdida o riesgo de pérdida de cuidados parentales. Problemáticas como adicciones y violencia intrafamiliar no son exclusivas de sectores pobres, aunque en estos sectores son más visibles. En las familias en situación de riesgo son sus integrantes quienes recurren a los mecanismos estatales para lograr algún tipo de ayuda que les permita salir de tales situaciones.

En su informe sobre la problemática de la infancia la Defensoría del Pueblo (2011) argumenta que “En el caso de los sectores no pobres, el acceso a ayudas profesionales, tanto de salud como de educación, se realiza por canales privados, por lo que no se hallan incluidos en las estadísticas que el Estado realiza acerca de estas situaciones, a partir de datos provenientes de las instituciones públicas”. En este sentido, la situación de estas familias responde a otros problemas no necesariamente económicos, más bien son problemas de índole más social como la violencia familiar o la disolución de la relación conyugal. En este caso los

conflictos se generan por la falta de capacidad de las parejas para llegar a acuerdo de tenencia de los hijos y la manutención, en este proceso hay riesgos en la protección y seguridad de los hijos.

Asimismo, es importante destacar que los sectores pobres en el Perú padecen más problemas sociales por estar vinculados a las enormes dificultades que encuentran en el acceso a los servicios públicos que el Estado peruano debería garantizar a toda la población, como educación, salud, vivienda y trabajo. Si bien el Estado peruano busca resolver, a través de programas sociales como Juntos, Beca 18, el acceso de los pobres a estos servicios, pero no todos alcanzan a ser parte de la cobertura que beneficia el Estado. En las investigaciones que analizamos (Jaramillo 2015, Defensoría del Pueblo 2011, Aliaga 2013) responden que las situaciones problemáticas vinculadas al riesgo de pérdida del cuidado parental se repiten cuando analizamos la causa de la pérdida ya consumada. Estas investigaciones no destacan la necesidad de estudiar la situación de abandono de los NNA pensando en medidas de prevención, protección y fortalecimiento familiar que eviten su estado de vulneración que significa carecer de cuidados parentales. Se señala que la ruptura de los vínculos está relacionada tanto con los conflictos devenidos de la falta de capacidad de las familias para superar el problema de la escasez de recursos económicos.

En su investigación Ferreira (2003), explica que los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono tienen dificultades en el desarrollo emocional, los padres tampoco encuentran la tranquilidad para afrontar las situaciones de conflicto que les permita brindar el sostén necesario a los hijos. A esto se suman las problemáticas vinculadas a cuestiones de género, la tradición cultural por el cual “los padres asumen que los hijos son responsabilidad de las madres, quienes

deben permanecer para su cuidado, a riesgo de ser consideradas “inhumanas” si no lo hacen, adjetivo que no es utilizado en el caso de los padres que no asumen el cuidado de sus hijos, porque ellos consideran que ese rol corresponde a las madres” (Ferreira, 2003).

La inequidad de género tiene mucho peso en el país, persistiendo sobre las mujeres la exigencia a partir del “mito del instinto maternal” y la legitimación del abandono y la violencia ejercida por los varones en un contexto de fuerte machismo. En este caso si los hijos viven en situación de abandono es por descuido o la falta de responsabilidad no asumida por las madres en el cuidado y la protección, según Ferreira (2003) los padres no son responsabilizados por los problemas de inseguridad en que viven los menores.

Otro de los datos que respalda lo mencionado en el párrafo anterior es lo señalado por Durand (2008). Según el autor, “Las familias monoparentales, conformadas mayoritariamente por mujeres al frente del hogar, son propensas a mayores situaciones de vulnerabilidad entre los niños, las niñas y adolescentes, que suelen pasar más tiempo solos en las casas mientras sus madres trabajan fuera”. Estas familias padecen la escasez de ingresos, lo cual requiere, en muchos casos, de la movilización de los responsables de familia en busca de dinero, ya sea a través de trabajos precarios, de la mendicidad, o de formas de explotación comercial, incluida la explotación sexual. En este contexto, dice Durand (2008), niños y niñas están expuestos a perder el cuidado de su familia, y la obligación a que el Estado asuma la tutela antes la falta de familiares dispuestos a asumir la protección.

3.4.- NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES SIN CUIDADO PARENTAL.

La problemática que hoy denominamos “niños sin cuidado parental o en riesgo de perderlo” engloba un sinnúmero de situaciones en las cuales, de manera total o parcial, los niños carecen de un referente adulto, que perdure en el tiempo, que sea el vínculo para su sostén y cuidado. Así como son diversas las causas de la falta de cuidados parentales, también lo son las situaciones en las que se encuentran los niños que carecen de éstos.

Según Gómez (2008), “Muchos niños, niñas y adolescentes que se encuentran separados de sus padres por medidas tomadas por las autoridades de infancia, e incluidos en un determinado tipo de cuidado alternativo formal no han logrado superar el abandono, ni asimilar la definición de familia en los hogares institucionalizados”. En este caso, Gómez (2008) sostiene que cuando el Estado asume la tutela, y tiene como objetivo la protección del niño, la niña y el adolescente, y se decide la separación de los padres para resolver el problema que la motivó (cese del maltrato, asunción de responsabilidades de los padres, etc.) los infantes no asimilan romper el vínculo. De ahí que el Estado busca ubicar algún familiar para lograr proteger a los niños, las niñas y los adolescentes y decidan su formación integral.

Sin embargo, surge de las investigaciones (Jaramillo 2015, Gómez 2008, Durand 2008) que niños y niñas suelen permanecer en manos del Estado indefinidamente separados de sus padres hasta definirse medidas seguras, estables y apropiadas para su protección y cuidado. Por otro lado, muchos niños, niñas y adolescentes no están incluidos en ningún tipo de cuidado alternativo formal de internamiento o intervención del Estado: son aquellos infantes en situación de calle o que se desempeñan como “jefes de hogar” debido a las carencias económicas que debe

afrontar la familia. Al respecto Jaramillo (2004), ha sabido sostener que estos infantes viven en constante riesgo, porque están expuesto a caer en la delincuencia, en la trata de personas y en el consumo de drogas, terokal y otras sustancias psicoactivas.

Si bien la falta de datos no permite dar cuenta con precisión la cantidad real de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales, pero la información con la que contamos 28 de investigaciones (Jaramillo 2015, Gómez 2008, Durand 2008, la Defensoría del Pueblo 2011) nos permite revelar las causas del estado de riesgo en que vive esta población, lo cual la hemos explicado en párrafos anteriores.

Teniendo en cuenta la importancia que implica la protección y cuidado de los infantes el Estado peruano ha implementado medidas de protección formalizando instituciones que se encarguen del proceso de tutela. Según la Defensoría del Pueblo (2012) los niños y niñas pueden ser incluidos en algún tipo de cuidado alternativo formal, sea en las múltiples modalidades de la institucionalización, sea en acogimiento familiar. Este espacio lo conforman los Centro de Atención Residencial, los albergues o el sistema de hogares temporales. En Huancayo el Centro de Atención Residencial Andrés Avelino Cáceres juega un papel importante en la protección y atención parental a los infantes que por diversas situaciones han sido acogidos, siendo un ámbito temporal hasta que el Estado encuentre familiares cercanos que se encarguen de su tutela.

Si bien el Centro de Atención Residencial Andrés Avelino Cáceres acoge a niños y niñas en situación de riesgo y abandono, no siempre responde a una necesidad de familia que requiere el infante, porque los niños y las niñas no han sido prevenidos para la separación de su familia de origen, tal como se establece en los procedimientos previstos en la Convención de los Derechos del Niño y en las

recientemente aprobadas Directrices de las Naciones Unidas sobre el cuidado alternativo de los niños. Pero el Estado antes de empeorar la no protección del infante logra sostenerlo familiarmente, siendo una de sus tareas buscar el acogimiento de los niños y las niñas por un pariente cercano, además se compromete en hacerle el seguimiento continuo para evaluar si las familias que han asumido la tutela están cumpliendo con las actividades recomendadas. Muchos niños y niñas en el Perú forman parte de esta experiencia, y Huancayo es un espacio donde a diario se ven los casos de infantes en situación de riesgo y abandono.

Según el Instituto Nacional de Bienestar Familiar (2006) “La cuestión de la institucionalización adquiere una relevancia particular pues se presenta como la principal respuesta instituida frente a la privación de familia por parte del Estado y de las organizaciones de la sociedad civil”. No es que el estado esté privando a los niños y las niñas que estén en el seno familiar, sino que sus progenitores han descuidado su responsabilidad, y los han expuesto a riesgo y abandono, de ahí que el Estado decide separarlos de sus padres y protegerlos.

Según el informe del Instituto Nacional de Bienestar Familiar (2006) “Las instituciones son heterogéneas: desde aquellas que, recreando los hogares familiares, alojan a pequeños grupos, hasta las todavía vigentes “macro instituciones”, que alojan a cientos de niños y niñas como es el caso de los hogares de menores”. Un caso gravísimo es el de las “casa cuna”. Hay instituciones como el Centro de Atención Residencial Andrés Avelino Cáceres de Huancayo que acoge a bebés, a pesar de la evidencia del daño que la falta de cuidados maternos produce en estos niños de primera infancia, afectando el desarrollo de la salud mental y física y dejando secuelas imborrables. Para el

Instituto Nacional de Bienestar Familiar (2006) esta realidad se hace evidente ante la falta de reacción de los padres que dejan en el abandono a los recién nacidos. La única forma es que el Estado no deja de asumir su protección, es una medida que el Estado peruano ha asumido como prioridad en el caso de la población infante, considerada vulnerable cualquiera sea su situación social.

Si bien en el país se han iniciado procesos de des-internación y de mejoramiento de las instituciones, todavía las hay que alojan a muchos niños, niñas y adolescentes que se encuentran desplazándose en las calles buscando ser protegidos, en Huancayo este fenómeno ha crecido debido a las necesidades económicas que no logran superar muchas familias que viven en situación de pobreza y extrema pobreza. Las 30 investigaciones que analizamos (Gómez, 2008 Durand 2008, Instituto Nacional de Bienestar Familiar 2006) revelan que grandes proporciones de niños, niñas y adolescentes que han sido institucionalizados tienen padre y/o madre, pero no cuentan con las capacidades y recursos para afrontar el cuidado y protección. Según Jaramillo (2004) “Hay responsabilidades manifiestas en el abandono en el que están sumidas estas familias: la falta de apoyo desde las políticas públicas y la indiferencia social, que “naturaliza” la situación de vulnerabilidad del grupo de niños y niñas cada vez que son encerrados innecesariamente en las instituciones”. No todas las instituciones donde son acogidos los niños, las niñas y los adolescentes tienen las condiciones necesarias para mejorar su protección y darle seguridad.

Según Durand (2008) “Existen características comunes a los niños, las niñas y los adolescentes institucionalizados en el país. El mayor porcentaje son púberes y adolescentes. La zona de procedencia preponderante es la periferia en el caso de las urbes, y las zonas rurales con bolsones de pobreza”. En este sentido, la

mayoría de los niños, las niñas y adolescentes que están institucionalizados provienen de familias que tienen privaciones económicas.

El estado peruano ha implementado programas de acogimiento temporal que buscan resolver la vulneración de los infantes. Según la Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (2011) “Los programas de acogimiento que comenzaron a implementarse en el Perú, en muchos casos, poseen un buen enfoque de derechos del niño. Estos modelos no dejan de lado a la familia de origen, sino que trabajan con ella, tanto en la vinculación con el infante como en ayudarla a superar sus problemas y para resguardar la identidad cultural y la historia del niño y de la niña teniendo en cuenta su opinión”. Estos nuevos programas, según la Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (2011) superan el viejo modelo de “familias sustitutas” que en algunos países de desarrollaba, en los que la familia de origen quedaba relegada y los niños permanecían por años en las familias sustitutas.

3.5.- LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS ALBERGUES.

Antes, cuando los pueblos y las comunidades vivían en la idea de que el problema del prójimo era también un problema propio y lo asumían con todas sus consecuencias, no era necesaria la existencia de orfelinatos o instituciones encargadas del cuidado de los niños y adolescentes en riesgo; debido a que los niños o adolescentes huérfanos o desprotegidos quedaban bajo el amparo de parientes, vecinos o amigos de los padres. Para Jiménez (2011), “cuando aparecen los grandes conglomerados humanos, entonces las relaciones humanas se tornan más frías e impersonales, la solidaridad es reemplazada por competencias, la lealtad y los sentimientos comunes por la racionalidad, es donde aparece la

necesidad de crear este tipo de instituciones encargadas de la protección de menores”.

Jiménez (2011), considera tres tipos de soluciones ante el problema de los niños y adolescentes en riesgo o en desamparo y los divide en mecanismos institucionales, extra-institucionales y preventivos. Los primeros hacen referencia a los tradicionales internados. La idea principal de estos centros consiste en que el Estado se hace cargo íntegramente de la atención del menor por intermedio de su propio personal, presupuesto y administración. Para el Estado los mecanismos extra institucionales son los referidos a las soluciones que se generan en la misma comunidad. Al respecto dice Jaramillo (2015) el Estado coordina y controla ciertas actividades mediante su personal especializado, subsidiado en ciertos casos mediante apoyo material y monetario. Entre estos mecanismos se encuentra las familias acogedoras y adopción. Estas instituciones contribuyen en el cuidado de los infantes, buscan disciplinarlos, enviarlos a la escuela y mejorar sus dificultades en la comunicación.

Para Gómez (2008) lo que buscan los hogares de acogimiento es que los niños, las niñas y los adolescentes no se sientan institucionalizados o internados definitivamente. Más bien el propósito del Estado es que los niños, las niñas y los adolescentes puedan retornar muy pronto a sus hogares, y en caso de que el menor no encuentra un espacio familiar, ya sea tío u otro pariente, entonces el Estado tiene la obligación de buscar un hogar donde ubicarlo definitivamente.

Los mecanismos preventivos en las medidas que asume el Estado a través de centros de acogida están enfocadas a la protección y consolidación de la estructura familiar de los más necesitados. Para Aliaga (2013) el Estado busca establecer un enlace con la familia nuclear, fortalecen este espacio para que el infante pueda ser

recibido con el calor hogar y afecto de padres. Muchos niños y niñas que retornan a sus hogares con la ayuda del Estado se establecen y no necesariamente tienen problemas, los familiares asumen que es su Responsabilidad proteger a los seres que trajeron al mundo.

Tauza (2006) distingue, dos dimensiones importantes en la recuperación de los infantes institucionalizados. Estos son: los sistemas de asistencia y los sistemas de tratamiento. Las instituciones que se refieren al primer sistema inciden en la protección del menor que necesita un ambiente lo más normal posible para una correcta educación, desarrollar una personalidad armónica, desde el punto de vista físico como intelectual, afectivo y moral. En cambio, las instituciones que se desarrollan en el segundo sistema albergan al menor que ya tiene problemas y es necesario realizar una modificación específica de sus actitudes. Estas dimensiones implican un trabajo especial para reorientar su comportamiento, producir una reeducación o readaptación. Estas tareas son importantes porque los niños requieren mejorar su conducta para ingresar a un ambiente de educación y desarrollo pensando en su autonomía.

Según la Red Latinoamericana de Acogimiento familia y Aldeas Infantiles (2011) “Los infantes que son institucionalizados tienen grandes carencias debido a que provienen de hogares en las que tienen muchas limitaciones principalmente económicas, esto hace que el infante son víctimas de malnutrición y enfermedades crónicas que podrían ser la causa de graves perturbaciones que tienen producto de las situaciones de violencia en que viven sus padres, y que ellos han tenido que soportar mientras vivan en este contexto”.

Una mirada importante sobre estos asuntos tiene que ver las investigaciones realizadas por Bowlby (1982). Para este autor en la familia es importante el

cuidado materno en las primeras etapas de la vida del infante. Una privación maternal sería la falta de ese contacto del niño con su madre, basado en el calor, la intimidad y la relación constante. Pero Bowlby (1982) no solo hace referencia a esta privación emocional en una institución para niños, sino que también puede darse en el propio hogar, cuando la madre convive con el niño, pero es incapaz de darle el cuidado y amor que requiere. Incluso menciona que, en una institución, el efecto de esta privación podría ser relativamente leve si se le atiende alguien con quien se ha encariñado y en quien confía. Aunque sí puede ser grave cuando la persona cuidadora es amable pero extraña a la vez para el niño. Entre los efectos que conlleva esta privación maternal, según Bowlby (1982), se encuentran el retraso intelectual, sobre todo del lenguaje, retraso y deficiencia en el crecimiento, incapacidad para establecer relaciones profundas con los demás, etc.

3.6.- PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN A LA NIÑEZ.

Para Minerva Gómez (2008), el protocolo de protección y cuidado parental se basa en los siguientes principios básicos de protección de la niñez de la Convención sobre los Derechos del Niño.

- **No discriminación:** En los albergues se deben proteger a todos los niños, niñas y adolescentes de cualquier forma de discriminación y tomar medidas positivas para promover sus derechos. Las disposiciones de la Convención se aplican por igual a todos los niños, sin discriminación de raza, color, sexo, edad, idiomas, pensamiento, conciencia, religión, creencias, cultura, opinión política o de otras índoles, posición económica, origen social, étnico o nacional, discapacidad, enfermedad, nacimiento, en situación de riesgo o cualquier otra condición del niño, de sus padres, representantes o de sus familiares.

- **El interés superior del niño:** El cuidado que se provee tiene el propósito de responder al interés superior de cada niño que vive en los Centros de Atención Residencial. Todas las decisiones que se toman en relación a su cuidado y protección deben basarse en su interés superior. Busca contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales.
- **Supervivencia y desarrollo:** Todos los niños tienen derecho a la vida. El Estado debe garantizar este derecho mediante políticas públicas dirigidas a asegurar su supervivencia, salud y desarrollo, así como garantizar la integridad física, psíquica y moral de esta población. Todos los niños de los Centros de Atención Residencial deben ser ayudados a sentirse a salvo y seguros. El albergue debe asegurar que todos los niños tengan la libertad necesaria y la motivación para alcanzar sus logros y desarrollo.
- **Salud y servicios de salud:** Todos los niños tienen derecho, desde su nacimiento, a disfrutar de un buen estado de salud física y mental, a ser atendidos por médicos prontamente de requerirlo, y a recibir tratamiento para resolver cualquier problema de salud que los aquejen.
- **Educación e igualdad de oportunidades:** Es obligación del Estado fomentar la educación y el desarrollo de todos los niños con igualdad de oportunidades. Deberán adoptarse medidas para que todos los niños, niñas y adolescentes asistan regularmente a la escuela.

- **Relaciones y contacto con el padre y la madre:** Todos los niños tienen derecho a mantener de forma regular y permanente relaciones personales y contacto directo con el padre y la madre, a pesar de estar separados de éstos, a menos que esta relación afecte negativamente el interés superior del niño.
- **Participación de los niños:** Los Centros de Atención Residencial debe contar con un ambiente participativo donde los niños son consultados sobre las decisiones que les afectan. De acuerdo a su edad y madurez, los niños tienen derecho a participar en las decisiones.
- **Prioridad absoluta:** El cumplimiento de los derechos de los niños debe ser una prioridad absoluta para el Estado y la sociedad. Los niños deben ser protegidos ante cualquier circunstancia que amenace su salud y desarrollo.
- **Integridad personal:** Todos los niños tienen derecho a la integridad personal, al respeto a su dignidad, a la inviolabilidad de la integridad física, psíquica, moral y sexual, a la preservación de su imagen, identidad, autonomía de valores, ideas, creencias, espacio y objetos personales.
- **Protección:** Todos los niños tienen derecho a ser protegidos contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, incluido el abuso sexual.

- **Nombre y Nacionalidad:** Todos los niños tienen derecho a un nombre y a una nacionalidad. Deben ser identificados y registrados inmediatamente después de su nacimiento.

3.7.- EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, DERECHOS Y LIBERTADES.

El Código del Niño y Adolescentes del gobierno peruano mediante ley Nro. 27337 garantiza y cuida que los derechos de todas las niñas, niños y adolescentes sean respetados. Este documento legal, al que todo menor puede recurrir para defender sus derechos, consta de 4 libros. El primero desarrolla los derechos, deberes y libertades de los niños, las niñas y los adolescentes. El segundo libro trata de las organizaciones responsables de la atención de los menores. El tercero enfoca los derechos y deberes de los padres. Y el cuarto libro refiere cómo tienen que funcionar las instituciones que promueven estos derechos.

Según este marco normativo en su sección de derechos y libertades se puede mencionar tres artículos muy importantes:

Artículo 1°:

Derecho a la vida e integridad: El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.

Artículo 2°:

Derecho a su atención por el Estado desde su concepción: Es responsabilidad del Estado promover el establecimiento de condiciones adecuadas para la atención de

la madre durante las etapas del embarazo, el parto y la fase postnatal. El Estado otorgará atención especializada a la adolescente madre y promoverá la lactancia materna y el establecimiento de centros de cuidado diurno. La sociedad coadyuvará a hacer efectivas tales garantías.

Artículo 8º:

Derecho a vivir en una familia: El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado.

3.8.- DIFERENCIA ENTRE LA SITUACIÓN DE ABANDONO Y LA SITUACIÓN DE RIESGO.

No obstante la delimitación conceptual propuesta, cabe considerar que la inexistencia de una noción uniforme de abandono en la legislación nacional ha generado que los operadores sociales y jurídicos —incluso ciertas normas que regulan la situación de los niños, niñas y/o adolescentes en situación de abandono— utilicen indistintamente los términos “riesgo” o “abandono”, sin reparar en las diferencias conceptuales de estas situaciones.

Cabe precisar que el riesgo hace referencia a una situación que precede al abandono. En efecto, la acepción gramatical alude a la “contingencia o proximidad de un daño”⁴, mientras que, en el ámbito de la intervención social, el riesgo “recoge el incremento de la probabilidad de un resultado negativo o consecuencia negativa dentro de una población de individuos”.

Siendo la situación de riesgo distinta a la de abandono, entonces, sus modos de intervención también deben ser distintos. Así, frente a una situación de riesgo

⁴ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española - Artículo enmendado. Avance de la vigésima tercera edición.* <http://buscon.rae.es/drae/> Consulta el 7 de septiembre del 2010.

correspondería diseñar y ejecutar políticas y acciones preventivas, mientras que frente a una situación de abandono o vulneración de derechos de los niños, niñas y/o adolescentes, sería necesario adoptar acciones o medidas de protección, por cuanto la afectación de sus derechos no constituye una probabilidad, sino una certeza.

En ese sentido, la identificación correcta de ambas situaciones constituye un reto para los operadores sociales y jurídicos, pues la determinación de una u otra situación orientarán de modo distinto el diseño, la elaboración y la aplicación de políticas a favor de las personas menores de edad que viven en cualquiera de estas situaciones. Tal determinación permitirá, sobre todo, aplicar adecuadamente las medidas de protección que correspondan.

CAPITULO IV

EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A VIVIR EN UNA FAMILIA Y LA OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN ESTATAL FRENTE A LA SITUACIÓN DE ABANDONO

La aplicación efectiva de las medidas de protección para los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de abandono o riesgo se debe entender en la perspectiva de garantizar y hacer efectivo sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a vivir en familia.

El propósito del Informe Defensorial es evidenciar que el fundamento, tanto para la determinación de una medida de acogimiento residencial como para su aplicación, debe tener entre sus fines garantizar el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia.

En tal sentido, en este informe dedicaremos algunas líneas a desarrollar el marco normativo y el contenido del derecho a vivir en familia que tienen todos los niños, niñas y adolescentes, así como la obligación por parte de la familia, la sociedad y el Estado de brindar protección especial a aquellos que se encuentran en situación de abandono o riesgo.

4.1.- EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A VIVIR EN UNA FAMILIA

4.1.1.- Reconocimiento constitucional del derecho a vivir en una familia.

Hoy en día resulta innegable que tanto las Constituciones Políticas como las normas internacionales de protección de los derechos humanos reconocen a la familia no solo como institución constitucionalmente protegida, sino, y sobre todo, como derecho fundamental. Este carácter de derecho fundamental implica entender a la familia no solo como elemento objetivo y base de un verdadero Estado Democrático y Social de Derecho, sino como derecho humano exigible tanto al Estado como a los particulares.

En tal sentido, resulta imprescindible incidir en el derecho a vivir en una familia como un derecho humano constitucionalmente reconocido en el derecho comparado. Así, por ejemplo, la Constitución de Colombia de 1991 consagra entre los derechos fundamentales de los niños niñas y adolescentes, el derecho a “tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono (...) La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” (artículo 44°).

Por su parte, la Constitución de Ecuador establece en su artículo 45° el derecho de los niños niñas y adolescentes a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria (...) y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar”.

En lo que concierne a la Constitución de Bolivia, en su artículo 59° dispone en su numeral II que: “Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer en el seno de su familia de origen o adoptiva. Cuando ello no sea posible, o sea contrario a su interés superior, tendrá derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley”.

En el caso del Perú, el artículo 4° de la Constitución -que trata específicamente sobre la familia (que comprende el derecho a vivir en ella)- considera a ésta como una institución constitucionalmente protegida antes que como derecho. Sin embargo, algunos artículos constitucionales sí se refieren de manera expresa a algunos aspectos vinculados con la familia como derecho de las personas. Tal es el caso de las disposiciones que establecen el derecho de la persona a la intimidad familiar (artículo 2° incisos 6 y 7), y de aquella que trata del derecho de toda persona a la protección de su medio familiar (artículo 7°).

No obstante, el que nuestra Constitución vigente del Perú carezca de un reconocimiento expreso del derecho a vivir en una familia como derecho fundamental de los niños niñas y adolescentes no es obstáculo para que, sobre la base de los denominados derechos no enumerados (artículo 3° de la Constitución), del marco normativo internacional vigente (que en virtud de lo dispuesto por el artículo 55 y la Cuarta Disposición y Transitoria de la Constitución forman parte de nuestro derecho interno), de los principios de interpretación de los derechos humanos –en especial de la denominada doctrina de protección integral– y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, se deba entender que vivir en una familia como un derecho constitucional cuyo respeto y garantía resultan exigibles al Estado.

En efecto, si bien en un principio el Tribunal Constitucional sostuvo expresamente que más que como un derecho fundamental de la familia se trataba de un instituto natural y fundamental de la sociedad constitucionalmente garantizado,³ posteriormente ha reconocido expresamente el derecho fundamental implícito de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella (vivir en ella) a partir de lo establecido en el preámbulo y el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵. Para el supremo intérprete de la Constitución, tal naturaleza de derecho fundamental se sustenta “en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución”

Asimismo, establece que este derecho persigue como finalidad que los niños, niñas y adolescentes satisfagan sus “necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos los miembros, especialmente los niños”.

En esa medida, este derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes resulta central por tratarse de personas que, en razón de su especial situación de vulnerabilidad, requieren el establecimiento expreso de derechos específicos y una especial protección por parte del Estado, la sociedad y las personas mayores que los tienen bajo su cuidado –padres y madres de familia, tutores, cuidadores–.

Por otro lado es importante reiterar que los derechos humanos recogidos en los instrumentos internacionales tienen alcance constitucional en virtud de lo dispuesto por el artículo 3º de la Constitución, que confiere dicho carácter a otros

⁵ STC Exp. N.º 01817-2009-PHC/TC. Lima. J.A.R.R.A. y V.R.R.A., de fecha 7 de octubre del 2009, FJ. 14.

derechos diferentes de los expresamente recogidos en ella, si están fundados en la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo, el Estado Democrático de Derecho y la forma republicana de gobierno.

Por su parte, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Código Procesal Constitucional establecen que las normas relativas a los derechos que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con éstos y con la Declaración Universal de Derechos Humanos y decisiones de los tribunales internacionales constituidos según tratados suscritos por el Perú.

Al margen de que la mayoría de las normas internacionales consagran a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad que debe ser protegida por la sociedad y el Estado, la concepción de vivir en una familia como derecho humano se encuentra prevista, asimismo, en diversas declaraciones y en los tratados sobre derechos humanos. Cabe recordar que estos últimos, habiendo sido ratificados por el Perú, de conformidad con el artículo 55° de la Constitución peruana, forman parte del derecho interno y son de obligatorio cumplimiento.

En materia de disposiciones vinculadas con el reconocimiento del derecho a vivir en una familia como derecho humano se encuentra el artículo 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece el derecho de hombres y mujeres a fundar una familia. En este mismo sentido, el artículo VI de la Declaración Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a constituir una familia y a recibir protección para ella.

Por su parte, el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de todo hombre y mujer a fundar una familia si tienen edad para ello. Asimismo, el artículo 24.1. de este mismo tratado y el

artículo 19° de la Convención Americana de Derechos Humanos establecen el derecho de todo niño o niña a las medidas de protección que su condición de menor de edad requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Cabe destacar, asimismo, que el artículo 16° numerales 2 y 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, establece el derecho de toda persona a constituir una familia, así como el compromiso de los Estados-Parte a brindar adecuada protección al grupo familiar y, en especial, a ejecutar programas especiales de formación familiar, a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños y las niñas perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad. El artículo 15° precisa que el Estado deberá velar por mejorar la situación moral y material de la familia.

Por otro lado, en materia de normas internacionales específicamente emitidas para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, la Convención sobre los Derechos del Niño ratifica en su preámbulo a la familia como el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, señala que para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, los niños, niñas y adolescentes deben crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. De allí que se pueda afirmar el reconocimiento tácito del derecho a vivir en una familia a partir de una interpretación contrario sensu del artículo 9.1, que prescribe la obligación estatal de velar porque los niños, niñas y adolescentes no sean separados de sus padres contra su voluntad.

En materia de jurisprudencia emitida por organismos internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce a la familia como el espacio primordial para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes y el ejercicio de sus derechos, a fin de que alcancen el armonioso desarrollo de sus capacidades y facultades, así como la atención de sus necesidades materiales y afectivas.

Por consiguiente, se desprende claramente el derecho de toda persona, y con mayor razón de los niños, niñas y adolescentes, a vivir en una familia para llevar a cabo su desarrollo integral en un ambiente afectivo adecuado para alcanzar su plena madurez física, psicológica y moral. Lo expuesto guarda coherencia, salvo circunstancias excepcionales, con la necesidad de crecer en el seno de su propia familia u otra adoptiva y la consiguiente responsabilidad del Estado para garantizar este derecho.

4.1.2.- Marco normativo infra constitucional del derecho a vivir en una familia.

A partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, que por primera vez consagra los derechos específicos de los niños, niñas y adolescentes y su calidad de sujetos de derecho, el Perú ha avanzado progresivamente en adecuar su marco normativo interno infra constitucional a los estándares internacionales que son de obligatorio cumplimiento para el Estado.

En lo que se refiere al derecho fundamental a vivir en una familia, la Ley N° 27337, Código de los Niños y Adolescentes (CNA), promulgado en el año 2000, que consagra los derechos que específicamente se reconocen a las personas menores de edad, establece expresamente en su artículo 8° que el niño, niña y adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia,

debiendo el padre y la madre velar porque sus hijos e hijas reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.

Por su parte, el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2010-2021⁶ establece en su Principio Rector 4 que el fortalecimiento de las familias contribuye al desarrollo integral y bienestar de niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, el Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011, Decreto Supremo N° 005-2004-MIMDES,⁷ precisa la obligación del Estado de proteger y prestar asistencia a la familia, no sólo a partir del marco normativo nacional e internacional vigente, sino ante la propia situación que enfrentan las familias en el Perú, por lo que se requiere una política pública de apoyo y promoción, a fin de que puedan cumplir su rol en lo afectivo y el desarrollo integral de las personas en proceso de formación.

Cabe resaltar, asimismo, que en este Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011 se reconoce expresamente a la familia como un “derecho esencial” y “espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros”⁸. Es más, la primacía de la familia como derecho fundamental se pone de manifiesto cuando se establece que, debido a que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado y que la familia es el primer ámbito de protección y desarrollo de la persona, se requiere protegerla, apoyarla y promoverla, “velando porque las personas que la conforman se desarrollen integralmente en un ámbito de respeto a sus derechos”. El aspecto fundamental se encuentra entonces en la defensa de los derechos de las personas que forman parte de la familia.

⁶ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2002-PROMUDEH del 7 de junio del 2002.

⁷ De fecha 15 de septiembre del 2004

⁸ Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011. Visión-Misión, pp. 16 y 17.

Es precisamente en este contexto que se establece que, en razón del apoyo y promoción al derecho de toda persona a vivir en una familia, cuando por alguna razón el niño, niña o adolescente no viva o no pueda vivir con su familia nuclear (padre, madre y hermanos), el Estado debe procurar la reinserción familiar, en primer lugar, en la familia extensa (abuelos o abuelas, tíos o tías, primos o primas, etc.) mediante políticas y acciones idóneas. Es más, se contempla expresamente que en el caso de niños, niñas y adolescentes que no puedan reinsertarse en su familia extensa, “el Estado debe promover la reinserción familiar mediante la colocación familiar y la adopción, evitando en lo posible la institucionalización”

Por último, si bien no constituye una norma jurídica, por la trascendencia que posee en el ámbito de la implementación de las políticas públicas, resulta pertinente recordar que la Decimosexta Política de Estado del Acuerdo Nacional, “Fortalecimiento de la Familia, Protección y Promoción de la Niñez, la Adolescencia y la Juventud”, contempla como compromiso el fortalecimiento de la familia como espacio fundamental del desarrollo integral de las personas, promoviendo el matrimonio y una comunidad familiar respetuosa de la dignidad y derechos de todos sus integrantes. Asimismo, se propone garantizar el bienestar, el desarrollo integral y una vida digna para los niños, niñas, adolescentes y jóvenes, en especial de aquellos que se encuentran en situación de riesgo, pobreza y exclusión.

4.1.3.- Contenido del derecho a vivir en una familia.

Un primer aspecto a tener en cuenta es que el derecho a vivir en una familia ha de asegurarse independientemente de la familia a la que se pertenezca y de su

configuración, de acuerdo con “un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate”.

Es oportuno, a este respecto, recordar que las familias se pueden clasificar siguiendo al Comité de Derechos del Niño, en: nuclear, extendida, monoparental y compuesta de una pareja no casada y sus hijos o hijas. La familia nuclear es aquella formada por el padre, la madre y el hijo o la hija, o los hijos o las hijas, esto es la familia tradicional. La familia extendida es aquélla en la que “viven juntas, por lo menos tres generaciones: abuelos, padres e hijos; o donde, conviven con otros adultos, como por ejemplo, tíos”. La familia monoparental está formada por uno de los padres y por sus hijos, siendo la madre o el padre el jefe de hogar, mientras que la familia compuesta por una pareja no casada y sus hijos también es denominada familia ensamblada.

Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido la necesidad de reconocer que los cambios sociales y jurídicos han significado una variación en la composición de la familia tradicional nuclear, generando familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas, que surgen a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso.

En consecuencia, el derecho a vivir en una familia debe ser asegurado sea cual fuere el tipo y configuración de ésta (nuclear, extendida, monoparental, ensamblada, entre otras formas), con la finalidad de que comprenda a todas las personas que la componen y atienda a las transformaciones que han generado una variación en la composición tradicional de familia y el consiguiente reconocimiento de las nuevas formas de familia socialmente vigentes.

Por otro lado, debido a que, como refiere Carbonell⁹, el concepto de familia es, antes que jurídico, fundamentalmente sociológico, se podría entender a la familia como un grupo de personas ligadas por nexos de parentesco, en el cual las personas adultas asumen el cuidado de las personas menores de edad.

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en familia comprende, tal como lo precisa el Tribunal Constitucional peruano, “el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella (...) aun cuando los padres estén separados”. A lo que habría que agregar, además de que se desarrolle dentro de ella, también y sobre todo, que en su condición de miembro de ésta se le procuren los cuidados y protección necesarios para su adecuado desarrollo integral.

Así entendido, este derecho determina que la separación de la familia solo se pueda basar en situaciones excepcionales en las que los derechos de los niños, niñas y adolescentes no son garantizados en su seno, debiendo buscarse que dicha separación sea por un período temporal.

Siguiendo a Francisco González Sala,¹⁰ entre las funciones que se suele atribuir a la familia como institución, y por consiguiente a sus miembros, se encuentran, fundamentalmente, brindar alimentación y pautas alimenticias (función alimenticia); afecto, descanso, protección, apoyo, estabilidad, cuidados sanitarios,

⁹ Carbonell, Miguel. “Familia, Constitución y derechos fundamentales”. En: *Panorama internacional de derecho de familia. culturas y sistemas jurídicos comparados*. T.I. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F. 2008, p. 82.

¹⁰ González Sala, Francisco, *Estudio de los perfiles de las familias en situación de riesgo social: programas de ayudas P.E.R. y P.E.P del Ayuntamiento de Valencia*. Tesis Doctoral, Valencia: Universitat de Valencia, 2006, pp. 27 y 28, http://www.tesisenxarxa.net/TE-SIS_UV/AVAILABLE/TDX-0103108-101658//gonzalez.pdf, visitada el 04 de noviembre del 2009, a las 10:55 horas.

seguridad, sentido de vida y todo tipo de atención a sus demandas afectivas (función protectora); estímulos para potenciar actitudes y aprendizajes, identidad cultural, una educación integradora con sus contextos culturales y sociales más próximos (función integradora); generar y proporcionar hábitos de higiene personal y ambiental (función formativa).

En consecuencia, tal como refiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la familia la que proporciona la mejor protección de los niños, niñas y adolescentes contra el abuso, descuido y la explotación. Es por ello que el Estado se encuentra obligado no solo a disponer y ejecutar medidas directas de protección, sino a favorecer el desarrollo y a fortalecer el núcleo familiar.

Por consiguiente, la familia cumple un rol activo en el adecuado desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Éste guarda directa relación con el cambio del ciclo vital, la madurez física y psicológica, y varía en cada persona de acuerdo con su propia naturaleza individual, sexo, condiciones de vida, organización familiar, estructuras de atención y sistemas educativos. Tal como establece la Convención sobre los Derechos del Niño, la responsabilidad en su crianza y desarrollo recae primordialmente en el padre y la madre, para lo cual el Estado deberá prestarles la asistencia apropiada debiendo velar, asimismo, por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para su cuidado (artículo 18º numerales 1 y 2). Cabe mencionar, al respecto, que la Ley N° 27337, el Código de los Niños y Adolescentes, prescribe entre los deberes y derechos de los padres y madres velar por el desarrollo integral y proveer al sostenimiento y educación de sus hijos e hijas (artículo 74 literales a y b).

De lo expuesto se desprende que la obligación de garantizar el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia impone a los

Estados la obligación de acompañar y fortalecer el rol de la familia como institución, mediante el diseño e implementación de políticas y la prestación de servicios adecuados para dicho cumplimiento.

Es necesario enfatizar en que si el Estado asume esta protección del grupo familiar se debe a que dentro de este grupo se cumplen funciones sociales. Sin embargo, como refiere Encarna Roca, “la protección no tiene como sujeto al grupo familiar como tal, sino en tanto que permite a los respectivos individuos que lo forman, obtener la satisfacción de sus derechos”.

En consecuencia, siendo derecho de todo niño, niña y adolescente vivir en una familia, ésta es la primera que debe satisfacer sus necesidades afectivas, psicológicas y materiales debiendo el Estado entender la separación del entorno familiar de la persona menor de edad como una medida de carácter excepcional, interviniendo fundamentalmente para brindarle protección y asistencia especial a los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono.

4.2.- LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE PROTECCIÓN A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE ABANDONO.

4.2.1.- Reconocimiento constitucional de la obligación de protección a niños, niñas y adolescentes en situación de abandono.

El artículo 4º de la Constitución vigente consagra la obligación de protección especial para los niños, niñas y adolescentes, limitándola –cuando menos, formalmente– a quienes se encuentran en situación de abandono.

No obstante, sostiene el Tribunal Constitucional que una correcta interpretación del texto constitucional, a la luz de los instrumentos internacionales antes comentados, permite sostener que no es que se excluya de protección a la niñez y la adolescencia en general, sino todo lo contrario, en tanto que los niños, niñas y adolescentes “requiere(n) de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento”.¹¹

En todo caso, esta norma constitucional pone el énfasis en un sector de personas que forman parte de este grupo social, que se encuentran en situación de abandono que merecen un tipo de protección especial de carácter “reforzado” o “superlativo”.

En efecto, dicha obligación protectora “reforzada” surge una vez constatado el abandono, es decir, aquella situación en la que la vulnerabilidad no es ya una posibilidad determinada por la sola condición de ser niño, niña o adolescente, sino por una concreta situación de desamparo, tanto material como afectivo, por parte del padre, la madre o los llamados a brindarle protección (por ejemplo abuelos o abuelas, tíos o tías, tutores o tutoras, etc.). Dicha situación es consecuencia de problemas personales (por ejemplo, problemas psicológicos, adicción, discapacidad mental, etc.) o por una circunstancia social que los determina (por ejemplo, disfunciones familiares, violencia, ausencia o desaparición de familia, pérdida del empleo, etc.). Se trata pues de situaciones que pueden acarrear daño para la salud y el desarrollo de la persona menor de edad.

¹¹ *STC Exp. N.º 01817-2009-PHC/TC. Lima. J.A.R.R.A. y V.R.R.A., de fecha 7 de octubre del 2009, FJ. 5.*

Para el Tribunal Constitucional, la disposición constitucional contenida en el artículo 4º tiene su fundamento en el Interés Superior del Niño y del adolescente que, estando consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, el inciso 1 del artículo 3º y artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, forma parte del bloque de constitucionalidad del citado artículo 4º de la Constitución.¹²

De allí que el supremo intérprete de la Constitución entienda que el acatamiento de este mandato constitucional de protección a la niñez y a la adolescencia es, además, una obligación primordial y permanente del Estado, ya sea de un modo directo o través de las facilidades que puedan brindar a las instituciones privadas. De esta manera, la intervención de la comunidad se erige como complementaria a la del Estado, en tanto éste mantiene un rol protagónico, lo que trae como correlato que el Estado asuma el compromiso de otorgar facilidades a los particulares que pretenden coadyuvar a garantizar la vigencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En la medida en que la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono depende de factores sociales y ambientales (en términos sociológicos), las acciones a adoptar para procurar o

¹² Ver al respecto STC Expediente N° 6165-2005-HC/TC de 6 de diciembre del 2005, FJ. 12, STC Expediente N° 4646-2007-PA/TC de 17 de octubre del 2007, FJ. 45 y STC Expediente N° 03247-2008-PHC/TC de 14 de agosto del 2008. Asimismo establece que, además del Estado, es la sociedad en su conjunto la que debe respetar el interés superior del niño o niña, comprendiendo por ende la actuación de las instituciones privadas (Ver: STC Expediente N° 4646-2007-PA/TC de 17 de octubre del 2007, FJ. 46) y de los padres y madres.

restablecer condiciones de subsistencia favorables constituyen una obligación, tanto del Estado como de los demás miembros de la colectividad o comunidad.¹³

Queda claro, de esta manera, que el derecho al bienestar y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes constituye un asunto de interés público, y que su concreción importa una actuación prestacional primordial por parte del Estado a favor de los niños, niñas y adolescentes que viven en esta situación. Es más, dicha prestación debe ser integral en atención a los aspectos físicos, morales, psicológicos y demás dimensiones de la vida de toda persona.

4.2.2.- Reconocimiento internacional de la obligación de protección a niños, niñas y adolescentes en situación de abandono

En el derecho internacional de los derechos humanos, la obligación de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes surge de la suscripción y ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10º), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24.1), de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 19º), del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (art. 16º) y, especialmente, de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3.2, 3.3, 19º y 20º).

Cabe resaltar que el artículo 16º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, contempla el derecho de todo niño y niña a las medidas de protección que en su condición de menores de edad

¹³ Cf. Feito, Lydia, “Vulnerabilidad”, en: *Anales del Sistema Sanitario de Navarra* Nº 30, Suplemento 3, Madrid, p. 11.

requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, estableciendo asimismo que todo niño o niña “tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre”.

Sin embargo, es con la Convención sobre los Derechos del Niño que a partir de la denominada Doctrina de Protección Integral se reconoce a la persona menor de edad como sujeto de derechos, surgiendo un sistema garantista para la protección y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. De esta manera se constituye un nuevo paradigma para la aproximación, estudio y desarrollo legislativo de los derechos de la niñez y la infancia, así como un eje articulador de las discusiones que se adoptan en las instancias internacionales.

A propósito de una conceptualización de dicha doctrina, frecuentemente se le presenta como la superación de la denominada “Doctrina de la Situación Irregular”, que como criterio básico consideraba a los niños, niñas y adolescentes como “objetos” de protección, en tanto incapaces que debían ser tutelados, a partir de la definición negativa de éstos.⁴⁰ Dicho enfoque se sostenía en base a una división entre aquellos que tenían (o no tenían) sus necesidades satisfechas, lo que determinaba un tratamiento jurídico diferenciado para estos últimos. Para ello se empleaba un discurso benefactor o peligroso, según la existencia de situaciones de hecho adversas o “irregulares”: abandono, desamparo o infracciones de la ley penal, las cuales habilitaban la intervención estatal que en la mayoría de las veces, privilegiaba la institucionalización como respuesta.

En ese orden de ideas, resulta interesante la definición de Protección Integral esbozada por Buaiz que, en atención a sus funciones y acciones intrínsecas, la entiende como:

“el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la sociedad para garantizar que todos los niños y niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considera dos o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos”

Esta noción permite, como señala el mismo autor, distinguir y a la vez vincular a las dos ya referidas dimensiones de las políticas públicas que en favor de la niñez y la adolescencia se deben diseñar e implementar. La primera de ellas se refiere a las denominadas políticas universales, cuyos objetivos se centran en la generación de condiciones sociales, económicas, culturales y de otra índole para la satisfacción de los derechos colectivos de todos los niños, niñas y adolescentes. La segunda responde a las llamadas políticas especiales, orientadas fundamentalmente a atender determinadas circunstancias que generan situaciones especiales de vulnerabilidad o indefensión que enfrentan los niños, niñas y adolescentes que pertenecen a un grupo determinado o presentan características determinadas, algunas de las cuales serán objeto de análisis en el presente informe.

4.3.- SUJETOS OBLIGADOS A BRINDAR PROTECCIÓN A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE ABANDONO.

La obligación de otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes recae sobre el Estado, la familia y la comunidad en general, según se desprende de una lectura

conjunta de lo establecido en los artículos 24.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 16° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”); y, 3°, 4° y 19° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Cabe precisar que estas obligaciones tienen diferentes características y se definen y se cumplen de distinta manera en función de cada uno de los sujetos obligados.¹⁴ En tal sentido, corresponde delimitarlas y precisarlas, en tanto que aquellas asignadas al Estado son evidentemente diferentes de las que deben asumir por un lado la familia o quienes resultan legalmente responsables de su tutela y, por otro, la comunidad en su conjunto. No obstante, la articulación entre los distintos sujetos obligados debe estar marcada por el concepto de corresponsabilidad,¹⁵ donde ciertamente la familia o quienes resultan legalmente responsables de su cuidado mantienen un rol protector prevalente y el Estado una función de dirección de las políticas que posibiliten dicho papel, además de funciones subsidiarias de protección.

A efectos del presente informe, resulta necesario poner de relieve aquellas funciones y responsabilidades que deben ser asumidas fundamentalmente por la familia (nuclear o extensa) –o por quienes son legalmente responsables de su cuidado– y por el Estado.

¹⁴ Beloff, Mary. *Luces y sombras de la opinión consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”*. En Revista *Justicia y Derechos del Niño*, N° 6. Unicef. Santiago de Chile, 2004, p. 70.

¹⁵ O’Donnell, Daniel. *La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación con la infancia*, en: http://www.iincpn.oas.org/Ponencia_Conferencistas/Ponencia_%20Daniel_ODonnell.htm (visitada el 31.03.09).

4.3.1.- Las obligaciones de protección por parte de los integrantes de la familia.

Siguiendo a O'Donnell,¹⁶ se puede afirmar que a partir de lo establecido en el artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en el artículo VI de la Declaración Americana de Los Derechos y Deberes del Hombre, surge por un lado la necesidad de considerar a la familia como una institución que debe ser materia de protección estatal y, por otro, de cumplir –a través de sus miembros– una serie de obligaciones con relación a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo su seno. Ello se precisa sobre la base de dos ejes: el primero, referido al otorgamiento de orientación, protección y cuidado de los niños, niñas y adolescentes y, el segundo, señalado por el respeto de sus derechos (artículos 18º y 27º de la Convención sobre los Derechos del Niño), teniendo ambos como premisa el ya referido principio del Interés Superior del Niño.

Con relación a las obligaciones familiares, tanto el padre como la madre (artículo 17.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos) tienen la obligación de proporcionar condiciones que permitan el desarrollo armonioso que comprendan las dimensiones física, psicológica, espiritual, moral y social. Estas condiciones importan, según se desprende del artículo 27º de la Convención sobre los Derechos del Niño y de los demás artículos que se relacionan, el otorgamiento de condiciones materiales de vida adecuadas (alimentación, vivienda, y atención sanitaria, vestuario, higiene, y

¹⁶ O'Donnell, Daniel. *La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación con la infancia*, en: http://www.iincpn.oas.org/Ponencia_Conferencistas/Ponencia_%20Daniel_ODonnell.htm (visitada el 31.03.09).

ambiente sano y seguro), además de proveer el acceso a la salud (artículo 24°), educación (arts. 28° y 29°), a actividades recreativas y al descanso necesario (artículo 31.1). Es más, siendo la familia como institución un espacio de desarrollo y afirmación de la ciudadanía, sus integrantes se encuentran obligados a respetar los derechos a la integridad física y psicológica (artículo 19°), identidad y personalidad (artículos 7° y 8°), y opinión (artículo 12°), debiendo orientar fundamentalmente a los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos (artículo 5°). De más está decir que estos mismos derechos y las consiguientes obligaciones familiares se encuentran consagrados en la normatividad interna, en especial en la Constitución Política y en el Código de los Niños y de los Adolescentes..

4.3.2.- Las obligaciones de protección por parte del Estado.

Como garante de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el Estado se encuentra obligado a respetar, proteger y cumplir los derechos de las personas menores de edad en situación de riesgo o abandono.¹⁷ La obligación de respeto implica que se abstenga o evite la adopción de medidas que impidan u obstaculicen el goce de los derechos involucrados. La obligación de protección impone al Estado adoptar medidas cuando los derechos están siendo vulnerados. La obligación de cumplimiento se refiere a la necesidad del Estado de adoptar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, de promoción y de otra índole que se requieran para lograr la efectividad del derecho.

¹⁷ Ver al respecto las observaciones generales emitidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo la Observación General N° 13 “El derecho a la educación” (párrafo 47) y la Observación General N° 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (párrafo 33).

Las obligaciones estatales están delimitadas por el diseño e implementación efectiva de medidas legislativas o administrativas, en el marco de políticas públicas orientadas a brindar protección los niños, niñas y adolescentes en general, en cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos y fundamentalmente de la Convención sobre los Derechos del Niño, además de lo dispuesto por la Constitución.

Con la finalidad de supervisar el cumplimiento de éstas y otras obligaciones estatales, la citada Convención ha establecido como mecanismos de control: (i) la obligación de los Estados –Parte de elaborar informes periódicos que den cuenta de las medidas adoptadas para efectivizar los derechos reconocidos en la Convención (artículo 44°); (ii) la creación de un Comité de los Derechos del Niño que reciba y revise los informes presentados por los Estados –Parte y que, posteriormente, adopte y publique recomendaciones y observaciones generales y finales (artículo 43°); y (iii) la regulación de las posibles actuaciones de los organismos especializados⁵⁷ y del Comité de los Derechos del Niño, con el objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención (artículo 45°).

Resulta de gran interés lo señalado por el Comité de los Derechos del Niño a través de sus distintas Observaciones Generales, las cuales tienen como finalidad promover la aplicación e implementación de la Convención, así como ayudar a los Estados –Parte a cumplir con sus obligaciones respecto de las políticas públicas destinadas a la niñez y la adolescencia, desde un enfoque de derechos.

CAPÍTULO V

LAS MEDIDAS ESPECIALES DE PROTECCIÓN FRENTE A LA SITUACIÓN DE ABANDONO

5.1.- ANÁLISIS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1297.

El nuevo Reglamento del Decreto legislativo para la protección de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos. Este regula la actuación estatal y determina los mecanismos para aplicar los principios y derechos de los menores. Asimismo, establece medidas de protección provisionales; entre ellas, el acogimiento familiar, residencial, de hecho y la adopción; desarrollando las funciones de los operadores que intervienen en los procedimientos por riesgo y desprotección familiar.

A fines de diciembre del 2016, el gobierno actual emitió el DL 1297, “Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos”; y pese a que debió reglamentarse en junio del 2017, recién el pasado mes de febrero se cumplió con la obligación de emitir la norma correspondiente.

No deja de sorprender es el hecho de que una norma legal cuya finalidad es regular, respetando estándares internacionales, la atención de los niños, niñas y adolescentes, que se encuentran sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, haya pasado desapercibida en el debate público.

La invisibilidad de los niños, niñas y adolescentes llamados “en estado de abandono” o “abandonados”, es un rasgo endémico de nuestras sociedades. No solo la peruana. Y es que en las denominadas sociedades de consumo, de exceso

de positividad, según afirma el filósofo Byung-Chul Han, los niños, niñas y adolescentes que se encuentran sin cuidados parentales y otros grupos -que desde una perspectiva económica-productiva-, aparentemente no tienen mucho que aportar, como las personas con discapacidad, los ancianos, etc., tienden a ser percibidas como “desechos” de un sistema socio-económico, cuya situación es mejor esconder bajo la alfombra o solo abordarla marginalmente.

Por lo general, estos grupos solo recuperan visibilidad cuando en fechas emblemáticas -en las que el mundo parece estar “menos peor”- y a instancias de los medios de comunicación, algunos personajes públicos apuestan por los réditos que puedan obtener de los ejercicios de filantropía, caridad e indignación tan efectistas, como superficiales y oportunistas.

Pero esta invisibilidad, en nuestro país, parece corresponderse con la ausencia de un verdadero sistema de protección para estos niños, niñas y adolescentes y sus familias: “Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño establece, la responsabilidad principal de los padres y madres respecto del cuidado de sus hijos, no deja de advertir que en caso se presenten dificultades para cumplir con esta función aquellos deben ser apoyados y asesorados por el Estado”, que tiene en definitiva la posición de garante del derecho de estos a vivir en una familia, de preferencia la suya.

Esto requiere de un sistema de protección que a través de los servicios sociales del Estado les brinde atención profesionalizada, especializada, planificada y, por supuesto, con absoluto respeto de los derechos de padres, madres, hijos e hijas.

En el Perú, por el contrario, frente a casos de incumplimiento de obligaciones parentales se optó por continuar con un sistema de atención “judicializado”, en el que a jueces no competentes, básicamente porque no están formados para resolver problemas socio-familiares, se les otorgó el inmenso poder para evaluar y decidir qué medida de protección adoptar para intentar resolver semejante situación.

Y en su gran mayoría el juez no cuenta con las herramientas conceptuales, ni metodológicas, ni tampoco logísticas para abordar estas situaciones, no sabe cómo resolver el problema, y desde la impotencia, la idea o prejuicio de que la incompetencia parental es irreversible, que los malos padres o madres son “irrecuperables” decide separar al niño, niña o adolescente de sus padres o madres incompetentes, enviándolos usualmente a un albergue o Centro de Atención Residencial, donde más allá de recibir techo y comida, por lo general no se les aplica un plan de reintegración familiar basados en la asesoría y apoyo a las familias.

Así, se configuró y se mantuvo un sistema de atención perverso que solo condujo a la “judicialización de la pobreza”, que implica que los problemas de naturaleza social no son atendidos por los casi inexistentes servicios sociales estatales sino por los órganos judiciales, que aplican un “modelo punitivo del abandono”, donde a los malos padres o madres se les “castiga” con la separación de sus hijos o hijas, y el apoyo o asesoría una entelequia.

Son varias las ideas-fuerza que pueden explicar lo errático de este sistema. Pero quiero centrarse en una: la persistencia de una idea decimonónica, según la cual la atención de los niños, niñas y adolescentes en riesgo o desprotección familiar se legitima desde una perspectiva benéfico-asistencial y no desde un enfoque de derechos.

Desde la primera se habilita y justifica incluso el incumplimiento de todas las garantías del debido proceso (el niño no opina, no cuenta con derecho de defensa, a los padres no se les suspende la patria potestad, etc.), porque en vista de que se trata de hacerle un “bien” al niño o niña o adolescente, las garantías legales constituyen formalidades que obstaculizan la concreción del interés superior del niño, cuya simple invocación sirve de coartada para negarles todos sus derechos, proporcionándoles de esta manera el trato de “objetos” de caridad, impropio de su calidad de sujetos de derecho que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoció a todos los niños, niñas y adolescentes del mundo.

Se puede hacer una crítica al Decreto Legislativo, N° 1297, ya que considero adolece además, de fallas de técnica legislativa generando conflictos con los tratados y con otras leyes. Por lo pronto, hay que dejar de lado la perspectiva positivista por la que solo el cambio normativo, logrará la protección integral de niñas, niños y adolescentes y el control de una de las causas de la delincuencia.

Se requiere personal idóneo o de calidad profesional y humana, aptitud psicológica, honestidad, independencia e imparcialidad, en número suficiente como la asignación de recursos económicos y tecnológicos para impulsar un sistema de protección efectiva de la población. Es también esencial que se propicie la transparencia en los procedimientos y que se genere una actitud de servicio que muchas veces, no ha estado presente en los ministerios en los últimos años.

Conforme al artículo 1 de la Constitución, son el fin supremo de la sociedad y del Estado, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. En esta línea, el Decreto Legislativo N° 1297 tiene por objeto brindar protección integral a las niñas, niños y adolescentes, sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos

a fin de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos; se pretende priorizar su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. En este sentido, la propuesta es al menos en el ámbito formal, de protección integral y de reconocimiento del principio de interés superior del niño tal y como consta en los distintos tratados internacionales sobre derechos del niño y adopción entre otros.

Pero conviene controlar que en la práctica, no se produzca la intervención vertical y arbitraria del Estado (cuando por ejemplo, se imponga el acogimiento familiar subvencionando por el Estado sin conceder realmente al niño o niña, un hogar definitivo en caso de abandono o desprotección familiar). En los artículos 1, 2 y 3 de la ley se utilizan distintos términos y conceptos. A través del decreto se crea una noción de familia de “origen” que no tiene antecedentes en el Derecho nacional y comparado especializado. Esta es según el artículo 3, inciso a) de la ley, la conformada por la madre, el padre o uno de ellos, los hermanos, hermanas incluyéndose al tutor o tutora. El solo hecho de ser tutor o tutora no significa que esta persona se torne un miembro “de origen” de la familia del tutelado. Por otro lado, al parecer, la ley olvidó considerar como familia a los abuelos, los tíos, primos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de acuerdo a lo que señala el Código Civil. Obviamente, no dejaron de ser familia “de origen”. Solo que no queda claro qué es lo que se ha pretendido con este término. No solo se “descodifica” la respuesta jurídica, sino que ella la “desconstruye” en aras de una intervención estatal que no puede ser invasiva, pues de lo contrario, atentaría contra la Constitución, los tratados y las leyes.

El tratamiento del Derecho nacional y comparado en el ámbito normativo, dogmático y jurisprudencial parece no haber sido tomado en consideración.

Serían “familia de origen” las personas con las que teniendo o no vínculo de parentesco, conviven o hacen vida en común. Vivir un mes con una persona puede suponer satisfacer este requisito y ello no crearía un vínculo. Es entonces esencial, la calidad del vínculo creado entre el niño, y adolescente y la persona con la que vive. Parecería que se ha pretendido aludir a la figura que se trata en el inciso c) del mismo artículo 3, en relación a la “comunidad como familia”. Pero vivir bajo una forma colectiva no necesariamente crea identidad, vínculos, responsabilidades de tipo familiar y en general, el respeto al interés superior del niño, niña y adolescente. Muchas veces, hemos observado costumbres patriarcales que han relegado el acceso a la educación para las mujeres. Claro que esto se analizará en función del tipo de regla cultural y el “sentido de pertenencia”. Se menciona en el artículo 3 incisos b) de la Ley, que forman parte de la familia “extensa” los familiares del niño, niña o adolescente con los que no conviven o hace vida en común. Las nociones de familia (nuclear y extensa) a que se refiere la doctrina del Derecho nacional y comparado enunciada por el maestro Cornejo Chávez entre otros, no parecen encajar en esta pro-puesta caótica. En todo caso, no se debió entrar a definir la familia, sino a analizar, por último, la calidad del vínculo con las personas que habitan o no con los niños, niñas o adolescentes. De tal deficiencia surgen consecuencias, pues en el inciso g) del artículo 3 se relaciona el importante principio de interés superior del niño, con el apoyo a la familia de origen como medida de protección prioritaria. El solo hecho de convivir o “hacer vida en común” no representa calidad de vínculo, presencia de modelos parentales adecuados, cumplimiento de responsabilidades entre otros requerimientos para el desarrollo armónico y pleno de un niño, niña o adolescente. Además, se ha concedido a la familia de “origen” “derechos” que

pueden generar conflictos, pues obviamente un padre puede amar o decir o creer que ama a un hijo o hija; pero, lo deja al cuidado de un familiar y regresa a buscarlo luego de años de no aportar ni económica ni emocionalmente a su desarrollo. Esta es una historia común en estos casos.

Es inadmisibles aludir a derechos sin especificar obligaciones correlativas de la familia. Por último, quien goza de mayor protección es el niño, niña, adolescente.

En los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1297 se subraya que este dispositivo se dirige a niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos. Luego se introduce la noción de “desprotección familiar” como situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado desempeño de los deberes de cuidado y protección por parte de los responsables del cuidado de los niños, niñas y adolescentes y que afecta gravemente su desarrollo integral siendo de carácter provisional. El “riesgo de desprotección familiar” es la situación en la que se encuentra una niña, niño o adolescente donde el ejercicio de sus derechos es amenazado o afectado, ya sea por circunstancias personales, familiares o sociales, que perjudican su desarrollo integral sin revestir gravedad, y no son o no pueden ser atendidos por su familia; en este caso, la intervención o actuación estatal supondría adoptar las medidas necesarias para prevenir la des-protección familiar sin que se justifique en ningún caso (y así lo señala la normativa), la separación de estas personas de su “familia de origen” en la Ley, no muestran claridad. Un niño recién nacido abandonado en medio del campo puede sobrevivir a la inclemencia del tiempo. El abandono no revistió “gravedad”. Entonces, se deja al niño con la familia “de origen”. Casos como el indicado, han determinado la “reinserción familiar” hasta terminar con la muerte del niño. Ingresamos a un

amplio espectro de opciones y eso, es lo que no debería darse cuando se trata de decidir sobre la protección a niños, niñas y adolescentes. Es el interés superior del niño aquello que se protege prioritariamente. No el de los padres y otros adultos integrantes de la familia salvo y solo si, por la calidad del vínculo, el interés de la familia nuclear favorece al niño, niña y adolescente. Se ha perdido de vista el objetivo central del sistema.

Al definirse en el artículo 3, inciso h), qué se entiende por medidas de protección, se con-funden los aspectos procesales con los sustantivos. Es verdad que en términos generales, se ha introducido también la idea de que por ejemplo, la adopción es una medida de protección. Solo que habría que discriminar. En el contexto inicial de la normativa, las medidas de protección han sido inicialmente reguladas como “actuaciones o decisiones” derivadas de la constatación de que hay riesgo o desprotección. Pero no abarcan ni pueden abarcar solo el acogimiento familiar, residencial o la adopción.

La normativa precisa que las medidas de protección pueden ser de carácter provisional o permanente según el inciso h) del artículo 3 del Decreto Legislativo que analizamos. Pero luego se señala que lo permanente puede no ser definitivo. Las medidas de protección provisionales son según el artículo 59 de la ley, el acogimiento familiar y el residencial. Los artículos 117 y 118 de la ley precisan que declarada judicialmente la desprotección familiar (se entiende para extinguir la patria potestad o la tutela), se puede resolver con carácter permanente más no definitivo, como medida de protección el acogimiento familiar y el residencial; se puede resolver también con carácter definitivo la adopción, previa declaración de adoptabilidad. Pero, reiteramos la duda sobre si conviene al interés del niño dejarlo de manera permanente bajo acogimiento familiar el cual

no genera vínculos filiatorios. Creemos que esto no favorece al interés superior del niño.

Según el artículo 4 literal h) del Decreto Legislativo N° 1297, las medidas de protección se adoptan siguiendo lineamientos derivados del interés superior del niño, niña o adolescente. Las temporales se toman en base a lo indicado en los artículos 58 a 64 de la Ley, como son el llamado principio de individualización y normalización o integración social; como enfoque de desarrollo y preparación para la vida adulta; principio de aplicación preferente de las medidas de protección de acogimiento familiar frente a la residencial.

El acogimiento familiar es el que se otorga a cargo de una familia “extensa” o terceros mientras que la segunda por una institución. Para ser familia acogedora los requisitos son pocos frente a los casi siempre difíciles pedidos de informes y certificaciones de idoneidad para la adopción. No se entiende la razón por la que el legislador ha propiciado esta suerte de acogimiento familiar que puede tornarse en adopción. Si se trataba de proteger definitivamente a los niños, niñas y adolescentes se les debe dar una familia con vínculos jurídicos a través de la filiación.

Hay un desorden en el uso de la terminología sobre la declaración de desprotección familiar que supone la actuación administrativa de la “autoridad competente”. Existe la situación de riesgo y la de desprotección familiar. Al parecer, las Demuna pueden intervenir en caso de riesgo y/o el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en riesgo de desprotección familiar y en desprotección familiar según el artículo 11 de la Ley. Intervienen también con funciones específicas, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio Público, el Poder Judicial y Policía Nacional. Respecto del Poder Judicial se le

asigna con carácter preferencial, la función de resolver sobre la desprotección familiar. Pero, según el artículo 11.2 b), la actuación en caso de riesgo y desprotección supuestamente la realizará la autoridad competente que al parecer será la administrativa según los artículos 11.1, 11.2 inciso b, 17 y siguientes. El tema no queda claro no obstante su importancia.

La lectura integral de la ley revela que al Poder Judicial compete según el artículo 11.5) y demás de la ley, el “control de la legalidad”; la declaración judicial que ratifique la desprotección familiar (de carácter provisional) entendiéndose sistemáticamente, que la declaración se da para los fines de suspender la patria potestad como la tutela y, según el caso, extinguir la patria potestad y tutela; para pronunciarse sobre la adoptabilidad si lo recomienda la autoridad competente; y para que se declare la adopción de la familia acogedora en forma excepcional cuando así lo recomiende la autoridad competente. La autoridad competente termina con un enorme poder. Si según el artículo 120 de la ley, el acogimiento familiar no crea vínculos de filiación entre la familia acogedora, el niño o la niña o adolescente, cabe preguntar qué se pretende con reforzar el acogimiento familiar. Se puede entender la medida si se trata de la familia extensa del niño, niña o adolescente pero no si se trata de extraños

Al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se le exige, en el numeral 11.3 de la ley, que designe un defensor o defensor público distinto al que representa los intereses de la niña, niño o adolescente, cuando la familia de origen solicite la defensa legal gratuita.

Pero, la normativa no precisa si se puede negar tal defensa y no cabe distinguir en donde la ley no distingue. ¿Será obligatorio entonces, asignar abogado gratuito a una “familia de origen” que por ejemplo, reclama que no se dicte en su contra,

la declaración judicial de desprotección familiar cuando hay pruebas de que ellos pusieron a la venta en internet, imágenes pornográficas de sus hijos? Claro que todos tienen derecho a la defensa, acceso a la justicia, gozan de presunción de inocencia; ello aparece en la Constitución. Pero, en el Derecho comparado no se ha optado por garantizar los derechos de la familia en todo contexto sino solo cuando ellos coinciden con los del niño. Por lo menos, que la defensa se brinde cuando la familia carezca de recursos y existan indicios de que ello favorecerá el único interés superior que merece tutela: el del niño, niña y adolescente.

Según el artículo 125 de la ley, para adoptar se requiere tener entre 25 y 62 años de edad para adoptar a niños sin cuidados parentales una vez declarada la adoptabilidad y la extinción de la patria potestad o tutela. Para ser familia acogedora basta ser mayor de edad. Creemos que debería darse una diferencia de edad entre adoptante y adoptado analizándose la madurez del adoptante. Hay personas de 60 o 70 años con mayor inmadurez que una de 20 años. Si bien, en los distintos Códigos de Niños y Adolescentes se ha venido incluyendo un requisito de edad, solo se menciona que se puede adoptar desde los 25 años sin fijar un límite. El listado de requisitos para las familias adoptantes, solía y suele ser sumamente extenso. En ocasiones, hasta se pedía acondicionar una habitación para el niño o niña pese a que la designación tardaba años. Lo cierto es que las familias acogedoras que reciben un niño en forma temporal incluso con una subvención económica, pueden terminar siendo padres adoptivos declarados por el juez, si así lo recomienda la autoridad competente de acuerdo al artículo 100, inciso b) de esta ley. Este tema, merece ser analizado en profundidad. Se ha regulado el “acogimiento de hecho” en los artículos 148 a 153 de la ley, lo que supone formalizar la protección de quien con vínculo familiar o sin él, sin contar

con título jurídico ni obligación legal, asume de manera voluntaria, continua y transitoria las obligaciones de cuidado y protección de una niña, niño o adolescente.

El artículo 62 del Decreto Legislativo N° 1297 precisa que la medida de protección provisional (en sede administrativa) para niñas o niños menores de tres (3) años de edad será el de acogimiento familiar. Es verdad que esta medida de protección provisional de desprotección familiar tiene un plazo máximo de 18 meses prorrogable por 6 meses más en función del interés superior del niño o niña según el artículo 63 del decreto.

Mediante los artículos 97 y siguientes se regula el procedimiento judicial de declaración de desprotección familiar con intervención del Ministerio Público el que debe emitir un dictamen fiscal dentro de tres días hábiles sobre la solicitud del estado de des-protección familiar; con este dictamen la autoridad judicial debe resolver en el plazo de tres (3) días hábiles regulándose la posibilidad de que se planteen observaciones y subsanaciones. El artículo 100 de la ley se refiere a la “Resolución que declara la des-protección familiar” para contemplar en él, situaciones contradictorias como es la de rechazar tal declaración. Hubiera sido mejor mencionar que el artículo se ocupa de la “Resolución judicial sobre la desprotección familiar” que puede suponer acogerla o rechazarla. La resolución que debe ser una sentencia, involucra la pérdida de la patria potestad o la extinción de la tutela y aprobación o modificación de la medida recomendada. De acuerdo al caso, declarará la adoptabilidad. El tema es que en forma excepcional y cuando lo recomiende la autoridad competente, se podrá declarar la adopción de la familia acogedora. En el artículo 101 de la ley se aluden a principios para la determinación de la medida de protección todo lo cual,

simplemente proviene del principio de interés superior. La resolución o sentencia (no podría emitirse otra clase de resolución por la trascendencia del tema y por representar el fin del procedimiento), es apelable en un plazo máximo de cinco días hábiles de notificada. Se regula además la adopción pero la misma no ha sido fortalecida ante el acogimiento familiar lo que resulta incomprensible, pues mediante esta última figura no se garantiza una familia definitiva para el niño, niña o adolescente. Además, hay amplia demanda de familias que quieren adoptar. Entonces, no se observa la racionalidad de reforzar el acogimiento.

Antes de emitir decisión sobre la situación de riesgo o desprotección familiar, la autoridad competente se deberá escuchar, en su propio lenguaje, la opinión de la niña, niño o adolescente en una diligencia especial. En dicha oportunidad se tendrá en consideración su madurez y desarrollo, garantizando la intimidad, seguridad, la ausencia de coacción y el uso de métodos acordes a su edad, dejando constancia de ello en las resoluciones. Para ello, previamente el niño, niña o adolescente deberá recibir la información y asesoramiento necesario que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

Como se ha indicado, intervienen en los procedimientos de riesgo de desprotección y situación de desprotección familiar, los gobiernos locales (Demuna), Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio Público, Poder Judicial, Policía Nacional del Perú. Son partes del procedimiento por riesgo o desprotección familiar la niña, niño y adolescente, la madre, el padre, tutora, tutor, el representante del Ministerio Público y el tercero con legítimo interés incorporado al procedimiento. La ley prescribe que el procedimiento por riesgo de

desprotección comprende etapas como la evaluación, implementación del plan de trabajo individual, y seguimiento. El de desprotección familiar comprende la evaluación de la situación socio familiar del niño, niña y adolescente, la implementación del plan de trabajo individual, y seguimiento a las medidas de protección provisionales como son las de acogimiento familiar y residencial. La autoridad competente, ante un hecho inminente de afectación de estas personas, puede mediante resolución declarar excepcional-mente la desprotección familiar provisional y dictar la medida de protección con calidad de urgente. En cuanto a las adopciones, la Ley prescribe que el procedimiento administrativo comprende cuatro fases: evaluación, designación integración familiar y pos-adopción. El plazo para la impugnación de la resolución administrativa se ha extendido de un día a cinco. Se contempla el control de los centros de atención residencial.

La entrada en vigencia del DL 1297 requiere de un compromiso político que trascienda a cualquier gobierno de turno, pero además de la participación de las instituciones, funcionarios y entidades implicadas en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, tanto en su difusión y pronta implementación, en la medida que se orienta a concretizar de manera efectiva el derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir en una familia, repito: de preferencia en la suya.

5.2.- SITUACIÓN DE RIESGO.

Se entiende por situación de riesgo de desprotección familiar cuando se produce alguna circunstancia que, valorada conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, y de acuerdo a la Tabla de Valoración de riesgo del reglamento, supongan una amenaza o afectación de derechos que no revista gravedad para la niña, niño o adolescente, entre otras, la violencia física o psicológica en agravio

del menor, que no constituya una situación grave de acuerdo a la referida tabla; deserción escolar, ausentismo esporádico o abandono escolar sin razones justificadas; y, trabajo infantil en situación de calle o aquel que suponga una afectación de derechos que no revista gravedad.

Así lo establece el Reglamento del Decreto Legislativo para la protección de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, D. Leg. N° 1297, aprobado mediante Decreto Supremo N° 01-2018-MIMP.

5.3.- SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN FAMILIAR

Se entiende por situación de desprotección familiar cuando se produce alguna circunstancia que suponga una afectación grave para la integridad física o mental de la niña, niño o adolescente, tales como, amenaza o afectación grave para la vida, salud e integridad física del menor, la inducción a la mendicidad, delincuencia, explotación sexual, trabajo forzoso o cualquier otra forma de explotación de similar naturaleza o gravedad.

El reglamento contempla la Tabla de valoración de riesgo, como un instrumento técnico que valora la amenaza o afectación del ejercicio de derechos de una niña, niño o adolescente para determinar si la situación es de riesgo o de desprotección familiar. La DEMUNA y la UPE cuentan con este en todo el proceso.

5.4.- SUJETOS INTERVINIENTES.

Los sujetos que intervienen en los procedimientos por riesgo de desprotección familiar y desprotección familiar son:

- Las Defensorías municipales del niño y del adolescente – DEMUNA
- Las Unidades de protección especial – UPE

- Las Unidades desconcertadas de adopción administrativa – UA, y;
- Los Defensores Públicos.

Se ha previsto que toda persona natural o jurídica comunique en forma inmediata las situaciones de riesgo o desprotección familiar a la UPE o la DEMUNA. Cualquiera de estas últimas puede reservar la identidad de la persona que comunica una situación de riesgo o desprotección familiar, cuando el caso lo requiera.

Dentro de las medidas de protección en situaciones de riesgo, se encuentran el apoyo a la familia para fortalecer competencias de cuidado y crianza, el acceso a servicios de educación y salud, servicios de atención especializada, apoyo psicológico a favor de la niña, niño o adolescente y su familia, a servicios para prevenir y abordar situaciones de violencia, a servicios de cuidado, a servicios de formación técnico productivo para la/el adolescente y su familia, inclusión a programas sociales, entre otras.

5.5.- MEDIDAS DE PROTECCIÓN PROVISIONALES

Respecto a las medidas de protección provisionales en situaciones de desprotección, el acogimiento familiar tiene por finalidad brindar de manera temporal, protección en un medio familiar a una niña, niño o adolescente que no puede vivir con su familia de origen, para garantizar su bienestar integral. Puede ser un acogimiento con calidad de urgente; en familia extensa; con tercero; profesionalizado y familiar permanente.

A su vez, la adopción es la medida de protección definitiva que tiene por objeto garantizar el derecho de la niña, niño y adolescente declarada/o judicialmente en desprotección familiar y adoptabilidad, a vivir en una familia idónea para

desarrollarse integralmente. El procedimiento de adopción es gratuito y la información relativa al mismo tiene carácter confidencial.

La inserción en una familia adoptiva se deberá dar siempre y cuando el retorno a la familia biológica sea imposible (por ejemplo en caso de muerte del padre y madre y la inexistencia de parientes), o cuando el establecimiento de otras medidas de protección hayan fracasado.

Por otro lado, la etapa de Integración familiar inicia con la comunicación de las designaciones aprobadas por el Consejo Nacional de Adopciones a las/los adoptantes y la/el defensora/or pública/o de la niña, niño o adolescente. Esta comprende la preparación y presentación de estos y las/los adoptantes; la valoración de la empatía y elaboración del informe respectivo; el otorgamiento y valoración del acogimiento pre adoptivo para la adopción; y, la aprobación de la adopción.

CONCLUSIONES

1. Las medidas especiales de protección pueden ser definidas como las diversas acciones estatales llevadas a cabo mediante servicios especializados, orientadas a compensar carencias materiales y afectivas que involucran a los niños, niñas y adolescentes con el objetivo fundamental de revertir su desprotección o la vulneración de sus derechos.
2. El Reglamento del Decreto Legislativo N° 1297, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2018-MIMP (PUB. 10/02/2018), ha sido creado para la protección de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos. Regula la actuación estatal y determina los mecanismos para aplicar los principios y derechos de los menores.
3. En la presente investigación podemos concluir destacando la inclusión de una nueva causal de suspensión de la patria potestad: por declaración de desprotección familiar provisional de un niño o adolescente (Artículo 75° del Reglamento del Decreto Supremo); y de su extinción o pérdida por declaración judicial de desprotección familiar (artículo 77° del Reglamento del Decreto Supremo).

4. La atención integral en un establecimiento de protección especial o medida de acogimiento residencial, solo debe ser impuesta en caso de que las otras medidas de protección alternativas en favor de los niños, niñas o adolescentes no resulten idóneas para superar las afectaciones de derechos producidas por situaciones de riesgo o abandono. De allí que su aplicación devenga en temporal, excepcional o residual.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda ADOPTAR en el marco del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente, políticas públicas sobre niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo o abandono que tengan como base garantizar su derecho fundamental a vivir en una familia, sea cual fuere el tipo y la configuración de ésta.
2. Se recomienda GARANTIZAR el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes en estado de riesgo o abandono residentes en los CAR, teniendo en cuenta el respeto de sus características personales y la necesidad de su participación, conforme a lo previsto por el artículo 5° y 74° del Decreto Legislativo N° 1297, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2018-MIMP (PUB. 10/02/2018),
3. Se recomienda GARANTIZAR la existencia y fortalecimiento del rol de los equipos técnicos en todos los CAR en el ámbito nacional, a partir de lo establecido en el artículo 75° y 76° del Decreto Legislativo N° 1297, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2018-MIMP (PUB. 10/02/2018).

4. Se recomienda FORTALECER progresivamente la implementación de un modelo de atención residencial especializado, profesionalizado, debidamente planificado, que tenga como sustento la promoción y el fortalecimiento de los vínculos familiares, así como la adopción de medidas alternativas en concordancia con los principios de subsidiariedad y transitoriedad de la medida de acogimiento residencial, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1297, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2018-MIMP (PUB. 10/02/2018), teniendo en cuenta lo establecido por las Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños recientemente emitidas.

BIBLIOGRAFIA

1. Meza Torres, Yelena – Código de los Niños y Adolescentes –Comentado. Actualizado con el D.S. 001-2018-MIMP (Decreto que aprueba el Reglamento del D.L.Nº 1297) Mayo 2018.
2. ALBUJA, J. A. (22 de Febrero de 2015). Doctor. (M. A. Almeida, Entrevistador)
3. ANDES (2013) Ecuador concretó 162 adopciones en el primer semestre del 2013. Agencia de Noticias Andes. Recuperado el 19 de marzo de 2014 de: <http://www.andes.info.ec/es/no-pierda-sociedad/ecuador-concreto-162-adopciones>
4. Balsera, P. D., & Luis, G. M. N. (2008). La evolución de los derechos de la infancia: Una visión internacional. Encounters on Education, 7.primer-semestre-2013.html.
5. Bejarano, C. R. (2013). El Plazo Razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia. Memorando de Derecho, 113-126.
6. Bengoechea, B. G. y Pedro-Viejo, A. B. (2013) *El derecho del niño a vivir en familia*.
7. Bertholet, Denis (2005) Claude Lévi-Strauss. Editorial Universidad de Granada.
8. Bruñol, M. C. (1997). Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. Infancia: Boletín Del Instituto Interamericano Del Nino OEA.
9. Bourdieu, P. (1997). El espíritu de familia. a Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción. Barcelona, Anagrama.

10. Buaiz, Y. E. (22 y 23 de Junio de 2009). Seminario sobre Protección y Restitución de Derechos, Medidas de Protección en el Marco del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia. Quito, Pichincha, Ecuador.
11. Caïs, J. (1997) *Metodología del análisis comparativo*. Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS).
12. CELCIS, Centre for Excellence for Looked After Children in Scotland (2012). *Avanzando en la implementación de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*.
13. Cillero Bruñol, Miguel (1998) El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos Del Niño. Recuperado el 19 de marzo de 2015 de: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf
14. Ciordia, C., & Villalta, C. (2012) *Procesos judiciales y administrativos de adopción de niños: confrontación de sentidos en la configuración de un medio familiar adecuado*. Etnográfica, 16(3), 435-460.
15. Concha, G. B. (2001) El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. Revista chilena de derecho.
16. Ley 30403 que prohíbe el uso del castigo físico y humillantes contra los niños, niñas y adolescentes
17. Reglamento de la Ley 30403 que prohíbe el uso del castigo físico y humillantes contra los niños, niñas y adolescentes
18. Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia 2012-2021
19. Encuesta Nacional de Relaciones Familiares ENARES 2015

20. Registro de casos de los Centros Emergencia Mujer del Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual.
21. Akemi Tomoda (2009) Childhood Sexual Abuse Is Associated with Reduced Gray Matter Volume in Visual Cortex of Young Women
22. La prohibición de todo tipo de castigo corporal de niños, niñas y adolescentes (NNA): Preguntas y respuestas más frecuente elaborada. Save the Children (2015)

ANEXO

ANEXO 01

Chiclayo: Intervienen a 20 niños dedicados a la mendicidad y trabajo infantil

La Fiscalía busca determinar la cantidad de niños que se encuentran en presunto estado de abandono o explotación infantil



Chiclayo: Intervienen a 20 niños dedicados a la mendicidad y trabajo infantil

Síguenos en Facebook

14 de Noviembre del 2017 - 10:56 » Textos: Redacción » Fotos: Correo
Cerca de veinte menores de edad fueron intervenidos en las últimas horas por autoridades del Ministerio Público y la Policía Nacional, durante un operativo por las principales calles de la ciudad de Chiclayo.

El operativo comprendió los alrededores del Mercado Central, centro comercial Real Plaza, parque principal, calle San José, entre otros lugares donde se concentra la mayor cantidad de niños dedicados a la mendicidad y al trabajo infantil.

La fiscal Silvia Rojas Plasencia señaló que la diligencia tiene por objetivo identificar y generar una base de datos que permita determinar la cantidad de niños que se encuentran en presunto estado de abandono o explotación infantil.

“El registro permitirá que una vez identificado el caso y sea reiterativo, los niños puedan ser puestos a disposición de los juzgados de familia para que determinen su situación legal”, afirmó la magistrada, tras agregar que la información facilitada por el niño permitirá conocer si cuentan con los servicios básicos de salud, educación, entre otros.

El fiscal Guillermo Olivera Samamé, de la Segunda Fiscalía de Prevención del delito de Chiclayo, exhortó y recomendó a los padres de los niños intervenidos a cumplir su rol, pues de intervenirlos nuevamente se podría configurar un posible delito de trata de personas o explotación infantil.

ANEXO 02

DECRETO SUPRENO 1297