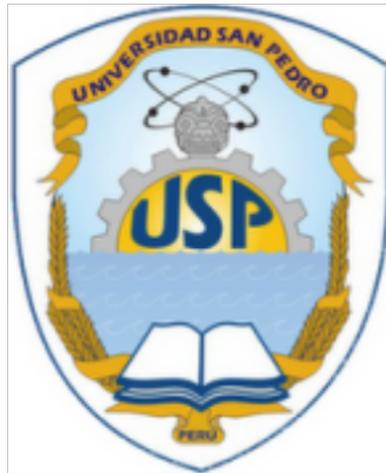


UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



"EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA" TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor Bachiller:

JOHNY PEDRO FABIAN TELLEZ

Asesor:

Mg. Mirko Alva Galarrete

HUACHO- PERÚ

2019

2. PALABRAS CLAVES

PALABRAS CLAVES	DERECHO A VIVIR EN FAMILIA
ESPECIALIDAD	DERECHO CIVIL

KEYWORDS

KEYWORDS	RIGHT TO LIVE IN FAMILY
SPECIALTY	CIVIL LAW

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

AREA : CIENCIAS SOCIALES

SUB AREA: DERECHO

DICIPLINA: DERECHO

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a Dios por iluminarme y brindarme fuerzas para culminar esta carrera de derecho, ya que es tan importante para mí.

A mis padres por ser mis pilares importantes y por haberme mostrado su apoyo condicional y su cariño y a la vez, ser mi motivación para seguir luchando por mi profesión y por enseñarme a luchar cada día para conseguir mis metas que me propuse y por su confianza.

JOHNY PEDRO FABIAN TELLEZ

AGRADECIMIENTO

Le agradezco a todos mis docentes por haberme formado para ser un gran profesional, ya que sus enseñanzas me servirán de mucho, también por compartir buenos momentos y momentos tristes, gracias por ello, que me enseñaron a crecer como persona y como profesional.

Los quiero mucho y los valoro.

JOHNY PEDRO FABIAN TELLEZ

5. INDICE

2. PALABRAS CLAVES.....	2
KEYWORDS.....	2
3. DEDICATORIA.....	3
4. AGRADECIMIENTO.....	4
5. INDICE.....	5
6. RESUMEN.....	6
7. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	7
7.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	8
7.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	9
7.2.1 PROBLEMA GENERAL.....	12
7.2.2 PROBLEMA ESPECIFICOS.....	12
7.3 OBJETIVOS.....	13
7.3.1 OBJETIVO GENERAL.....	13
7.6 JUSTIFICACIÓN.....	14
7.6.1 JUSTIFICACIÓN TEÓRICA.....	14
7.6.2 JUSTIFICACIÓN METODOLOGICA.....	15
7.6.3 JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA.....	15
7.7 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	15
7.7.1 DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	15
7.7.2 DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	15
7.7.3 DELIMITACIÓN SOCIAL.....	16
8. MARCO TEÓRICO.....	16
8.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	16
8.2 BASES TEÓRICAS SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA.....	25
8.2.1 CONCEPTO JURÍDICO DE FAMILIA.....	28

8.4 GLOSARIO DE TÉRMINOS.....	29
9. ANÁLISIS DEL PROBLEMA.....	31
9.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	31
9.2 NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN.....	31
9.3 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	32
9.4 MÉTODOS.....	34
9.5 POBLACIÓN.....	35
10. CONCLUSIONES.....	48
11. RECOMENDACIONES.....	50
12. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51

6. RESUMEN

El presente trabajo se titula "EL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA Y EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, EN EL JUZGADO DE FAMILIA LIMA NORTE, 2015-2016 " se planteó como problema general ¿Cómo se relacionan el Derecho a vivir en Familia con el Interés Superior del Niño, en los Juzgados de Familia de Lima Norte, período 2015-2016?, tuvo como objetivo general, el Determinar la relación que hay entre el Derecho a la Familia con el Interés Superior del Niño, en los Juzgados de Familia de Lima Norte, período 2015-2016.

En el capítulo II se desarrollo la parte del marco teórico, en donde se abordo las bases teóricas doctrinarias del Derecho de Familia, así como el desarrollo del principio del interés superior del niño en términos universales y a nivel nacional.

En el capítulo III se desarrolló el marco metodológico, siendo una investigación de diseño no experimental, habiendo encuestado a 33 operadores de justicia en la especialidad de familia

Finalmente se concluyó, en el sentido que se evidencia que el derecho a vivir en familia y el interés superior del niño cuando no se han respetado en el juzgado de Familia de Lima Norte durante el período 2015-2016 es debido -la mayoría de las veces- a razones extra-jurídicas y no porque nuestro ordenamiento jurídico no proteja estos derechos; tal y como lo evidencia nuestro estudio histórico-jurídico de las normas pertinentes así como de la evolución del concepto de familia y de trabajos similares en el Perú y en el extranjero; y el cuestionario entregado al personal que trabaja en juzgado de familia de Lima Norte que nos arrojó la data necesaria para corroborar nuestras interrogantes.

Palabras Claves: Familia, Célula Fundamental, Interés Superior del niño, Alimentos, Tenencia legal.

7. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La excesiva carga procesal de los diversos juzgados del país es una realidad innegable. Es de particular interés para el desarrollo de nuestra investigación constatar el desenvolvimiento adecuado en los juzgados de familia ya que la falta del debido proceso podría llevar a que no se respete el derecho de todo niño y adolescente a vivir en familia y a su vez a que no se proteja el interés superior del niño.

Nuestro trabajo se centra en labor realizada por el Juzgado de Familia de Lima Norte durante el período 2015-2016.

Nos hemos planteado si en este juzgado se respetan el derecho a vivir en familia y el interés superior del niño a través de la recta aplicación de la normativa vigente.

Asimismo hemos procurado realizar un análisis histórico-jurídico de la normativa internacional y nacional vigente en nuestro país con el fin de poder corroborar que esta legislación tiene como fin el proteger el derecho a vivir en familia y el interés superior del niño.

Para poder realizar este análisis previo se ha recurrido al estudio de la legislación pertinente así como a la doctrina jurídica del Derecho de Familia. Sin embargo el estudio más resaltante es el análisis de diversas tesis nacionales y extranjeras que hemos citado en el presente trabajo donde se exponen temas correlacionados al que se trata en la presente investigación.

Ha sido necesario hacer un breve recorrido histórico acerca de la institución y evolución del matrimonio y la familia en nuestro ordenamiento para poder explicar con precisión porque las normas vigentes sí contribuyen a proteger el derecho a vivir en familia y el interés superior del niño.

Es importante señalar que nuestro trabajo tiene como una de sus principales inquietudes evidenciar que cuando no se respeta el derecho a vivir en familia y el interés superior es por razones ajenas a las jurídicas ya que tal y como hemos desarrollado en el presente trabajo nuestro ordenamiento protege estos derechos tan vinculados entre sí.

Nuestra investigación ha tenido un exhaustivo trabajo de campo donde se le ha entregado a los miembros del Juzgado un cuestionario para poder elaborar los indicadores pertinentes que nos arrojen la información necesaria para nuestra investigación.

Esperamos que el presente trabajo cumpla con los requisitos necesarios para su aprobación.

7.1. Planteamiento del Problema

Hemos observado que a través de la historia del hombre en términos universales, los seres humanos se han encontrado en una lucha constante por organizarse como grupos sociales, una de estas formas es a través de la organización familiar antiguamente denominada “los clanes” que han venido evolucionando liderados por una cabeza (ya sea por el hombre o la mujer) dependiendo de las circunstancias políticas, sociales y económicas de la época en las que se tuvieron que asumir roles que han dado lugar a que el Derecho como ciencia reguladora de nuestra convivencia en sociedad positiva, a partir de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, la protección del Derecho a una Familia, así como a los niños y adolescentes, de acuerdo a un tratamiento especializado que en nuestro país se viene dando a través de los Juzgados Especializados de Familia en el ámbito Judicial; de las Fiscalías de Familia por el Ministerio Público y en el ámbito administrativo por medio del Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano (PROMUDEH), (MINDES) y desde el 2012, reconocido como el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP); y otras

instituciones públicas y privadas que contribuyen con la protección de los menores en el Perú, por medio de una Familia, como primer medio de socialización de la persona en sociedad.

La visión mantenida hasta hoy en los estudios sobre la familia ha estado orientada fundamentalmente sólo en aspectos relacionados con funciones de socialización, establecimiento de redes de parentesco y alianzas, de herencia y de acceso al poder, descuidándose esa otra perspectiva sobre el papel moral y educativo de la familia, que tanta preocupación viene suscitando en el mundo desde los primeros albores del hombre en sociedad.

Se trata de esa otra visión que dada por excepcional respecto del modelo, se suele dejar al margen de manera incorrecta, porque no se ha evaluado todavía su alcance en el pasado. Todo el conjunto de valores que se venían transmitiendo a través del microcosmos familiar, lamentablemente en la sociedad moderna cada día se viene perdiendo como consecuencia de la tergiversación de los valores y la comprensión de ésta exige el análisis de aquéllos principios bíblicos plasmados por inspiración divina: “Entonces dijo Dios en Génesis 1: 26-27: Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza y creó Dios al hombre a imagen de Dios lo creó, varón y hembra los creó y los bendijo Dios y les dijo: Fructificad y multiplicaos; llenad la tierra y sojuzgadla” (**SANTA BIBLIA, 2000, p.27**), que el presente trabajo pretende enfocar para establecer la relación que estamos planteando en el sentido del Derecho a una Familia, del interés superior del niño y por ende del bienestar general del menor, dado el tiempo tan fugaz que se tiene como niño y adolescente, en el cual se ve el marcar de la futura conducta y proyectos de vida en el medio donde una persona adulta se desenvuelve con dignidad, libertad y respeto al derecho ajeno que sólo puede ser aprendido en el seno de la propia familia.

El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados Partes, Considerando: “Que de conformidad con los Principios Proclamados en

la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Convencidos de que la Familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos los miembros, y en particular, de los niños, deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. “

Asimismo, en el Art. 5, de la Convención para los derechos del Niño se precisa que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad según establezca la costumbre local, de los tutores o personas encargadas legalmente del niño de impartirle en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección, y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención.

Por tanto, la problemática central de la presente investigación radica en el hecho de que hoy en día se ha perdido el verdadero concepto del derecho que todos los seres humanos tienen a contar con una familia digna que los proteja, los guíe por la senda del bien y que cuando se trate de abordar, en el ámbito administrativo o judicial, los problemas que atañen a los menores estos sean enfocados como problemas humanos, con la estricta primacía del interés superior del niño, de tal modo que no se perjudique el futuro del menor con experiencias traumáticas que afecte su futuro desarrollo y por ende su bienestar general.

7.2. Formulación del Problema

7.2.1. Problema General

¿Cómo se relacionan el Derecho a tener una Familia con el Interés Superior del Niño, en los Juzgados de Familia de Lima Norte, período 2015-2016?

7.2.2. Problema Específicos

- ¿Cuál es la relación entre el Derecho a Alimentos con el Interés Superior del Niño, en los Juzgados de Familia de Lima Norte, período 2015-2016?

- ¿Cómo varía la relación del Patrimonio Familiar con el Interés Superior del Niño, en los Juzgados de Familia de Lima Norte, período 2015-2016?

- ¿De qué manera se relaciona la Tutela con el incumplimiento del Interés Superior del Niño, en los expedientes del Cuarto Juzgado de Familia de Lima Norte, período 2015-2016?

- ¿Existe relación entre la Curatela y el incumplimiento del Interés Superior del Niño en los expedientes del Cuarto Juzgado de Familia de Lima Norte, período 2015-2016?

- ¿Se relacionan el Consejo de Familia con el incumplimiento del Interés Superior del Niño, en los expedientes del Cuarto Juzgado de Familia de Lima Norte, período 2015-2016?

7.3. Objetivos

7.3.1. Objetivo General

Determinar la relación que hay entre el Derecho de Familia con el incumplimiento del Interés Superior del Niño, en los expedientes del Cuarto Juzgado de Familia de Lima Norte, período 2015-2016.

7.3.2. Objetivos Específicos

- Definir cuál es la relación entre el Derecho de Alimentos con el incumplimiento del Interés Superior del Niño, en los expedientes del Cuarto Juzgado de Familia de Lima Norte, período 2015-2016.
- Precisar cómo varía la relación que hay entre el Patrimonio Familiar y el incumplimiento del Interés Superior del Niño en los expedientes del Cuarto Juzgado de Familia de Lima Norte en el período 2015-2016.
- Especificar de qué manera se relacionan la Tutela con el incumplimiento del Interés Superior del Niño en los expedientes del Cuarto Juzgado de Familia de Lima Norte, período 2015-2016.
- Explicar la relación que hay entre la Curatela y el incumplimiento del Interés Superior del Niño en los expedientes del Cuarto Juzgado de Familia de Lima Norte, período 2015-2016.
- Expresar si hay relación entre el Consejo de Familia y el incumplimiento del Interés Superior del Niño, en los expedientes del Cuarto Juzgado de Familia de Lima Norte, período 2015-2016.

7.6. Justificación

7.6.1. Justificación Teórica

Teniendo en cuenta que es innegable que la Familia es un hecho natural biológico y de trascendencia social, sin embargo no hay duda que se origina a raíz de los impulsos genésicos del hombre y se constituye a fin de satisfacer las necesidades materiales, espirituales y morales, por tanto viene a ser el primer contacto social para el ser humano desde su concepción, niñez, adolescencia, hasta alcanzar la etapa de adultez.

Asimismo debemos tener en cuenta que la familia como fenómeno natural tiene su base en la unión de 2 sexos y como institución jurídica encuentra su origen en el matrimonio que viene a ser la unión de un hombre y una mujer, reconocida y sancionada por el ordenamiento jurídico de cada país o nación, de acuerdo con los usos y costumbres de la colectividad y en este devenir se procrean hijos que en su fase de niños y adolescentes desde que fueron concebidos resulta siendo un imperativo brindarle la protección integral adecuada acorde con el interés superior del niño, a efectos de que logre el bienestar necesario por ser el futuro de cada nación.

Razones que justifican la importancia de la presente investigación dado de que en la praxis cuando se trata de resolver y ejecutar los problemas que atañen a los menores a través de los Juzgados Especializados de Familia, no siempre son resueltos como problemas humanos y es más delicado aun cuando no se cumple con aplicar, in stricto, el interés superior del menor, atentando de este modo contra la esencia de la familia y por ende con el bienestar de los mismos.

7.6.2. Justificación Metodológica

El presente trabajo de investigación trata de una tesis correlacional que corresponde al área de las Ciencias Sociales, teniendo en cuenta la relación directa que hay entre el derecho de tener una familia con el interés superior del niño. Los resultados del estudio contribuirán con la aplicación de un mejor criterio de parte de las Autoridades Administrativas, de los Magistrados y de las instituciones públicas y privadas que deben resolver problemas que conciernen a los intereses de la familia como célula fundamental de la sociedad y a los intereses del niño y adolescente.

7.6.3. Justificación Práctica

El desarrollo y resultados de la investigación que estamos proponiendo esperamos contribuyan en beneficio del fortalecimiento de los principios y valores que sustentan el derecho a tener una familia en la sociedad, así como a promover y difundir la primacía del interés superior del menor cuando se trata de procesos administrativos y judiciales relacionados con los niños y adolescentes, por tratarse de problemas humanos y del logro del bienestar general del ser humano en los primeros años de su vida como concebido, niño y adolescente.

7.7. Delimitación de la Investigación

7.7.1. Delimitación Temporal

Período 2015-2016

7.7.2. Delimitación Espacial

La investigación se ha realizado en el 4to. Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

7.7.3. Delimitación Social

La Familia como célula fundamental de la sociedad cumple un rol social que va a trascender en la aplicación y consolidación de la doctrina jurídica especializada acerca del interés superior del niño, que van desde la denuncia de su intermediación y consecuente inutilidad práctica, pasando por los que afirman el peligro de su uso abusivo y por aquellos que identifican la primacía que tiene este principio basado en derechos reconocidos para que los seres humanos en su etapa de niño y adolescente, que se inicia desde la gestación hasta alcanzar la mayoría de edad, logren no sólo el respeto a sus derechos fundamentales que garanticen su desarrollo integral sino que además, mañana o más tarde, la sociedad en general cuente con ciudadanos conocedores de sus deberes y derechos con valores adquiridos a través del seno de una familia.

8. MARCO TEÓRICO

8.1. Antecedentes de la Investigación

Internacionales:

- **TESIS: "ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE FAMILIA"**

Autora: María Inés Ortiz Castro

Fecha: Bogotá, Abril 2005

Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídica Carrera de Derecho.

Resumen:

Existe prevalencia del derecho de los menores sobre los otros derechos. La noción de autoridad paterna es de carácter jurisprudencial y doctrinaria, la Corte Constitucional en sus pronunciamientos ha venido tratando el tema de los menores. La Constitución Colombiana reconoció expresamente a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, aspecto que desde siglos atrás seguirá siendo el producto de la decisión libre y responsable de un hombre y una mujer de unirse (Sentencia del Tribunal 500/93) que se refieren a su vez al tema de visitas y al derecho del menor a tener una familia, consagrada en el Art. 44 (Constitución Política de Colombia) como derecho fundamental de los niños, el derecho a tener una familia, a no ser separado de ella y por sobre todo, al cuidado y al amor que se les debe deparar. Al tiempo que impuso el deber de velar y respetar esos derechos, a la familia, en primer término y subsidiariamente, a la sociedad y al Estado.

Objetivo

Otorgar al menor la asistencia, ayuda y orientación necesarias para que logre un desarrollo armónico e integral, sobre la Familia recae la obligación de hacer todo lo que esté a su alcance para que dicho fin se cumpla. Es decir los padres son los primeros responsables del normal desarrollo del menor y a ellos corresponde cumplir con los fines impuestos a la Familia por la Constitución Política.

Problema General

La Corte Constitucional de Colombia ha dicho lo siguiente: La Sala considera que los padres por el hecho de serlo asumen frente a sus hijos una serie de derechos y obligaciones, los cuales se derivan de la llamada autoridad paterna y de la patria potestad. Estos derechos deben ejercerlos conjuntamente los padres y a falta de uno de ellos le corresponderá al otro. Excepcionalmente los derechos que conforman la autoridad paterna pueden ser ejercidos por un pariente o por un tercero, según la circunstancia del caso y con ciertos límites, que en la praxis no se cumple en muchos casos.

Instrumento de Recolección de Datos

Análisis Documental de Sentencias de la Corte Constitucional: Sentencia T-509/92, sobre Tenencia legal de menor; Sentencia T.581, sobre Tutela para recuperar custodia de hijo menor de edad.

Conclusiones

La Corte se ha pronunciado sólo en una oportunidad sobre el tema afirmando como ratio decidendi que, cuando el cuidado y la custodia personal de un menor no puedan ser ejercidos por alguno de los padres le corresponde a la Ley determinar quién los tendrá, por lo cual es improcedente que uno de los padres los determine a su arbitrio. Lo anterior nos lleva a concluir que, en cuanto a éste tema la Corte Constitucional no

ha estructurado una línea de decisión con uniformidad de criterio al caso concreto.

- **TESIS “LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO DE MANUTENCIÓN PREVISTO EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE VENEZUELA”** Autor: Gabriel José Melamed Kopp

Fecha: Junio 2010.

Universidad Católica “Andrés Bello”- Dirección General de los Estudios de PostGrado-Área de Derecho.

Resumen: Con la presente investigación se pretendió analizar la carga del procedimiento especial de manutención prevista en la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, concerniente con la carga de la prueba. El proceso de investigación se basó en el tipo documental, fundamentado estrictamente en la metodología de nivel descriptiva con apoyo bibliográfico y documental, utilizando técnicas de análisis de una matriz de contenido, la formación de categorías, la síntesis, la deducción y la inducción. La recopilación y valoración de los medios de prueba del Código de Procedimiento Civil de Venezuela es novedoso por lo que no existen suficientes trabajos bibliográficos sobre el tema, por lo que el presente trabajo servirá como material de lectura para los operadores de justicia y estudiantes de derecho quienes podrán conocer el trato que a los medios de prueba le han dado autores nacionales y extranjeros. Por último con el material producido de esta investigación se aportó de manera clara, sistematizada y actualizada, aspectos generales, conceptuales y prácticos sobre la carga de la prueba en el procedimiento especial de manutención previsto en la Ley Orgánica para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Objetivo

El objeto es garantizarles a los niños, niñas y adolescentes en todo el territorio nacional, el ejercicio y disfrute de sus derechos y garantías a través de la protección integral del Estado, la sociedad y la Familia.

Desarrollar en forma breve aspectos sustanciales de la carga de la prueba contenidas en el procedimiento de alimentos y guarda contenidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente con base en los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela la cual debe ejercitar el Juez Especializado con su potestad de condenar o absolver con valor definitivo.

Problema General

Valoración de la carga de la prueba en el procedimiento especial de manutención previsto en la Ley Orgánica para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes en Venezuela.

Instrumento de recolección de datos

Se usó el análisis documental de las normas para establecer todo lo preceptuado en materia de obligación de manutención, su finalidad, principios rectores, presupuestos legales y procedimentales y jurisprudencia.

Conclusiones.

De toda la conclusión general precedente emerge claramente que la familia como institución tiene una protección constitucional susceptible de ser defendida mediante la acción de amparo constitucional. Aun cuando a la familia como tal no se le ha reconocido personalidad jurídica en nuestra legislación, sus miembros pueden accionar en amparo para defender

derechos constitucionales ciertamente consagrados en interés de la institución familiar.

En este sentido, la obligación de la manutención es un efecto de la filiación legal o judicialmente establecida que corresponde al padre y a la madre respecto a sus hijos que no hayan alcanzado la mayoría y en consecuencia, los padres deben cumplir con la obligación de la manutención. Que tiene su base constitucional que consagra que el padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistirlos cuando aquél o aquella no pueden hacerlo por sí mismos o por sí mismas y en tal sentido, la ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.

- TESIS DOCTORAL "EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: TÉCNICAS DE REDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ABUSIVA"

Autor: Farith Simón Campaña

Fecha: Junio 2013.

Universidad de Salamanca-España

Resumen:

La importancia del interés superior del niño, o del menor es indiscutible, ocupa un lugar central en la legislación, jurisprudencia y la doctrina contemporánea referida al derecho de familia y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las normas que regulan su estatus jurídico, protección y relaciones de familia lo tratan de manera permanente. Es imposible estudiar estas materias en la actualidad sin examinarlo, es tan relevante que se ha llegado a afirmar que es un eje alrededor del cual deben girar todos los institutos. El acuerdo generalizado sobre su

importancia contrasta con las discrepancias manifiestas sobre su contenido, alcance y forma de aplicación.

Algunos autores (falta citar esos autores) consideran que la indeterminación es resultado de que el interés del menor es un principio del moderno Derecho de Familia y que no está formulado como una regla con una estructura típica con un supuesto y una consecuencia normativa.

El reconocimiento de su importancia, así como la preocupación por el posible uso abusivo e irracional del principio, ha dado origen a diferentes formas de regulación a nivel local en el intento de evitar que el mismo sea aplicado de una forma discrecional abusiva.

La discrecionalidad es la libertad de elección entre alternativas igualmente Justas. Se entiende que los jueces, en general las autoridades responsables de resolver un caso, tienen un margen de apreciación al interpretar el alcance de un concepto jurídico indeterminado como el del interés superior del niño.

Objetivo

Determinar la aplicación del principio del interés superior del niño a casos concretos por parte las de las autoridades competentes, para ello se establecen exigencias muy específicas de argumentación (justificación) jurídica. De acuerdo al estudio realizado toma una forma similar a la estructura del razonamiento judicial que se despliega cuando se efectúa el llamado test de proporcionalidad (aplicación del principio de proporcionalidad), que debería considerarse en un proceso adjudicativo de derechos.

Finalmente los esfuerzos hechos desde la doctrina jurídica para encontrar la mejor técnica (grupo de casos, tesis de la "única respuesta correcta", técnica de adecuación a los fines impuestos).

Problema General

Establecer criterios previos para valorar que se entiende en un caso concreto encarar los riesgos derivados de la indeterminación, esos criterios podían provenir del trabajo del legislador o de los jueces; sin embargo a medida que el trabajo avanzaba y se confrontaba con la experiencia de países que aplican esta técnica se hizo evidente que esto no era suficiente para disminuir los riesgos asociados a la discrecionalidad abusiva, que eran fundamentales las reglas de interpretación y las exigencias de motivación, como medios idóneos para disminuir los riesgos de la indeterminación del interés superior del niño.

Instrumento de recolección de datos

La experimentación a través de la Identificación de varias técnicas que podrían usarse para reducir la discrecionalidad abusiva, algunas ligadas a la actividad legislativa y/o técnica de regulación del principio, cláusula abierta; definiéndole o asociándolo al cumplimiento de ciertos fines como su bienestar, desarrollo integral o sus derechos; estableciendo criterios normativos para su determinación o, en menor medida, predeterminando normativas a las situaciones consideradas más favorables al interés del menor.

Otras se dirigen a la aplicación del principio a casos concretos por parte de las autoridades competentes, para ello se establecen exigencias muy específicas de argumentación –justificación- jurídica. De acuerdo al estudio realizado toma una forma similar a la estructura del razonamiento judicial.

Conclusiones.

El interés superior del niño, o del menor, ocupa un lugar de privilegio en la legislación, jurisprudencia y la doctrina contemporánea referida al Derecho de Familia y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Es imposible obviar su estudio en materia alguna que tenga relación con este

grupo de edad y sus relaciones de familia; no obstante esta importancia existen grandes discrepancias sobre el contenido concreto que presenta, su alcance y forma de aplicación a casos específicos. Se sostiene que esto se debe a su condición de concepto jurídico indeterminado y por tanto su formulación abierta.

Esfuerzos recientes proponen entender al Interés Superior del Niño en una dimensión triple: como derecho sustantivo, que le otorga al niño el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida como un principio jurídico interpretativo fundamental, a ser aplicado en aquellos casos en los que una disposición jurídica admite más de una interpretación, debiendo otorgarse preferencia a la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, teniendo los derechos contenidos en la Convención de los Derechos del Niño y sus protocolos adicionales el marco interpretativo; y, como una norma de procedimiento, que se concreta como garantía que se aplica siempre que deba adoptarse una decisión que afecte a un niño, un grupo concreto o genérico de niños o los niños en general.

Nacionales:

- TESIS “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL PERÚ”

Autora: Jimena Beatriz Aliaga Gamarra

Fecha: Junio 2013

Pontificia Universidad Católica del Perú –Facultad de Derecho.

Resumen: El Estado tiene el deber de asistir a los padres en su misión de criar y proveer a sus hijos cuando estos no estén en condiciones de hacerlo, así como también de velar por aquellos niños vulnerables por carecer de cuidado parental. Con este fin el Perú, como cualquier otro Estado, diseña una serie de programas y medidas destinadas a procurar el bienestar de los

niños y paliar las consecuencias de su desatención. Entre las medidas previstas por nuestro ordenamiento están el apoyo intrafamiliar, la colocación familiar y en familias sustitutas, la institucionalización y la adopción. Como se verá a lo largo de esta tesis, contrario a lo que es considerado más beneficioso para los niños y adolescentes, a la fecha la institucionalización sigue siendo la medida de protección más popular. La adopción internacional de niños y adolescentes es uno de los tipos de adopción que nuestro ordenamiento contempla y puede ser definida como la incorporación de un niño y/o adolescente de determinado país a una familia procedente de otro, con el fin de instaurar los vínculos de paternidad y filiación entre ellos. Es considerada una medida de protección destinada principalmente para los niños y adolescentes declarados judicialmente en abandono. Esta figura ha sufrido cambios importantes en lo que respecta a su foco de protección. Tradicionalmente, esta institución se concibió como un negocio jurídico eminentemente privado en el que preponderaba el interés de los adoptantes mientras que el interés del menor, a la vez que los intereses sociales, eran secundarios.

Objetivo

Determinar la importancia de la preparación y el asesoramiento de padres prospectivos y niños, esenciales para un buen resultado en las adopciones. Y que es necesario comunicar al menor sus orígenes con el fin de que el menor adoptado pueda construir su identidad de manera apropiada.

Establecer las medidas que deben tomarse para evitar una separación del menor de su familia. Se busca que el Estado se ocupe de proveer de una asistencia adecuada a la familia original y que luego de agotar todos los medios posibles recién se considere la posibilidad de una separación de los niños y adolescentes de sus padres.

Problema General

Plantear que en países en vías de desarrollo en los que los Estados a través de sus sistemas de bienestar no se encuentran en capacidad de brindar asistencia adecuada los niños y adolescentes sin cuidado parental.

Instrumento de recolección de datos

Se usó el análisis documental de las normas para establecer todo lo preceptuado en materia de obligación de manutención, su finalidad, principios rectores, presupuestos legales y procedimentales y jurisprudencia.

Conclusiones.

El Estado debe desarrollar un programa de apoyo generalizado a las familias que enfrentan crisis y requieren de asistencia con el fin de que no se vean en la necesidad de separarse de sus hijos, tras su internamiento en una institución o albergue.

La adopción es una institución tan antigua como la misma sociedad humana que ha gozado de una casi total universalidad a lo largo de los tiempos. Existen algunas excepciones como la cultura islámica en la que está prohibida la formación de lazos familiares artificiales. 2. Las motivaciones para la realización de adopciones han sufrido modificaciones a lo largo del tiempo. Antiguamente fue utilizada para evitar que un hombre sin hijos biológicos muriera sin dejar descendientes y en la actualidad esto ha evolucionado hasta ser considerada como una medida de protección para niños y adolescentes sin cuidado parental, promoviendo así sus intereses como prioritarios.

8.2. Bases Teóricas sobre el Derecho de Familia

El **DICCIONARIO ETIMOLÓGICO DE LA LENGUA LATINA (2003, p.42)**, precisa que la etimología tradicional de la palabra "Familia" vincula la voz "Famulus" que significa sirviente, esclavo o servidor y como la forma "Famel" y la palabra Familia a la raíz de Fames (hambre) de modo que el conjunto de los familiares no sólo incluía a los parientes sino también a los sirvientes de la casa del amo.

La voz latina familia parece de origen itálico y no indoeuropeo. Es de notar que el intenso uso en latín cristiano de la expresión famulus dei "servidor de Dios" con frecuencia se aplicaba a los sacerdotes.

Familia designa en Roma inicialmente el conjunto de los esclavos pertenecientes a una casa y por extensión se aplicaba a la casa misma con todas las personas libres o esclavas que en ella habitaban.

En consecuencia la etimología tradicional vincula la voz "famulus" como la forma "famel" y la palabra familia a la raíz de fames (hambre) de modo que el conjunto de los familiares, sean consanguíneos o sirvientes domésticos haría referencia aquellos que sacian su hambre en una misma casa o a los que un pater familias debe alimentar. Sea etimología popular o no parece que es lo que entendían los romanos ante el término originario: conjunto de personas que se alimentan juntas en una casa.

POKORNY (1998, p. 51-53), famulus, famelo, familia podrían venir de la raíz indoeuropea "dhe-mon (poner, la misma que nos dio la palabra hacer y fácil) Estaría relacionada con el sánscrito dhaman (doméstico, de la casa).

Hoy en día, a juzgar por el uso cotidiano "familia" es una noción que describe la organización más general pero a la vez más importante del hombre. Dicho en otras palabras, la familia constituye un conjunto de

individuos unidos a partir de un parentesco. Estos lazos, dicen los expertos, pueden tener dos raíces: Una vinculada a la afinidad surgida a partir del desarrollo de un vínculo reconocido a nivel social (como sucede con el matrimonio o una adopción) y de consanguinidad (como ocurre por ejemplo con la filiación entre una pareja y sus descendientes directos).

Es innegable que la familia es un hecho natural, biológico y de trascendencia social, no hay duda que se origina a raíz de los impulsos genésicos del hombre y se constituye a fin de satisfacer las necesidades materiales, espirituales y morales.

La Familia como fenómeno natural tiene su base en la unión de los sexos y como institución jurídica encuentra su origen en el matrimonio que viene a ser la unión de un hombre y una mujer, reconocida y sancionada por el ordenamiento jurídico de cada país o nación de acuerdo con los usos y costumbres de la colectividad.

La Familia de modo general viene ser la reunión o asociación natural y espontánea de las personas que unidas por intereses comunes, cumplen los fines materiales y espirituales que les impone la vida.

La Familia es la primera célula de la sociedad, es expresión de la sociabilidad humana, tiene y ha tenido existencia universal y ha tenido notable influencia sobre la vida entera de la sociedad, por lo que hoy como en todas las épocas los cambios que experimenta trascienden en la vida de la sociedad.

Cabe resaltar que en una Familia existen diversos grados de parentesco, razón por la cual no todos sus integrantes mantienen el mismo tipo de relación o cercanía. La denominada "familia nuclear" o círculo familiar" solo incluye a la madre, al padre y a los hijos en común. La "familia extensa" por su parte tiene un alcance mayor ya que reconoce como parte del clan a los abuelos por parte de ambos progenitores, así como también a los tíos, a

los primos y demás parientes. También puede darse el caso de “la familia compuesta” la cual se caracteriza por estar formada no sólo por padres e hijos sino también por personas que poseen vínculos consanguíneos con sólo uno de los miembros de la pareja que ha originado esa nueva familia. “Las familias monoparentales” son aquéllas que están formadas por un padre o madre y por sus respectivos hijos. La viudez o la soltería son algunas de las razones que dan lugar a este tipo de familia. Las “familias ensambladas” son las que surgen como consecuencia de dos familias monoparentales que se unen a raíz del establecimiento de una relación de tipo sentimental de los progenitores. Las “familias homoparentales” son las que se componen de una pareja homosexual ya sea de gays o de lesbianas y de sus respectivos hijos.

En palabras del antropólogo francés **LEVI-STRAUS (1975, p.73)**, es el matrimonio la institución que da origen a la Familia, una organización donde hay esposo, una mujer en rol de esposa y niños nacidos de esa relación. Este clan vinculado por razones legales, económicas y religiosas, está condicionado por múltiples prohibiciones y permisos de índole sexual y unida por sentimientos de carácter psicológico como son el amor, el afecto y el respeto.

8.2.1. Concepto Jurídico de Familia

Según el artículo 5 de nuestra **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (1993, P.23)**, la Familia es “una sociedad natural e institución fundamental de la nación”.

La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad que como Constitucionalmente se establece requiere de protección al igual que sus integrantes, esto en atención y provecho de los individuos que la conforman, cumpliendo así con la función social que le corresponde.

Desde el punto de vista de la Doctrina el interés familiar debe entenderse como el medio de protección de los intereses y derechos de los miembros del núcleo familiar, sobre la base de que se cumpla con los fines familiares que son: La asistencia mutua, la solidaridad, la convivencia, la subsistencia, la reproducción, la filiación, los fines morales y de socialización, la relación afectiva, la educación, la unidad económica y la formación de un patrimonio.

Desde la óptica Social, la Familia suele definirse como la institución formada por personas unidas por vínculos de sangre y los relacionados con ellos en virtud e intereses económicos, religiosos o de ayuda. Si consideramos las tendencias actuales, ampliaríamos el concepto ya que dichas uniones no sólo se dan por vínculos de sangre, sino también de simple solidaridad, cuando cumplen con elementos de validez y existencia, como el que sea o se considere una unión estable, pública y voluntaria y que cumpla con la obligación de proteger a sus integrantes identificándolos en la comunidad donde se desarrollan e interactúan como un solo núcleo solidario.

Desde el punto de vista Jurídico en un sentido estricto la Familia es el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como por otras personas unidas a ellos por vínculos de sangre, matrimonio, concubinato o civiles, a los que el ordenamiento positivo les impone deberes y obligaciones.

En este orden de ideas se puede afirmar que la Familia está constituida por dos o más personas que comparten una vida material y afectiva, en la que se dividen las tareas y las obligaciones, por cuanto contribuye a la satisfacción de aquellas actividades que permiten sus subsistencia, desarrollo y calidad de vida integral, así como la convivencia solidaria de la ayuda mutua y el apoyo moral y afectivo dirigido a lograr y procurar el desarrollo personal e integral y por ende el bienestar general para todos los miembros del grupo familiar.

8.4. Glosario de Términos:

Familia.- Sociedad natural e institución fundamental de la nación.

Interés Superior del Niño. -Conjunto de acciones y procesos que tienden a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente para alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños.

Bienestar del Menor. -Es el fin del principio del interés superior del niño tiene por objetivo la promoción y garantía del bienestar de todos los niños, según varios aspectos:

- **El bienestar físico:** asegurar la buena salud y el buen desarrollo del niño (salud, alimentación, higiene, protección contra el maltrato y actividades perjudiciales para la salud física del niño, etc.).
- **El bienestar mental:** ofrecer al niño la posibilidad de desarrollarse intelectualmente (salud mental, alimentación, educación, protección contra el maltrato y actividades perjudiciales para la salud mental del niño, tiempo libre, etc.).
- **El bienestar social:** asegurar al niño la posibilidad de realizarse social y espiritualmente, entre otros aspectos (libertad de expresión, opinión, participación, pensamiento, consciencia, religión, tiempo libre, etc.).

Familia Matriarcal. - Primer tipo de familia en la sociedad la madre era el jefe de la familia y el punto de partida para fijar las relaciones familiares. Se caracterizó por el parentesco uterino, la poliandria y el parentesco materno o matrona.

Familia Patriarcal. - El padre era el jefe de la familia, determina la filiación, y trasmite la herencia, puede tener las mujeres que quiera y se da la práctica de la poligamia.

Familia Monogámico. - Se da dentro del concepto moderno de la Familia, basado en el matrimonio monogámico, un solo matrimonio, la familia individual basada en la fidelidad mutua, caso contrario se incurre en adulterio como causal de divorcio o disolución del vínculo matrimonial.

Convención de los Derechos del Niño. - Primer instrumento jurídico internacional que da fuerza de ley a los derechos de uno de los grupos más vulnerables de la sociedad: los niños.

Protección irregular del menor. - El niño es considerado como objeto del Derecho, no contaba con derechos individuales ni garantías procesales.

Protección integral del menor.- El niño es considerado como sujeto de derechos, con protección social y jurídica, el menor cuenta con derechos individuales y garantías procesales.

9. ANÁLISIS DEL PROBLEMA

9.1. Tipo de investigación

Aplicada porque tomamos de cimiento investigaciones de tipo básico con la finalidad de sustentar y enriquecer el carácter aplicativo, utilitario y práctico de nuestro trabajo. Damos inicio a partir de la necesidad de mejorar, optimizar o perfeccionar el funcionamiento de los sistemas, normas y procesos técnico-jurídicos vigentes, en concordancia con las necesidades de nuestra sociedad.

9.2. Nivel de la investigación

La investigación es de nivel descriptivo y correlacional. Descriptivo porque hemos recogido información de cada una de nuestras variables con la finalidad de describir los conceptos y las particularidades de los eventos, sucesos y fenómenos sociales y jurídicos que motivan nuestra investigación.

Es Correlacional porque buscamos conocer cómo puede comportarse un concepto o una variable proveyendo el comportamiento de otras variables correlacionadas con la finalidad de predecir el valor aproximado que tendrá un grupo de individuos o individuos en una variable, teniendo como base el valor que cuentan en las variables correlacionadas. En cuanto al análisis de datos de nuestra Tesis, es Mixta.

9.3. Diseño de la investigación.

Se ha empleado el Diseño de Tesis no experimental de tipo transeccional y correlacional. Es no Experimental porque no se ha manipulado deliberadamente las variables planteadas, sino que se han observado los fenómenos tal cual cómo se desarrollaron en su entorno natural.

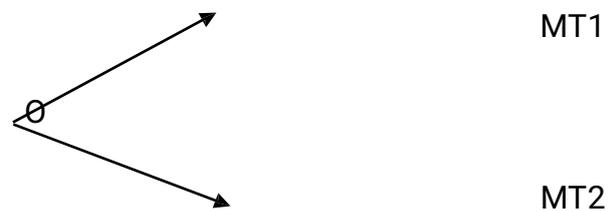
Es transeccional porque hemos aplicado nuestro instrumento (cuestionario) en un momento único, con la finalidad de recolectar datos

que nos permitieron describir las relaciones entre las variables planteadas, estableciendo correlaciones entre dichas variables.

Es correlacional porque hemos establecido el grado de correlación entre las variables planteadas.

Establecemos los siguientes diagramas

Diagrama Simbólico Transeccional:



O= Observación de las muestras. MT1= Tamaño de la Primera muestra. MT2= Tamaño de la Segunda muestra.

Diagrama Simbólico Correlacional:



M= Tamaño de la muestra.

O Vd

O Vi = Observación de la variable independiente.

O Vd = Observación de la variable dependiente.

9.4. Métodos:

9.4.1. Histórico. -Su elemento esencial es la causalidad y las consecuencias que de ella se derivan.

9.4.2. Comparativo. -Los resultados nos llevaron a encontrar la verdad.

9.4.3. Analógico. -Nos permitió analizar y describir las realidades investigadas.

9.4.4. Inferencial. -Permitieron realizar inducciones y deducciones en el análisis y síntesis de la investigación propuesta.

9.4.5. Hermenéutico. - Permitió el estudio de la coherencia interna de los textos, la Filología, la exégesis de textos y el estudio de la coherencia de las normas y principios.

9.4.6. Dialéctico. - Consideramos los fenómenos históricos y sociales en continuo movimiento.

9.4.7. Fenomenológico. -Se ha tenido en cuenta el conocimiento acumulativo y menos auto correctivo.

9.4.8. Sistémico. - Aplicado para modelar el objeto mediante la determinación de sus componentes, así como las relaciones entre ellos. Esas relaciones determinaron por un lado la estructura del objeto y por otro su dinámica.

9.4.9. Sintético. - Se relacionaron hechos aparentemente aislados y se formula una teoría que unifica los diversos elementos, consistente en la reunión racional de varios elementos dispersos en una nueva totalidad. El investigador sintetizó las superaciones en la imaginación para establecer una explicación tentativa que someterá a prueba.

9.4.10. Lógico. - Es otra gran rama del método científico, aunque es más clásica y de menor fiabilidad, su unión con el método empírico dio lugar al método hipotético deductivo, uno de los más fiables hoy en día para el trabajo de investigación que nos ocupa en la presente tesis.

9.5. Población:

Nuestra población está comprendida por:

- 1 Jueza de Familia del 4to. Juzgado de Familia de la Corte Superior del Cono Norte
- 1 Asistente de la Jueza de Familia
- 3 Especialistas Legales
- 1 Fiscal de Familia del Ministerio Público de la Corte Superior del Cono Norte
- 2 Fiscales Adjuntos de la Fiscalía de Familia
- 2 Asistentes de la Fiscalía de Familia del Cono Norte
- 90 Abogados Litigantes

Que totalizan: 100

3.6. Muestra:

Para tal efecto emplearemos la siguiente fórmula:

$$n = \frac{Z^2 pq N}{e(N-1) + Z^2 pq}$$

Donde:

- n= muestra.
- Z= nivel de confianza.
- p= probabilidad de éxito.
- q= probabilidad de fracaso. e= nivel de error.
- N= población

Para las Ciencias Sociales, aplicamos los siguientes valores:

Z: $95\% / 2 = 47.5\% / 100 = 0.475$. Según la Tabla de Áreas bajo la Curva Normal, tipificada de 0 a Z, hallaremos que su valor correspondiente al último resultado es de **1.96**.

p: $50\% / 100 = 0.5$ q: $50\% / 100 = 0.5$ e: $0.5\% / 100 = 0.05$

Reemplazando los valores de la siguiente fórmula:

$$\frac{Z^2 \cdot p \cdot q \cdot N}{n}$$

$$\frac{E^2 (N-1) + Z^2 \cdot p \cdot q}{n}$$

$$\frac{(1.96)^2 (0.5) (0.5) 100}{n}$$

$$\frac{0.05^2 (100-1) + (1.96)^2 (0.5) (0.5)}{n}$$

$$\frac{(0.9604) 100}{n}$$

$$0.0025 (99) + 3.8416 (0.25)$$

96.04

$n=$

1.2079

$n= 79.51$ personas

Redondeando: $n= 80$ personas

Este es el tamaño de la Muestra para la aplicación de las encuestas en el 4to. Juzgado de Familia de la Corte Superior de Lima Norte.

Magistrados y Abogados	Población	%	Muestra
Jueza de Familia	1	1.00	1
Asistente de Jueza de Familia	1	1.00	1
Especialistas legales	3	3.00	3
Fiscal de Familia	1	1.00	1
Fiscales Adjuntos	2	2.00	2
Asistentes Fiscalía de Familia	2	2.00	2
Abogados	90	90.00	70
Totales:	100	100.00	80

V_i

M

V_d

$M =$ Muestra 80 sujetos de estudio

$V_i =$ Derecho de Familia

$V_d =$ Interés Superior del Niño

9.7. Técnica

Se usara la técnica de la observación porque estoy participando en el

proceso de investigación desde el mismo lugar donde acontecen los hechos.

9.8. Instrumento

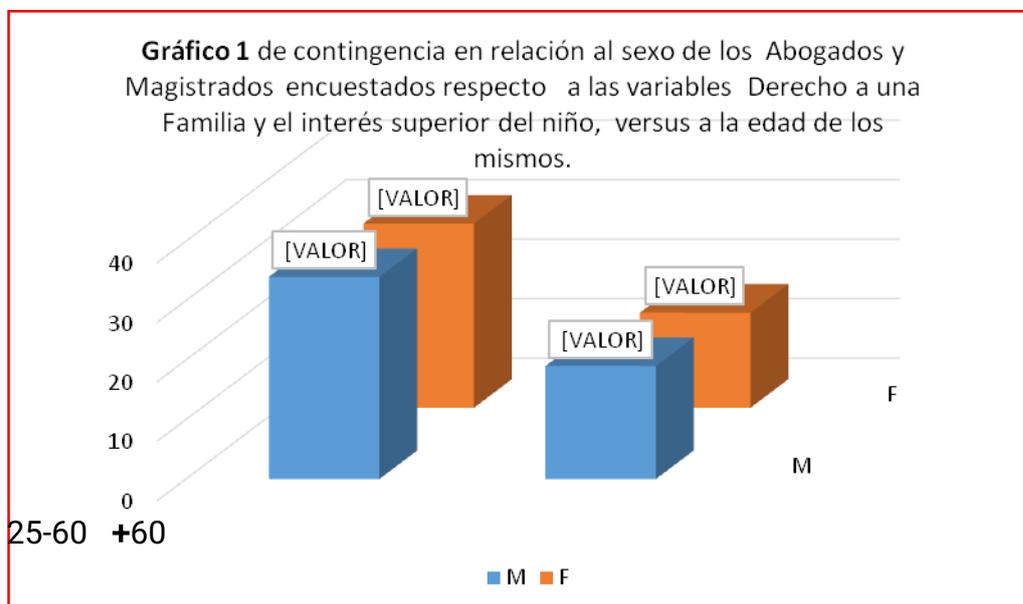
Se hará uso de una encuesta mediante la elaboración de un cuestionario para la recolección de datos en el proceso de investigación sobre las variables de estudio.

9.9. Análisis e interpretación de la Información

Tabla 1.a: Tabla de contingencia en relación al sexo de los Abogados y Magistrados encuestados, versus la edad de los mismos con respecto a las variables el Derecho de Familia y el Interés Superior del Niño.

A continuación la tabla de contingencia:

Sexo	Edad Abogados/Magistrados		Total
	25-60	+60	
M	34	19	53
F	31	16	47
Total	65	35	100



En la **Tabla 1.a.** observamos que 34 encuestados varones oscilan entre las edades de 25 a 60 años y sólo 19 de los 53 en total, tienen más de 60 años. Por otra parte, 31 encuestados mujeres oscilan entre las edades de 25 a 60 años y sólo 16 de las 47 en total, tienen más de 60 años. Esta distribución hace que la muestra sea adecuada para nuestra investigación.

Por otro lado, nos interesaba conocer el grado de conocimiento de los encuestados sobre el Derecho de Familia y la relación que hay con el Interés Superior del Niño, el cual será medido con certeza dado el ejercicio profesional de los encuestados quienes manifestaron tener la profesión de Abogado. Por la calidad del material humano al menos íbamos a encuestar a personas con formación en Derecho de Familia.

Tabla 1.b: Tabla de contingencia en relación al grado de conocimiento de los encuestados acerca del Derecho de Familia y sobre el Principio del Interés Superior del Niño, versus el ejercicio profesional de los mismos ya sea como Abogados litigantes o como Magistrados.

Leyenda:

Básico	B
Intermedio	I
Especialista	E

	EJERCICIO DE LA PROFESIÓN		Tabla 1
	Abogado	Magistrado/ Asistentes	

Grado de conocimiento sobre Derecho de Familia y	B	2	2	4
	I	50	2	52
sobre el interés Superior del Niño y Adolescente	E	38	6	44
	Total	90	10	100

En la **Tabla 1.b.**, observamos que 44 de los encuestados de los 100 tienen un nivel de conocimientos especializados sobre el Derecho de Familia y acerca del Interés Superior del Niño, de los cuales 90 son abogados y los demás ejercen la Magistratura y la Función Jurisdiccional. Esta distribución hace que la muestra sea adecuada para nuestra investigación.

Gráfico 2 de contingencia en relación al grado de conocimiento sobre Derecho de Familia y sobre el Interés Superior del Niño de los encuestados versus el ejercicio de la profesión de los mismos.

Magist...
Abogado

B

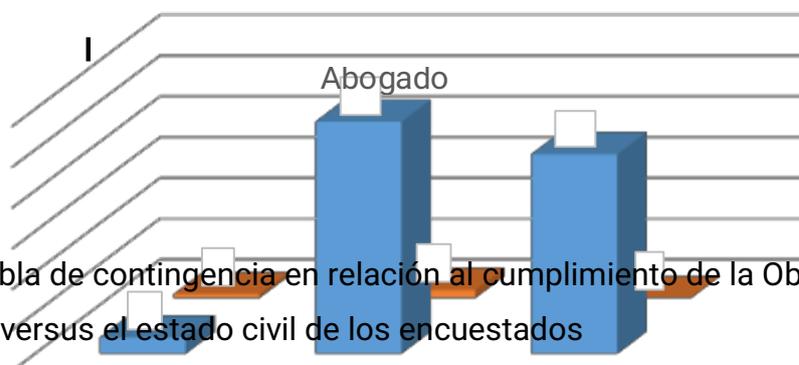


Tabla 1.c: Tabla de contingencia en relación al cumplimiento de la Obligación Alimentaria, versus el estado civil de los encuestados

Tiene hijos	Es casado (a)		Total
	Sí	No	
Sí	63	10	73
No	24	3	27
Total	87	13	100

En la **Tabla 1.c.**, observamos que 73 de los 100 Abogados y Magistrados encuestados afirmaron tener hijos de los cuales 10 no son casados mientras que 63 manifestaron ser casados. Esta distribución hace que la muestra sea adecuada para nuestra investigación.

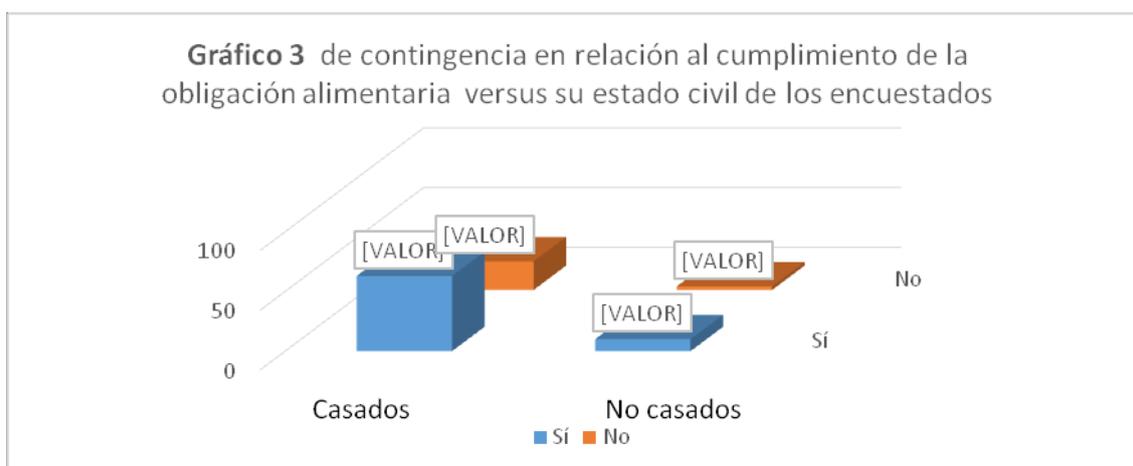


Tabla 1.d: Tabla de contingencia en relación a la protección del Patrimonio Familiar versus las demandas de disposición de bienes solicitadas o resueltas por los encuestados.

Demandas de Patrimonio Familiar del menor	Abogados / Magistrados		Total Sin resolver
	Demandas	Resueltas	
De Niños	100	40	60
De Adolescentes	100	60	40
Total	100	100	100

En la **Tabla1.d.**, observamos que de 100 demandas del patrimonio familiar de los Niños sólo fueron resueltas 40 y 60 sin resolver por no cumplir con los requisitos de admisibilidad para disponer de los bienes de los niños y de las demandas de adolescentes fueron resueltas 60 de las 100 demandas que sí cumplieron con los requisitos de admisibilidad para disponer de su patrimonio familiar. Esta distribución hace que la muestra sea adecuada para nuestra investigación.

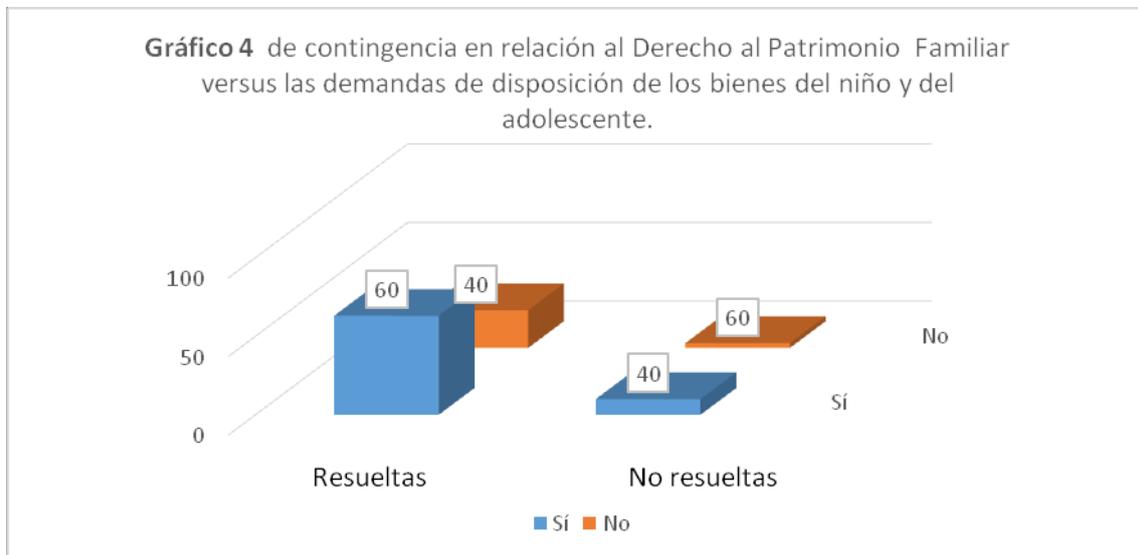
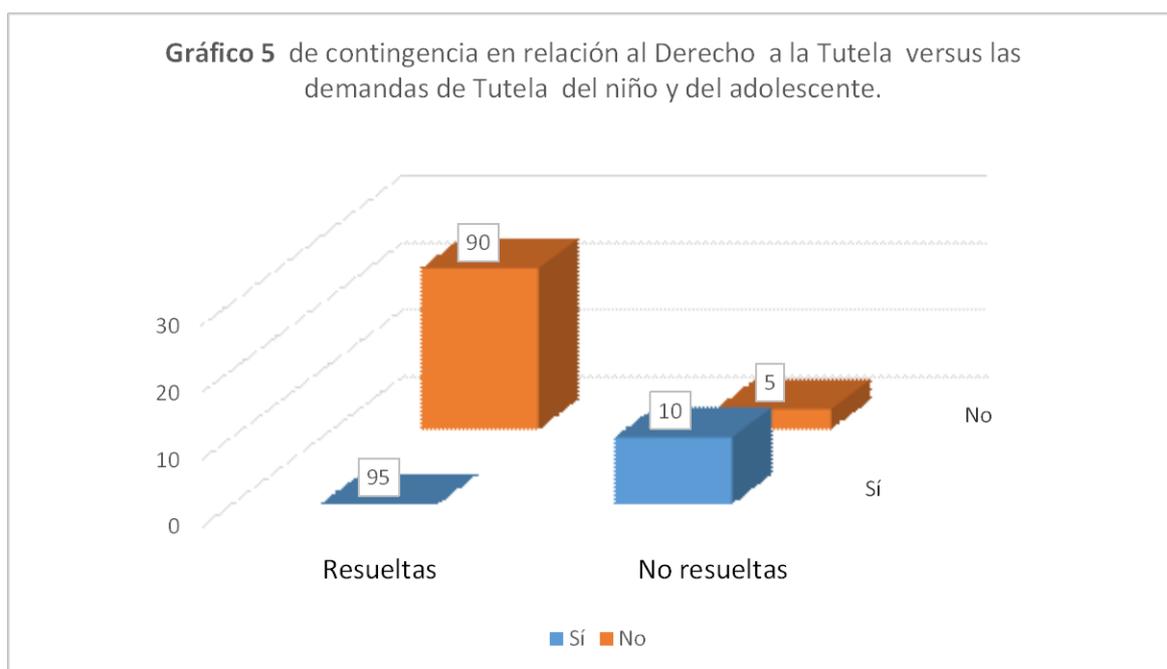


Tabla 1.e: Tabla de contingencia en relación a la designación de la Tutela versus las demandas del derecho a la tutela de los niños y adolescentes solicitadas o resueltas por los encuestados.

Demandas de designación de Tutela	Abogados / Magistrados		Total Sin resolver
	Demandas	Resueltas	
De Niños	100	90	10
De Adolescentes	100	95	5
Total	100	100	15

En la Tabla 1.e. Observamos que de 100 demandas del Derecho a la Tutela de los Niños fueron resueltas 90 y 10 sin resolver por no cumplir con los requisitos de admisibilidad para ser designados Tutores y de las demandas de adolescentes no se resolvieron 5 por no ajustarse a derecho y fueron resueltas 95 de las 100 demandas que sí cumplieron con los requisitos de procedencia para ser designados Tutores de los adolescentes.



Esta distribución hace que la muestra sea adecuada para nuestra investigación.

Tabla 1.f: Tabla de contingencia en relación a la designación de la Curatela versus las demandas del designación del Curador de los incapaces solicitadas o resueltas por los encuestados.

Demandas de designación de la Curatela	Abogados / Magistrados		Total Sin resolver
	Demandas	Resueltas	
De Incapaces	100	90	10
Total	100	100	10

En la **Tabla1.f.**, observamos que de 100 demandas de designación del Curador para incapaces fueron resueltas 90 y 10 sin resolver por no cumplir con los requisitos de admisibilidad para ser designado Curador de acuerdo a lo establecido por la norma sustantiva. Esta distribución hace que la muestra sea adecuada para nuestra investigación.

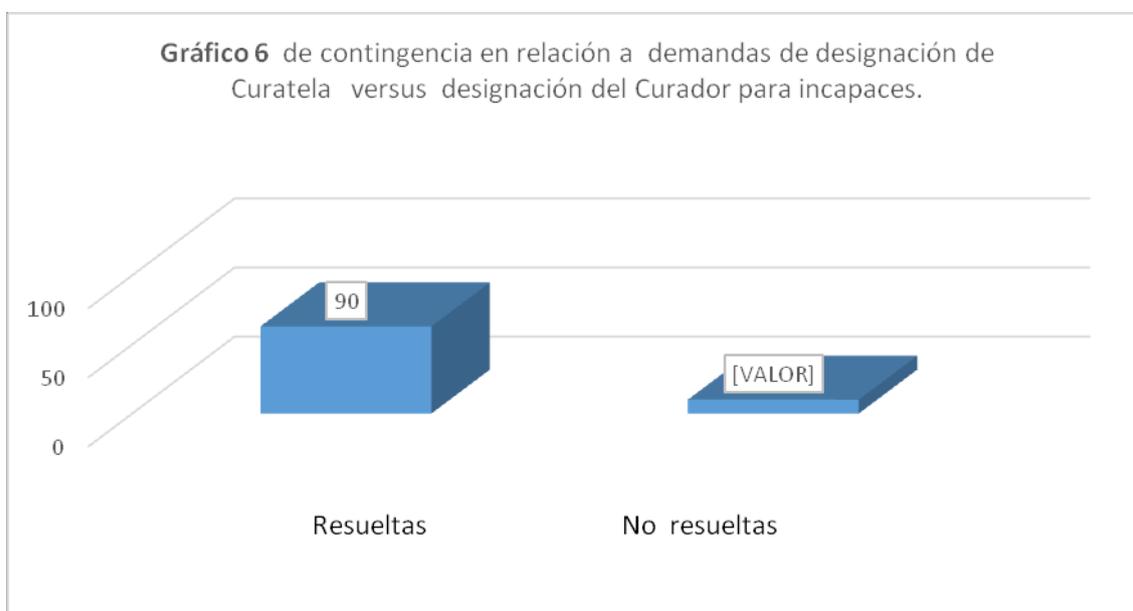
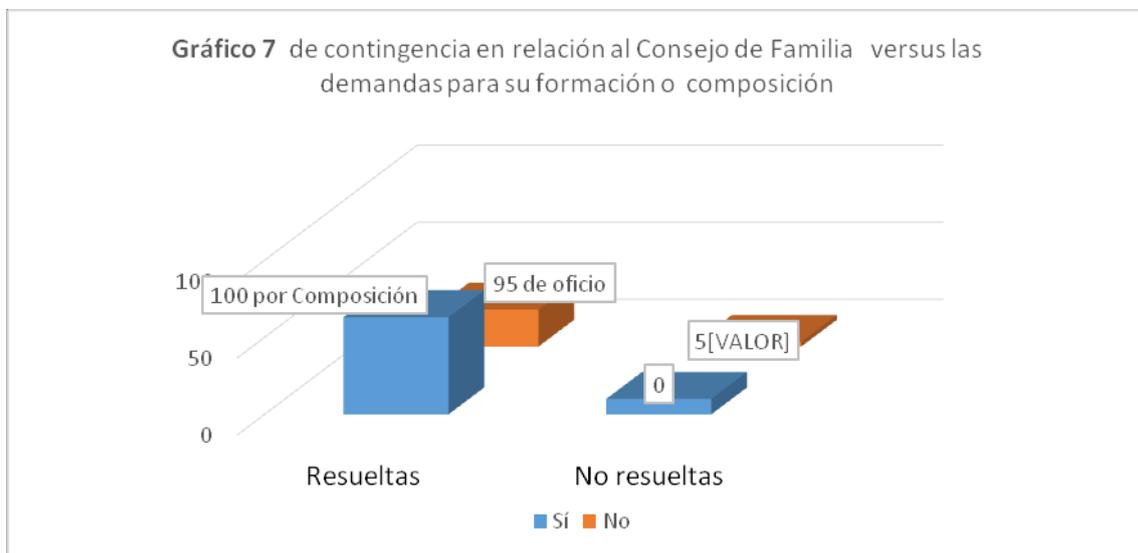


Tabla 1.g: Tabla de contingencia en relación a conformación del Consejo de Familia versus las demandas de designación solicitadas o resueltas por los encuestados.

Demandas de Consejo de Familia	Abogados / Magistrados		Total Sin resolver
	Demandas	Resueltas	

En la **Tabla1.g.**, observamos que de 100 demandas de formación y composición del Consejo de Familia del derecho a fueron resueltas 95 y 5 sin resolver por no cumplir con los requisitos de procedencia para conformar el Consejo de Familia a diferencia del Consejo de Familia por Testamento o Escritura Pública que fueron resueltas al 100% las demandas que sí cumplieron con los requisitos formales para integrar el Consejo de Familia. Esta distribución hace que la muestra sea adecuada para nuestra investigación.



10. CONCLUSIONES

PRIMERA: Ha quedado demostrado que pese a existir una relación directa entre el Derecho de Familia con el Interés Superior del Niño, sin embargo en la praxis procesal el tratamiento y resolución de los casos concretos que conciernen a los menores, en las instancias administrativas y Jurisdiccionales, no siempre se resuelve aplicando el principio del interés superior del niño, pese a que nuestro país es signatario de la Convención de los Derechos del Niño, con carácter vinculante, plasmado en nuestro Código del Niño y Adolescente, en pleno vigor.

SEGUNDA: Asimismo se ha probado que el cumplimiento de la Obligación Alimentaria tiene mayor incidencia en familias constituidas legalmente con el estado civil de casados que en aquellas en las que no tienen este compromiso legal, en perjuicio del interés superior del niño respecto a su derecho a los alimentos.

TERCERA: Respecto al Patrimonio Familiar de los niños y adolescentes en nuestro país los Jueces de Familia al resolver el caso concreto son muy estrictos en cuanto a los requisitos de admisibilidad y fundamentos de la pretensión para disponer de los bienes que corresponden al menor, habiendo más incidencia en la disposición de los bienes de los adolescentes por tener mayores necesidades que los niños.

CUARTA: De la misma forma se ha probado que las demandas de Tutela del Niño y del Adolescente son atendidas casi en su totalidad y aquellas que no fueron resueltas lamentablemente por razones del cumplimiento de formalismos, en alguna medida perjudica el interés superior del niño, privándose a esta minoría de contar con el amparo de una Familia.

QUINTA: Se ha comprobado también que el procedimiento del nombramiento del Curador para incapaces pasa por un riguroso proceso establecido por el Código Civil en el marco de las instituciones de amparo familiar, el mismo que una vez cumplido estrictamente, en una amplia mayoría son resueltas las demandas de esta naturaleza.

SEXTA: Por último, teniendo en cuenta que en la legislación civil vigente se precisa la importancia del nombramiento del Consejo de Familia para menores, ya sea de oficio, por testamento o por escritura pública, se ha comprobado que hay mayor incidencia y efectividad en los requerimientos para esta materia, los designados por Testamento o Escritura Pública siempre que se cumpla con las formalidades establecidas por la ley.

11. RECOMENDACIONES

PRIMERA: En este sentido se recomienda mayor difusión y enseñanza en los currículos de las instituciones educativas de nuestro país, en todos los niveles, sobre la relevancia de formar la familia y acerca de los derechos y deberes de los niños y adolescentes, reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño y otras normas legales en el ámbito nacional e internacional, como el Código del Niño y Adolescente del Perú.

SEGUNDA: Se recomienda que el Estado replantee las políticas de población y protección a la familia, a efectos de garantizar el cumplimiento de los obligados a prestar alimentos en todos los sectores de nuestra sociedad.

TERCERA: Se recomienda que en las instancias jurisdiccionales los Jueces y Fiscales sean capacitados permanentemente para que, en todos los casos de disposición del patrimonio del menor, se aplique obligatoriamente el principio del interés superior del niño de manera uniforme ya que el niño y adolescente, dependiendo de su edad y del caso concreto, deben ser atendidos de acuerdo a sus propias necesidades.

CUARTA: Nos remitimos a la recomendación del numeral anterior por tratarse de la prevalencia del interés superior del niño, respecto de la tutela.

QUINTA: Se recomienda que este tipo de procedimientos sea simplificado dada la naturaleza de la materia curatela.

SEXTA: Del mismo modo se recomienda la simplificación de los procedimientos para el Consejo de Familia, haciendo énfasis al respeto de los derechos de los niños y adolescentes de nuestro país.

12. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1) Aliaga Gamarra, Jimena Beatriz (2013, p.30-42). Tesis "El interés superior del niño y adolescente en la adopción internacional en el Perú". Lima-Perú. Biblioteca Facultad de Derecho. Universidad Católica del Perú
- 2) Alterini, Atilio Aníbal (1989, p. 15 y p. 82). Derecho Privado. Derechos Reales de Familia y Sucesorio. Tercera Edición actualizada. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot.
- 3) Baeza Concha, Gloria (2001, p.35). El Interés Superior del Niño de Rango Constitucional. Su Recepción en la Legislación Nacional y Aplicación de la Jurisprudencia. Chile.Revista Chilena de Derecho. Volumen 28. Nro. 2.
- 4) Cabrera Cueto, Yda Rosa (2016, p.3-4). Artículo sobre el Interés Superior del Niño. Lima-Perú. Para la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- 5) Campaña, Farith Simón (2000, p.28-37). Tesis Doctoral "El interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva". España. Biblioteca Universidad Salamanca.
- 6) Carta de los Derechos Humanos de la Unión Europea (2000 p. 35-47). España. Fondo Editorial de la Unión Europea.
- 7) Carrasco Díaz, S. (2013, p. 5-50). Metodología de la Investigación Científica. Lima-Perú. Editorial San Marcos.
- 8) Cillero Bruñol, Miguel (2010), "El interés Superior del Niño en el marco de la Convención. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf
- 9) Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. (2003, p.40-90).Lima-Perú. Editorial Gaceta Jurídica.
- 10) Código de los Niños y Adolescentes. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2014, p.12-24). Lima-Perú. Fondo Editorial del MIMPV. Novena Edición.

- 11) Código de Menores. Sistema Peruano de Información Jurídica. (2000 p.17-21). Lima-Perú. Fondo Editorial del MINJUS.
- 12) Código Penal de 1924. Sistema Peruano de Información Jurídica. (2000 p.41-47). Lima-Perú. Fondo Editorial del MINJUS.
- 13) Constitución Política 1993. (1994 p.8-25). Lima-Perú. Editorial Congreso de la República.
- 14) Cornejo, H. Derecho Familiar Peruano I. (1985, p. 15-30) Lima-Perú. Editorial Gaceta Jurídica.
- 15) Cornejo, H. (1984, p.26-34). Derecho Familiar Peruano II. Lima-Perú. Editorial. Gaceta Jurídica.
- 16) Convención de los Derechos del Niño. (2011 p. 16-30). Lima-Perú. Centro de Información de las Naciones Unidas.
- 17) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los derechos del Menor. (2005 p.31-35) San José de Costa Rica. Centro de Información de las Naciones Unidas.
- 18) De Pina Rafael (2010, p.13-16) Derecho Civil Mexicano, Tomo I http://brd.unid.edu.mx/recursos/La%20familia%20en%20derecho%20civil/Blogue%206/Lecturas/3_La_tutela_cautelar.pdf?603f00
- 19) Declaración y el Programa de Acción de Viena. Austria. (1993 p. 17-19) Lima-Perú. Centro de Información de las Naciones Unidas.
- 20) Chunga Chávez, Carmen (2009, p.15-25). Derecho del Niño y Adolescente. Cuadernos de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima- Perú. Fondo Editorial de la UIGV.
- 21) De Coulanges, Fustel. (1982 p.17-19). La ciudad antigua. España. Biblioteca Edad. Madrid.
- 22) Derecho Civil Mexicano. (1985 p. 32-36). México. Editorial Porrúa.
- 23) Diccionario Etimológico de la Lengua Latina. (2003, p.47). Madrid. Visor Libros.
- 24) Diez Ojeda, Augusto. (1999 p.82). Artículos sobre el Discurso Jurídico del interés superior del niño. Buenos Aires. Revista Jurídica B.A

