

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO MAESTRIA EN DERECHO DE FAMILIA

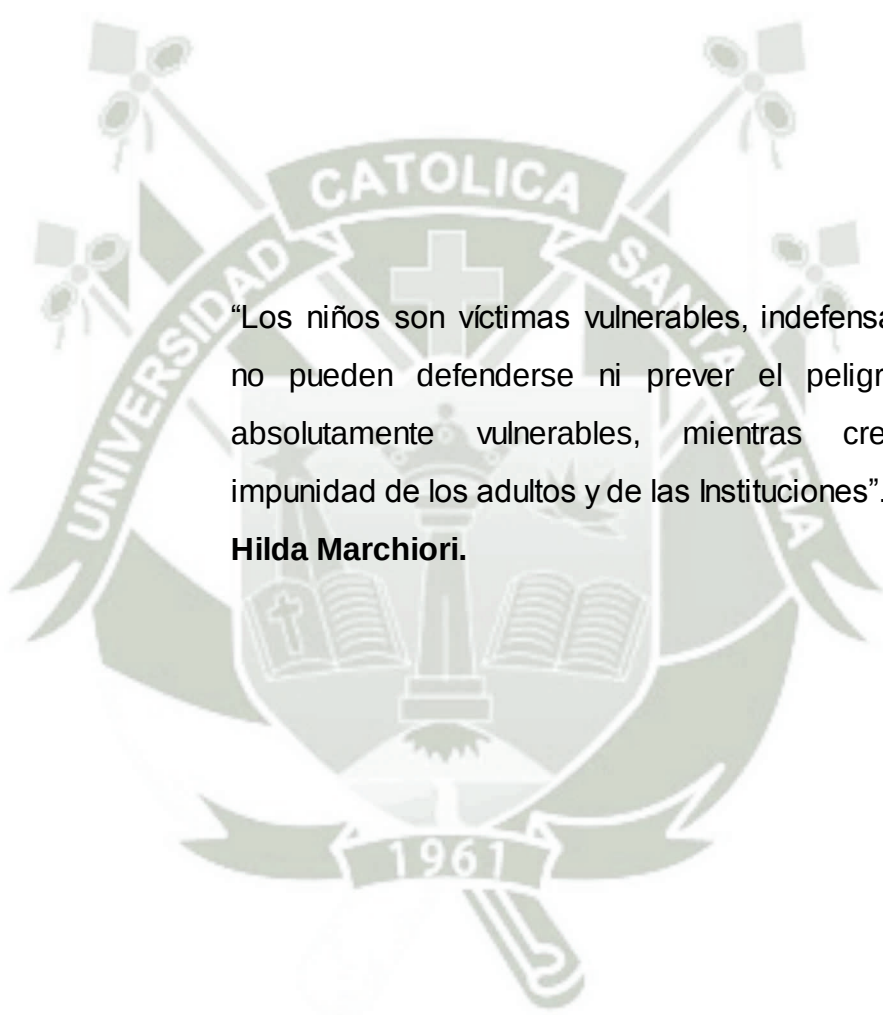


***“LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN
EL PROCESO TUTELAR DE ABANDONO POR LOS JUZGADOS DE FAMILIA
DE LA PROVINCIA DE PUNO, 2005.”***

Tesis presentada para optar el Grado
Académico de Magíster en Derecho, por la
Bachiller: **JUDITH MERCEDES CONTRERAS
VARGAS.**

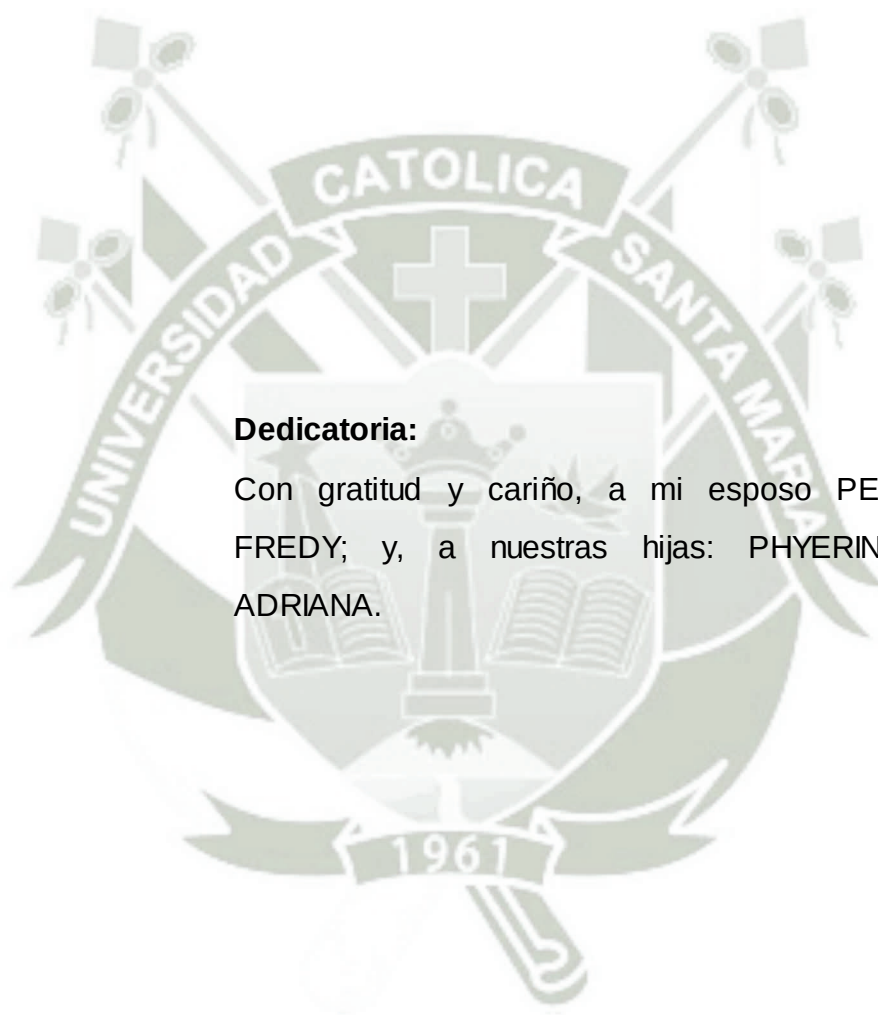
AREQUIPA - PERU

2006



“Los niños son víctimas vulnerables, indefensas, que no pueden defenderse ni prever el peligro, son absolutamente vulnerables, mientras crece la impunidad de los adultos y de las Instituciones”.

Hilda Marchiori.



Dedicatoria:

Con gratitud y cariño, a mi esposo PEDRO FREDY; y, a nuestras hijas: PHYERINA y ADRIANA.

INDICE

Resumen	08
Introducción	12

CAPÍTULO I ANÁLISIS DE RESULTADOS

TÍTULO I

EL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR Y SU PROTECCION JURIDICA

I. NOCIONES GENERALES

1.1 Definiciones	16
1.2 La visión del menor de edad.-	20
1.3 Doctrinas actuales referentes al niño y adolescentes.-	21
1.3.1 Doctrina de la Situación Irregular.-	21
1.3.2 Doctrina de la Protección Integral.-	23
1.4 Un cambio fundamental de Paradigma.-	23
1.5 Antecedentes del principio del interés superior del niño.-	25

II. PROTECCIÓN JURIDICA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR.

2.1 NORMAS INTERNACIONES.-

2.1.1 Antecedentes.	28
2.1.2 Declaración de Ginebra	29
2.1.3 Declaraciones de los Derechos Humanos	30

2.1.4	Declaraciones de Oportunidades del Niño	30
2.1.5	Declaración de los derechos del niño.	35
2.1.6	La Convención sobre los Derechos del Niño	37
2.1.7	La Convención de la Haya.-	42
2.2	LA IMPORTANCIA DE LA CONVENCIÓN, EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS DEL NIÑO.-	
2.2.1	Introducción	43
2.2.2	La Convención Internacional.	46
2.2.3	Los Derechos del Niño como DD HH.	48
2.3	EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN AMÉRICA LATINA	51
2.3.1	Bolivia	52
2.3.2	Brasil	52
2.3.3	Chile	52
2.3.4	Ecuador	52
2.3.5	Guatemala	53
2.3.6	Uruguay	53
2.3.7	Argentina	53
2.4	EL INTERÉS SUPERIOR EN LA LEGISLACION PERUANA.-	54
2.4.1	La Constitución Política del Perú.	54
2.4.2	El Código Civil.	54
2.4.3	Código de los Niños y Adolescentes.	54
2.4.4	Ley 26981.	56
2.5	FUNDAMENTOS, ALCANCES Y DERECHOS QUE EMANAN DEL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.	
2.5.1	El Interés Superior como "principio garantista"	57

2.5.2 El Interés Superior como satisfacción de derechos.	58
2.5.3 Función del Interés Superior del Niño.	62
a) Carácter interpretativo	62
b) Prioridad de las políticas públicas.	64
c) ¿Cómo aplicar el principio?.	65
d) El Interés Superior y relaciones parentales	66
e) Los Derechos del Niño y el Interés Superior.	67

TITULO II

ABANDONO DE NIÑO Y ADOLESCENTE

1. PROCESO DE ABANDONO.-

1.1. Concepto.-	70
1.2. Declaración Judicial de abandono.-	72
1.3. Causas	73
1.4. Inicio de la Investigación Tutelar.-	75
1.5. Informes y Diligencias.-	75
1.6. Declaración judicial del Estado de Abandono.	79
1.7. Medidas de Protección.-	79
1.8. El procedimiento tutelar administrativo	80

2. PRINCIPIOS DEL PROCESO TUTELAR

2.1. Principio de Celeridad Procesal.	88
2.2. Instancia Plural.	88
2.3. Principio de Plazo Razonable.-	89
2.4. El Debido Proceso como Garantía.-	90
2.5. Garantía del Juez Natural.-	90

3. DERECHOS DEL MENOR EN EL PROCESO TUTELAR.

3.1. Derecho de vivir con sus padres.-	91
3.2. Derecho a ser oído.-	94
3.3. La adopción. como medida de protección.	95

4. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS.-

4.1. Solución del Estado: El Encierro	97
4.2. La institucionalización del menor	98
4.3. Los daños individuales y sociales.	100

TITULO III

ANALISIS DE RESULTADOS DE INVESTIGACION EN LOS DOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS DE FAMILIA DE PUNO. 102

CONCLUSIONES	118
SUGERENCIAS	122
PROPUESTA	125
BIBLIOGRAFIA	127
ANEXOS	131
PROYECTO DE INVESTIGACION	132

RESUMEN

La presente tesis se centra en determinar los alcances del principio “interés superior del niño”, regulado en normas internacionales y el Código de los Niños y Adolescentes vigente, así como su correspondencia en el proceso tutelar sobre abandono de niños y adolescentes, a la luz del actual paradigma en materia de la infancia, la doctrina de la protección integral.

Nos induce a realizar la presente investigación, el hecho de que en la ciudad de Puno, los niños y adolescentes que son objeto de un proceso tutelar por las causales que señala el artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes, muchos casos ocasionados por las propias personas que tienen a su cargo el cuidado, protección y responsabilidad, en su mayoría son objeto de albergamiento dentro de un hogar de menores, como medida de protección, a ello se suma que el proceso se dilata en demasía, no se cumplen con el debido proceso; es decir, el propio proceso y la decisión sobre la medida de protección que emite el órgano jurisdiccional, afecta no solo el normal desarrollo personal de cada uno de ellos, sino también no resulta siendo el más adecuado, puesto que se afecta el derecho de vivir en el seno de una familia. A ello se suma que no hay un límite de tiempo en el albergamiento, es así que en muchos de los casos, niñas, niños y adolescentes se encuentran viviendo en hogares por periodos que superan los dos años, con el consiguiente riesgo a quedar institucionalizados, consecuentemente, se afecta al principio del interés superior del niño.

El presente trabajo, se ha distribuido en un capítulo único y cuatro títulos, el primero, está constituido por las nociones generales, el segundo, el tratamiento legal, los fundamentos, alcances y derechos que emanan del principio superior del niño; el tercero, relacionado al abandono de niños y adolescentes; y el cuarto, el resultado de la investigación de campo llevado adelante en los dos Juzgados Especializados de Familia de la provincia de Puno.

La estructura diseñada permite responder a la interrogante inicialmente planteada ¿Se aplica el principio del interés superior en los procesos tutelares de abandono de niños y adolescentes por los Juzgados Especializados de Familia de la provincia de Puno, 2005?, de cuyo resultado se verificara el cumplimiento o no del respeto de los derechos humanos de los niños y adolescentes en la ciudad de Puno.

La autora.



ABSTRACT

The present thesis is centered in determining the reaches of the principle "The boy's superior interest", regulated in international norms and the code of the children and effective adolescents, as well as its correspondence in the guardian process on the children's abandonment and adolescents, by the light of the current paradigm as regards the childhood, the doctrine of the integral protection.

It induces us to carry out the present investigation, the fact that in the city of Puno, the children and adolescents that are object of a guardian process for the causal ones that it points out the article 248 of the Code of the children and adolescents, many cases caused by own people that are responsible for the care, protection and responsibility, in their majority they are object of housing inside a home of smaller, as protection measure, to it sinks it that the process expands in excess, they are not fulfilled the due process, that is to say, the own process and the decision on the protection measure that emits the jurisdictional organ, not affect alone the normal personal development of each one of it, but it is also it is not being the but appropriate, since the right is affected of living in the breast of a family. To it sinks it that there is not a limit of time in the housing, it is so in many of the cases, girls, children and adolescents are living in homes for periods that overcome the two years, with the rising risk to be institutionalized, as a consequence is affected at the principle of the boy's superior interest.

The present work, it has been distributed in an unique chapter and four titles, the first one is constituted by the general notions, the second one, the legal treatment, the foundations, reaches and rights that emanate of the boy's superior principle; the third one, related to the abandonment of children and adolescents; and the room, the result of the field investigation taken ahead in the Specialized Tribunals of Family of the County of Puno.

The designed structure allows to respond to the initially outlined query Is the principle of the superior interest applied in the children and adolescents by the Specialized Tribunals of Family of the County of Puno, 2005?,
Of whose result the execution will be verified or not of the respect of the human rights of the children and adolescents in the city of Puno.

The author



INTRODUCCION

El Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Ley 27337, en el artículo IX del Título Preliminar, establece en relación al Principio del Interés Superior del Niño, que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente y el respeto a sus derechos.

Teniendo en cuenta que resulta indispensable para todo operador jurídico establecer cuál es, cómo se determina el contenido y como debe interpretarse el principio del interés superior del niño, tanto mas que nuestro ordenamiento jurídico interno, no señala dichos aspectos, en contraposición de algunos sistemas jurídicos que si han señalado expresamente que debe entenderse por tal interés.

En ese entender, nos proponemos mediante el presente, precisar los alcances del término "interés superior del niño" y establecer su correspondencia en la investigación tutelar sobre Abandono de Niños y Adolescentes, a la luz del actual paradigma en materia de la infancia, la doctrina de la protección integral. El origen esta dado por la "Convención de los Derechos del Niño", así que, por una parte haremos referencia a los Pactos y Convenios Internacionales referidos a los derechos humanos como el origen de la norma con su correspondiente correlato en nuestro país en el Derecho Constitucional y como su consecuencia la aplicación en el Derecho de Familia, que es la materia que nos ocupa.

Los problemas que sobreviene se ve en la realidad cuando niñas, niños y/o adolescentes de ambos sexos, son objeto de investigación tutelar por presunto estado de abandono moral y material. Las consecuencias derivadas de la decisión

del órgano jurisdiccional, evidentemente les afecta no solo en su desarrollo personal, sino en su entorno social, es aquí donde se encuentra el problema, puesto que el tipo de investigación y tratamiento que estos menores reciben luego de emitirse la medida de protección en muchos casos no resulta siendo el mas adecuado, no solo por parte de las autoridades competentes sino propiamente en la ley que tiene como finalidad de brindar protección y velar por que toda medida sea acorde **al interés superior del niño**.

Uno de los aspectos problemáticos del Estado de Abandono de un niño o adolescentes, es que el albergamiento en una institución por periodos prolongados, el mismo que trae consigo carencias afectivas; estado "fisiológico" de necesidad, de dependencia absoluta, se acentúa en relación con el rechazo inducido o activo de quienes le abandonan. Los establecimientos educativos pueden cubrir la necesidad de ser protegido del calor y del frío, de obtener la alimentación o de vivir en un ambiente higiénicamente adecuado para prevenir las enfermedades y de ser instruido; pero no están en grado de dar respuesta exhaustiva a las necesidades primarias de un sujeto en edad evolutiva, a saber: realizar de forma completa un proceso regular de identificación personal y de socialización.

Espero que el presente trabajo permita al contribución al conocimiento de estudiantes de derecho, magistrados y sirva además para incentivar el estudio en la materia.

LA AUTORA.

CAPITULO ÚNICO
ANÁLISIS DE RESULTADOS

TITULO I

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU PROTECCION JURÍDICA



TITULO I

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU PROTECCION JURÍDICA

Esquema de Contenidos

I. NOCIONES GENERALES.-

- 1.1 Definiciones.
- 1.2 La visión del menor de edad.
- 1.3 Doctrinas actuales referentes al Niño y Adolescentes.
- 1.4 Un cambio fundamental de Paradigma.
- 1.5. Antecedentes del principio del interés superior del niño.

II. PROTECCION JURIDICA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR.-

- 2.1 Normas Internaciones.
- 2.2 La importancia de la Convención.
- 2.3 El interés superior en legislaciones de América Latina
- 2.4 El interés superior en legislación peruana.
- 2.5 Fundamentos, alcances y derechos que emanan del principio del interés superior del niño.

I. NOCIONES GENERALES.-

1.1 Definiciones

Alex Plácido: “El interés del niño y adolescente se constituye en el argumento que permitirá resolver discrepancias entre quienes se encarguen de su cuidado, establecer cautelas o limitaciones tanto en los supuestos en que se mente en la ley esta expresión como en los demás; permitiendo fundamentar soluciones de equidad en aquellos supuestos difícil, cuando no imposible, encaje en otros preceptos legales. También puede y debe servir como elemento aglutinante de la actuación de los componentes del grupo a favor de los menores y para corregir conductas insolidarias hacia ellos y, en su caso, basar una indemnización”.¹

¹ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex, *Derecho de Familia*, Academia de la Magistratura, Lima, Agosto del 2000, pág. 29.

Bidart Campos enseña que cuando la Convención habla de una consideración primordial hacia el "interés superior del niño", "descubrimos en esta pauta una orientación que no es un simple consejo o una mera recomendación, sino una norma jurídica con fuerza normativa para tener aplicación en cuanto ámbito deba funcionar eficazmente: al legislar, al administrar, al juzgar y, a la vez, en el área de las relaciones entre particulares".²

Campoy Cervera: "Un primer acercamiento a la idea del interés superior del niño consistirá en entender como tal la consideración primordial que en todas las sociedades se le debe dar a la protección de sus niños" "La relevancia de este concepto radica en que siendo una constante en los instrumentos jurídicos su contenido se encuentran a su vez en continua renovación, en ser asimismo un concepto inabarcable y a la vez limitador del contenido de los demás derechos. Así si bien, a muy grandes rasgos, lo podríamos entender como la protección preferente de los intereses del menor cuando entren en conflicto con los de cualquier otro grupo, individuo u organización en la práctica habrá que estar siempre a la consideración de cuales son realmente los "intereses" de la infancia, y en qué casos, podrían prevalecer otros intereses. No constituye pues, su reconocimiento una garantía de que los derechos de los niños vayan a ser los finalmente prevalentes, pero el hecho de que se reconozca como espíritu inspirados de toda la Convención supone un definitivo paso delante que ninguna organización o persona podrá obviar; implicando una más adecuada interpretación de los preceptos de la Convención y la potenciación de una mayor y más eficaz protección de la infancia".³

Del Carpio Rodríguez: "Este principio es uno de los pilares de la doctrina de atención integral, que otorga prioridad social y compromete la acción preferente por

² BIDART-CAMPOS, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Autónoma de México, 1993.

³ CAMPOY CERVERA, Ignacio, *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Febrero de 1988 página 307.

parte de las autoridades del Estado a favor de los menores de edad. Asimismo dicho principio tiene su sustento en el respeto de la dignidad de la persona humana reconocida en los artículos 1 y 3 de la Constitución Política vigente.

Este principio es uno de los pilares de la doctrina de la protección integral del niño que reconoce al niño y al adolescente como sujeto de derechos y no como objeto de tutela “significa un nuevo paradigma en el tratamiento del niño, superando la vieja doctrina de la irregularidad social que centraba su atención en solo dos segmentos de la población infantil: menores de edad en situación de abandono y menores infractores a quienes denominaba “antisociales” vieja doctrina que inspiró por cerca de un siglo los códigos de menores de los diferentes países del mundo. De allí que el cambio de paradigma se dé en una doble perspectiva.

Que los destinatarios son todos quienes integran la población infantil sin discriminación alguna; y

Que la protección dispensada a niños y adolescentes es integral.”⁴

Ludeña Gonzales: “El Interés superior del niño, principio previsto en el C.N.A. con el propósito de guiar, encaminar todas las acciones sobre niños y adolescentes; implica preferir o anteponer los derechos y garantías del niño y adolescente, al momento de proponer la solución del problema frente a los derechos de la sociedad, los padres o las instituciones en que se encuentren.

Comprende a todos los aspectos que hacen posible para el niño o adolescente un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Su relevancia es sustancial y no procesal, pues no debe suponerse que tal interés autoriza a violar las normas del debido proceso.”⁵

⁴ DEL CARPIO RODRIGUEZ, Columba, *Derecho de los Niños y Adolescentes*, Impresiones Dongo, Arequipa, 2001, página 21.

⁵ LUDEÑA GONZALES, Gerardo, *Un debido proceso de adopción para nuestros niños y adolescentes*, G&S Editores, Primera Edición, Lima, mayo del 2000, página 150.

Ley 27337: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, Los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente y el respeto a sus derechos.”⁶

Grosman señala que "es un principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de la sociedad y momentos históricos, constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal "interés" en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso" luego explica que el mismo debe "constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño".

“Este principio tiene su origen en el derecho común, donde sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona; esencialmente el concepto significa que, cuando se presentan conflictos de este orden, como en el caso de la disolución de un matrimonio, por ejemplo, los intereses del niño priman sobre los de otras personas o instituciones. Interpretado así, este principio favorece la protección de los derechos del niño, y el lugar central que debe ocupar en la Convención constituye a nuestro criterio un valioso aporte a la ideología de los derechos del niño.”⁷

1.2 La visión del menor de edad.-

⁶ CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTE, LEY 27337, Título Preliminar, artículo IX.

⁷ ROJAS SARAPURA Walter, “*Código de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia*”, Editora “Fecal”, Lima, 2004, pág.16.

Hasta el siglo XVIII, el niño no recibía una atención particularizada. Estaba integrado por completo a la vida del adulto, de quien, prácticamente, no se lo distinguía; a tal punto que no existía una vestimenta propiamente infantil. Este panorama se presentaba, en especial, en la Edad Media, cuando se observa a los niños mezclados y confundidos con los adultos, y compartiendo sus trabajos, juegos y preocupaciones.⁸

La sociedad moderna cambia el lugar del niño. Tiene nacimiento todo un discurso sobre los hijos, y éstos se convierten en un tema absorbente. Surge pues la idea de una infancia protegida –el modelo del niño-rey-, que conduce al llamado “Angelismo”: el niño incorporado a un universo mágico, un mundo aparte, ad hoc, construido especialmente para él.⁹

A partir del siglo XIX, entonces, aparece un niño etéreo e incorpóreo, como si le recordara al adulto la pureza primitiva y el aspecto más noble de la condición humana. Como dice Freud, se atribuye a los pequeños todas las perfecciones y se niegan o se olvidan todos sus defectos. El valor entendido es que la vida ha de ser más fácil para el hijo que para sus padres, de modo que la enfermedad, la muerte, renuncia al placer y la limitación a la propia voluntad han de desaparecer para aquél: “his Majesty, the baby”.¹⁰

En definitiva – lo ratifica Diez Picazo-, aflora una cultura de ternura y preocupación por los niños; rige el lema de “tout pour l’enfant”, traducido en la regla del “interés superior del menor”, a cuya merced se sacrifica y cese el interés de los propios padres.¹¹

⁸ BERGOGLIO, María Inés, *La Familia: entre lo público y lo privado*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1986, página 103.

⁹ DOLTO, Françoise, *Los niños y su derecho a la verdad*, Ed. Atlántida, Bs.As., 1990, página 121.

¹⁰ FREUD, Sigmund, *Introducción al narcisismo*, en *Obras Completas*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid 1967, vol. 1, página 1091.

¹¹ DIEZ PICAZO, Luis, *Familia y Derecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, pag. 171.

1.3 Doctrinas actuales referentes al Niño y Adolescentes¹²

Actualmente existen 2 teorías o doctrinas referentes al menor: una es la denominada de la situación irregular y otra de la protección integral. Ambas doctrinas tienen un objetivo común y es de la protección integral del niño para lograr su pleno desarrollo y sus más claras potencialidades para convertirse en un sujeto que permita una contribución eficiente de una sociedad en democracia, libertad, justicia, igualdad.

1. 3.1. Doctrina de la Situación Irregular.-

Esta doctrina sustentada desde tiempos atrás con el surgimiento del llamado Derecho de Menores y avalada entre otros instrumentos internacionales por la Declaración de Ginebra de 1924, la declaración de los derechos del niño (1959) preconiza en primer lugar la protección no solamente del niño en situación irregular, sino también del menor que por razones de conformación fundamentalmente, de la familia en que conviene, se desvíe de la regla normal impuesta por la sociedad.

La doctrina de la situación irregular protege fundamentalmente al niño, para unos desde el mismo momento de la adopción (Perú). Para otros desde el mismo momento del nacimiento y cuando tiene figura humana (España). El niño es protegido pero como quiera que el niño no es un ser totalmente independiente desde el momento en que es concebido, también se dispensa protección a la madre en la etapa de embarazo, del parto y post parto, protegiéndose además el derecho de ser amamantado por su progenitora.

La protección también comprende a la familia a esa familia nuclear, formada por padres y por hijos.

¹² Jaime Ibañez Martel. jim124@latinmail.com

Protege al niño en edad pre – escolar, en edad escolar, en, establece un fuero especial cuyo objetivo fundamental es emitir las resoluciones teniendo en consideración el interés superior del niño. "Este interés superior del niño no solamente se refiere según esta doctrina, a la resolución judicial sino también a la administrativa de cualquier orden".

En cuanto a los hechos que atentan o agredan a la sociedad, los considera actos antisociales, anímicos, es decir con circunstancias de la vida del menor de edad inimputable, es decir sin responsabilidad penal, en consecuencia el Juez tiene la obligación de imponer medidas que traten de rehabilitar o readaptar o proteger al menor de edad que puede estar en situaciones tales como: abandono moral y/o material, en estado peligroso (antisociales) menores deficientes sensoriales y mentales, menores impedidos físicos, menores en crisis familiar.

Esta doctrina ha sido como también el término derecho de menores. Es explicable la posición que se adopte desde el punto de vista teórico, por que si tomamos como premisa que esta doctrina solamente quedó escrita en el papel y en la realidad no se cumple, tiene validez dicha recusación.

Es muy importante el análisis histórico como uno de los caminos más adecuados para llegar a una comprensión no ideológica de los problemas vinculados a la llamada cuestión penal y a su control social.

En la década de los 70 la existencia de gobiernos autoritarios en la región tuvo las consecuencias perversas de que muchos intelectuales no aceptaban realizar cambios en la esfera de lo jurídico. En la década de los 80 con el advenimiento de la democracia y persistencia de deficiencias y malestares sociales, ponen en evidencia la necesidad de cambio gradual en cuanto se refiere a los niños y adolescentes.

1. 3.2. Doctrina de la Protección Integral.-

Es aquella que considera al niño como sujeto de derechos, y consecuentemente ha de respetar los derechos humanos que tiene toda persona, los derechos específicos que corresponde a esas personas en desarrollo, le reconoce también las libertades está como sujeto en que se le debe reconocer imperativamente tales derechos. En materia penal se considera infractor penal al adolescente y transgresor penal al niño, para el primero habrán medidas socioeducativas, para el segundo medidas de protección pero ¿qué se protege?. Se protege en que el infractor penal ha de ser juzgado con las garantías que la ley señala.

No podrá ser procesado por un delito que no esté previamente tipificado en la ley penal es decir se sigue el principio "no hay pena sin delito" se le ha de reconocer el derecho de un debido proceso, el poder ser informado de su detención, el informársele a los padres al no estar, conjuntamente con adultos, etc. la doctrina de la protección integral se basa fundamentalmente en el interés superior del niño, considerado a este como sujeto de derechos.

1.4 Un cambio fundamental de Paradigma.⁻¹³

A raíz de los 70 y lo 80 surgen movimientos sociales que comienzan a percibir a la infancia como potencial sujeto de derechos. Se comienza a instalar en la conciencia jurídica y social una nueva manera de ver a la infancia. La convención Internacional de los Derechos del Niños constituye al mismo tiempo la evidencia y el motor de estas transformaciones.

Con el término de "Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia" se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter

¹³

GARCIA MENDEZ, Emilio, *La Convención Internacional de los Derechos de la Infancia*. En Atención y Tratamiento de Niños y Adolescentes. Radda Barnen. Lima 1997, página 35.

internacional que expresan un salto cualitativo en la consideración social de la infancia. Reconociendo como antecedente directo la “Declaración Universal de los Derechos del Niño”, esta doctrina aparece representada por cuatro instrumentos básicos:

- a)** La Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- b)** Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing).
- c)** Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de la Libertad.
- d)** Las directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de RIAD).

No caben dudas de que, a pesar de no ser el primero en término cronológicos, la Convención¹⁴ constituye el instrumento mas importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta normativa. Pero su importancia no sólo es de carácter jurídico, su mayor mérito radica en haber llamado la atención, tanto de movimientos sociales cuanto del sector que formula las políticas públicas, acerca de la importancia de la dimensión jurídica en la lucha por mejorar las condiciones de vida de la infancia.

Ha determinado una percepción radicalmente nueva de la infancia: del menor como objeto de la protección-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos. La convención constituye un instrumento jurídico para el conjunto del universo infancia, y no solo para el “menor” abandonado-delincuente como resultaba de la letra y más aún de la práctica de las legislaciones inspiradas en la doctrina de la situación irregular.

¹⁴ La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 20 de noviembre de 1989.

El Perú a través del Código de los Niños y Adolescentes, ha adoptado ésta doctrina.¹⁵

1.5 Antecedentes del Principio del Interés Superior.-

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado.

El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos.

Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres. En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres. Igual trayectoria se observa en el derecho francés. Esta segunda fase, tiene como característica principal que el Estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona británica o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el Tribunal -para un mayor bienestar de los niños-

¹⁵ Ley 27337, que aprueba el nuevo Código de los Niños y Adolescentes, publicado el 07 de agosto del 2000, título preliminar, art. IX.

podría alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio¹⁶. En consecuencia, se puede decir que los intereses de los niños (y de algún modo una incipiente semilla de derechos) pasan a ser parte de los asuntos públicos.

En América Latina esta evolución se deja ver también en el derecho de familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo¹⁷.

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido. Tanto en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior.

Una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia es que si bien, en un primer momento, se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.

Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de

¹⁶ ALSTON, Philippe , *Los Intereses más Buenos de El Niño: Reconciliándose la Cultura y Los Derechos humanos* , Universidad de Oxford, Prensa, 1994.

¹⁷ CILLERO, Miguel, *Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la infancia y Adolescencia en Chile* citado por Pilotti, Francisco, *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, págs. 75-138.

los órganos del Estado hacia la infancia¹⁸. Sólo con el proceso iniciado con la Convención en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado.

También, la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los "niños primero", hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer ¹⁹.

De este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto.

¹⁸ GARCIA MENDEZ, Emilio, *Derecho de la Infancia y la Adolescencia: de la Situación Irregular a la Protección Integral*, Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1997.

¹⁹ Artículo 5: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que **el interés de los hijos** constituirá la consideración primordial en todos los casos.
Artículo 16: Los Estados Partes adoptaran todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombre y mujeres: Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, **los intereses de los hijos** serán la consideración primordial. Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todo los casos, **los intereses de los hijos** serán la consideración primordial.

Cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

II. PROTECCION JURIDICA DEL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR

2.1 NORMAS INTERNACIONES.-

2.1.1. Antecedentes

A nivel histórico el niño siempre estuvo considerado dentro del derecho de familia siendo solo a principios de siglo que aparecen mencionados en forma específica. En el Derecho Internacional Público el primero que versa sobre la materia es la "Declaración de Ginebra" aprobada en 1924 por la Sociedad de las Naciones, en 1959 tenemos la "Declaración de los Derechos del Niño" de las Naciones Unidas, pero no fue sino hasta 1979 cuando se celebró el Año Internacional del Niño que la Comisión de Derecho Internacional inició el proceso de redacción de las normas de la Convención. El proceso duro 10 años y finalmente en 1989, la Asamblea General de la ONU aprobó el texto que hoy conocemos, la misma cuenta con un Preámbulo y 54 artículos que en los hechos significa la obligatoriedad de aplicar normas en el territorio de los Estados que la han ratificado, tal es el caso de nuestro país, incurriendo en responsabilidad internacional ante su violación teniendo en cuenta el trato que den a los niños, vale aclarar que el termino "niño" comprende a todo "ser humano" menor de 1 a 12 años y adolescente de 12 a 18 años de edad.²⁰

²⁰

Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337.

2.1.2. Declaración de Ginebra.

La primera declaración sistemática fue compuesta por la pedagoga Suiza Englantine Jebb, el 26 de setiembre de 1924, la Asamblea de las Naciones, la denominó "Declaración de Ginebra, la cual fue una respuesta de esperanza frente al holocausto que significó la primera guerra mundial, era una esperanza frente al holocausto que significó la Primera Guerra Mundial; esperanza que traducida en paz entre los hombres fue depositada precisamente en la Sociedad de las Naciones.

Cuando estalló la segunda guerra mundial en 1939 las declaraciones se convirtieron en un simple papel sin valor.

La declaración de Ginebra consta de 5 puntos. Ellos son los siguientes:

- ❖ El niño debe ser colocado en condiciones de desarrollarse de una manera normal, física y espiritualmente.
- ❖ El niño hambriento debe ser alimentado, el enfermo debe ser asistido, el retrasado debe ser estimulado, el extraviado debe ser conducido, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.
- ❖ El niño debe recibir el apoyo en época de calamidad.
- ❖ El niño debe ser dotado de medios con que ganarse la vida; debe ser protegido contra la explotación.
- ❖ El niño debe ser educado y sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio de sus hermanos.

2.1.3 Declaración de los Derechos Humanos.

El 1 de diciembre de 1948 fue proclamada por las naciones unidas, denominándola Declaración de los Derechos del Hombre siendo cambiado el Título

el 05 de febrero de 1952 a Declaración de los Derechos Humanos. Considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Consta de un preámbulo y 30 artículos.

2.1.4 Declaraciones de Oportunidades del Niño, formulada en WASHINGTON, 1942.-

LA VIDA DE FAMILIA

I.- OPORTUNIDADES: Para que cada niño pueda crecer rodeado de cariño y con la disciplina indulgente con la vida familiar. Con éste propósito en mente es necesario crear un ambiente de familia adecuado al desarrollo del niño, para lo cual es necesario adoptar las siguientes medidas:

Todos los niños deberán vivir en el seno de la familia cuyo nivel de vida sea adecuado y disfrute de una situación económica estable.

El Estado debe tomar las medidas necesarias para asegurar la estabilidad económica de la familia.

El Estado debe procurar que los niños que no tienen hogar, deban crecer en un ambiente adecuado.

Solo cuando no es posible cuidar a los niños en un ambiente familiar se le colocará en un asilo.

La indigencia de la madre no podrá ser motivo para separarla por completo de su hijo, y las instituciones de Beneficencia deberán proporcionarle un subsidio o pensión mientras se resuelva su situación económica.

II.- OPORTUNIDAD: Para que cada niño pueda obtener los alimentos esenciales de una vida sana y correcta: alimento nutritivo, recreo saludable suficiente descanso y pueda apreciar en lo que vale el desarrollo físico, emocional e intelectual, no sólo para su beneficio personal, sino también para los que le rodean.

Con este propósito en mente es necesario velar por la salud física y mental del niño desde su nacimiento hasta la edad en que pueda hacer su aportación a la Comunidad; para lo cual se requiere lo siguiente:

- ❖ Alimentación adecuada.
- ❖ Vigilancia regular, médica psicológica, y; asistencia médica adecuada durante las enfermedades.
- ❖ Recreación expertamente dirigida.
- ❖ Descanso suficiente y reparador.
- ❖ Orientación de la personalidad en todos sus aspectos y manifestaciones.
- ❖ Preparación para la vida colectiva.

EDUCACIÓN

III.- OPORTUNIDAD: Para que el niño pueda determinar cuáles son sus aptitudes especiales y pueda recibir la educación mental, física y espiritual durante los años que sean necesarios para desarrollarse plenamente.

Con éste propósito en mente es necesario proveer medios para la debida educación de los niños, de acuerdo con su edad y capacidad mental; lo que en particular debe comprender:

Orientación de las vocaciones del niño.

Organización apropiada de la educación intelectual, física, espiritual y cultural durante los años que sean necesarios para lograr la debida madurez y el pleno aprovechamiento de sus cualidades y aptitudes naturales.

PERSONALIDAD Y TRABAJO

IV.- OPORTUNIDAD: Para que cada niño aprenda a asumir responsabilidades y tenerlas en la vida de la colectividad.

Con este propósito en mente es necesario proveer oportunidades de trabajo en condiciones adecuadas a su edad y capacidad, empleándose medidas, tales como:

Enseñar al niño a dominarse en su vida de manera que pueda asumir la debida responsabilidad a cualquier edad.

Fomentar leyes sobre el trabajo, que fijen edad mínima para que puedan dedicarse a ocupaciones remuneradas, limitando el trabajo diario a seis horas como máximo y estableciendo un registro obligatorio de todos los empleados menores de 16 años.

HORAS LIBRES

V.- OPORTUNIDAD: Para que el niño pueda hacer uso de sus facultades creadoras durante parte de sus horas libres, para aprender y practicar lo que ajuste a

sus aptitudes y así dedicarse a las actividades de su elección, tanto individuales como sociales.

Con este propósito en mente es necesario proveer los medios para fomentar la recreación y el aprovechamiento de las horas libres.

CIUDADANIA

VI.- OPORTUNIDAD: Para que el niño se pueda incorporar a la vida de la colectividad.

Con este propósito en mente es necesario estimular la conciencia del Niño para que se de cuenta de su obligación de contribuir al progreso de la comunidad y prepararlo para las responsabilidades de la ciudadanía, y también para que aprenda desde la niñez que los derechos disfrutados en una democracia imponen el deber ineludible de gozar de estos privilegios sin miras egoístas o antisociales.

Y POR ULTIMO

VII.- OPORTUNIDAD: Para que el niño pueda tener parte en las actividades que conviertan las materias primas de la vida humana en creaciones de utilidad o de belleza como artista o artesano; como trabajador en el campo, en la mina, en el taller, en la fabrica; como miembro de las instituciones organizadas para el mejoramiento social, o como hombre de letras, hombre de ciencias o guía espiritual.

2.1.5 Declaración de los Derechos del Niño.

Tuvo como antecedente a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como la Declaración de Ginebra de 1924²¹. Su texto es el siguiente:

PRINCIPIO 1

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

PRINCIPIO 2

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.

PRINCIPIO 3

En niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

PRINCIPIO 4

El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño

²¹

Fue aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959.

tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

PRINCIPIO 5

El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

PRINCIPIO 6

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.

La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

PRINCIPIO 7

El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

PRINCIPIO 8

El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

PRINCIPIO 9

El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

PRINCIPIO 10

El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquiera otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad

universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

2.1.6 La Convención sobre los Derechos del Niño²²

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 03 de agosto de 1990, publicada en el Diario oficial "El Peruano" el 04 de agosto de 1990. En ella se recoge el principio del Interés Superior del Niño.

En el seno de la comunidad internacional se han producido diversas manifestaciones del principio del interés superior del niño. El producto mas elaborado de las mismas es sin duda alguna la Convención del las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, Convención de los Derechos del Niño. Los trabajos preparatorios de esta Convención comenzaron desde finales de la década de los sesenta, e implicaron todo un movimiento internacional en favor de la infancia. Este movimiento agrupó a naciones de los más diversos orígenes étnicos, religiosos, culturales y económicos entre otros, para concluir que la infancia es la prioridad, que los niños son sujetos de derecho y que es su interés superior el que debe guiar la actuación de la familia, la sociedad y el Estado.

La Constitución Política del Estado de 1993 en su artículo 55, señala que los tratados internacionales forman parte del nacional, sin embargo, la cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, para efectos de interpretación le ha dado "jerarquía constitucional" a la Convención de los Derechos de Niño, en lo

²² El 20 de noviembre de 1989, en su cuadragésima cuarta Asamblea de las Naciones Unidas se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño.

jurídico eso significa que todos los principios plasmados en los tratados, por tener el carácter de principios constitucionales integran el orden público peruano.²³

La Convención ha tenido una recepción favorable por parte de los países desde su origen, tanto es así que la firmaron 61 Estados con la ratificación de 20 países en 1990. En alusión a ello la Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada por la ONU reunida en Viena en 1993 ha expresado una suerte de directriz en los siguientes términos "... la efectiva aplicación de la Convención por los Estados Partes, mediante la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas o de otro tipo necesarias, y la asignación del máximo posible de recursos disponibles. La no discriminación y el **interés superior del niño**, deben ser considerados primordiales en todas las actividades que conciernen a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados".

La Convención de los Derechos del Niño consagra el interés superior del niño de la manera siguiente:

Artículo 1.- Definición del niño:

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo en virtud de la que la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 3: Interés superior del Niño:

En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades

²³

Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá sea el interés superior del niño.

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios e instalaciones responsables del cuidado o la protección de los niños se ajusten a las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número e idoneidad de su personal y supervisión competente.

A la consagración anterior debemos agregar el mandato que como norma vigente para nuestro sistema establece el Art. 2 de la Convención de los Derechos del Niño:

Art. 2: "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción (...)."

Artículo 9.- Separación de los padres:

Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los

procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Tal determinación puede ser necesaria en un caso particular, por ejemplo, en un caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él, y de dar a conocer sus opiniones.

Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o el fallecimiento (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona este encarcelado por el Estado) de uno de los padres o de ambos o bien del niño. El Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño.

Los Estados Partes se cerciorarán de que la presentación de tal petición no entrañe por si misma consecuencias desfavorables para el o los interesados.

Artículo 12.- Opinión del niño:

Los Estados Partes en la presente Convención garantizarán al niño que éste en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión

libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin. Se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo, procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de conformidad con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 18.- Responsabilidad de los padres:

Incumbir a los padres, o en su caso, a los tutores la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en esta Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los tutores para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de los niños a los que puedan acogerse.

Artículo 20.- Protección del Estado:

Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija no permanezca en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

Los Estados Partes asegurarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para esos niños.

Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en otra familia, la Kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, de prestar particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

2.1.7 La Convención de la Haya relativa a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional.-

Fue suscrita por el Estado Peruano el 16 de noviembre de 1994, aprobada por Resolución Legislativa N° 26474 el 09 de junio de 1995 y ratificada por el Poder Ejecutivo el 03 de setiembre de 1995. En ella una vez más se consagra el Interés Superior del niño y se recoge el principio de la Subsidiariedad de la Adopción Internacional.

2.2 LA IMPORTANCIA DE LA CONVENCIÓN, EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.-

2.2.1 Introducción

La aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño²⁴ es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX.

El análisis histórico-jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y, el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad²⁵, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona²⁶; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios - nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas.²⁷ Los niños gozan de una supraprotección o

²⁴ Aprobado la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989.

²⁵ Constitución Política del Estado, artículo 2 inciso 2.

²⁶ Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, aprobado el 20 noviembre de 1959

²⁷ Art. 41 de la Convención de los Derechos del Niño.

protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de "interés superior del niño".

Es en este contexto es necesario analizar la noción del "interés superior del niño", fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención.

Comúnmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico.

Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en "el interés superior" se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

Es por ello que resulta importante desarrollar una interpretación que supere estas objeciones, favoreciendo una concepción jurídica precisa de interés superior del niño que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental²⁸, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio "rector-guía" de ella.

De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el "interés superior del niño" deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención.

2.2.2. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: expresión de un consenso universal.

Durante el siglo XX la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos del niño es la aprobación de la Convención Internacional. En el ámbito internacional es posible destacar dos hitos fundamentales que le sirven

28

Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

como antecedente: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959. En el plano nacional se pueden encontrar numerosas iniciativas legales que, con mayor o menor eficacia, buscaron proteger a la infancia y promover sus derechos y bienestar.

Pese a las perspectivas culturales tan diversas y a la dificultad de la materia que aborda, la Convención es un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y masiva aceptación social.

Si bien el consenso como dice Lyotard²⁹ es siempre un horizonte a realizar, se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado, y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos.

La Convención supera, por decisión de los propios Estados, visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas relativos a sus derechos fundamentales. Esta es una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos, avance significativo de la humanidad en la segunda mitad del siglo veinte que también se hace extensivo a los niños a partir de la ratificación casi universal de la Convención.

Se ha señalado, sin embargo, que el proceso de redacción de las normas internacionales no puede considerarse como un ejemplo de formación de un

consenso universal, dada la diferente posición negociadora de los Estados. Esta objeción es particularmente débil en el ámbito de la infancia ya que no cabe duda de que los procesos de ratificación nacional unidos a la posibilidad de formular reservas específicas y a la existencia de una nueva legislación nacional que surge desarrollando los derechos de la Convención en diversos contextos culturales, demuestran que la debilidad de negociación de un Estado perteneciente a una cultura no dominante o minoritaria puede ser superada de diversos modos, y que el Estado que ratifica lo hace adhiriendo al consenso reflejado en las disposiciones de la Convención.

Al margen del argumento político sostenido en favor de la legitimidad de la pretensión de observancia para todos los Estados Parte de las reglas de la Convención independientemente de su diversidad cultural, también desde un punto puramente conceptual se llega a conclusiones similares.

El problema de la universalidad o relatividad de las reglas jurídicas según las distintas culturas ha dado origen a un rico debate que ha acompañado toda la trayectoria de la filosofía jurídica moderna. Esta polémica ha alcanzado también el ámbito de las relaciones sociales de la infancia y, en particular, a ciertas reglas relativas a la crianza, iniciación sexual u otras prácticas que según algunos autores parecieran ser especialmente significativas para defender una flexibilidad normativa atendiendo a las costumbres locales.

En este contexto han surgido argumentos que sostendrían que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en

determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.

En este sentido, si -como se desarrollará más adelante- la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, es posible afirmar que en aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo. El principio del "interés superior", entonces, no puede ser una vía para introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectar la expansión de la protección universal de los derechos humanos.

2.2.3 Los Derechos del Niño considerados como Derechos Humanos:

Durante el siglo XX, y particularmente en los últimos decenios en América Latina, los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación. Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad, y por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social³⁰.

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus

³⁰ Bidart-Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Autónoma de México, 1993.

derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

Uno de estos grupos es la infancia/adolescencia, el segmento de personas que tienen entre cero y dieciocho años incompletos, a las que se les denomina genéricamente niños³¹. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominársele como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño.

Pero la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia; también, es fuente de derechos propios de la infancia/adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos.

Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

América Latina es una región en la que existe un conjunto importante de derechos insatisfechos y de sujetos vulnerados en sus derechos. La pobreza en la

población infantil y la escasa posibilidad de participación de los niños en los asuntos de su interés, son un ejemplo de ello.

La Convención representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño con el Estado y las políticas sociales, y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños, y sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos.

La Convención, entonces, opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales.³²

En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños -incorporadas a aquél por medio de la

³¹ Artículo primero de la Convención de los Derechos del Niño.

³² ARTICULO 9 de la Convención de los Derechos del Niño.

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

ratificación de la Convención y por normas de fuente nacional cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños -como los derivados de la relación paterno/filial, o los derechos de participación-; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia.

El reconocimiento jurídico del "interés superior del niño" tendrá relación con estas dos últimas finalidades, en cuanto actuará como "principio" que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva, a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales.

2.3 EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LAS LEGISLACIONES DE AMÉRICA LATINA³³

En forma somera vamos a hacer referencia a las leyes que inspiradas en la Convención han dictado diferentes países en América Latina, lo cual no quiere decir que hayan variado las condiciones de la minoridad, solo las vamos a mencionar ya que su análisis excedería el marco de este trabajo:

2.3.1 BOLIVIA: Nuevo Código de Menores (18/12/92), guarda concordancia con la tesis de la Protección Integral.

³³ Estudio Guillermo Herrera, Pág. herrerafg@cpacf.org.ar

Adicionalmente, cuenta con un Plan Decenal de Acción para los niños y la mujer que busca hacer operable la estrategia social y así cumplir con las metas propuestas en la Cumbre Mundial a favor de la Infancia.

2.3.2 BRASIL: Estatuto del Niño y del Adolescente (13/07/90, Ley Federal 8069), asimismo ya existía la figura del ombudsman, a través del art. 129, inc. II de la Constitución de 1988, el mismo dice "velar por el efectivo respeto de los derechos y garantías legales asegurados a los niños y adolescentes, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales correspondientes" (ENA, art. 201, VIII).

2.3.3 CHILE: no hay un cuerpo legislativo que regule la materia y las leyes en general son dispersas. Las reformas han sido la "Ley de violencia intrafamiliar" y la "Ley de Maltrato Infantil" (agosto 1994), asimismo la "Ley de erradicación de menores de las cárceles" (octubre 1994).

En el nivel Municipal se contempla la atención de programas a favor de la niñez chilena.

En el nivel Central, el Ministerio de Planificación y cooperación (MIDEPLAN). Es el responsable del respeto de los derechos del niño y del cumplimiento del Plan Nacional de acciones a favor de la infancia. Viene funcionando el Instituto de la Juventud, cuyo titular tiene rango de Ministro.

2.3.4 ECUADOR: "Nuevo Código de Menores" (7/8/92). Fue el primer país latinoamericano en adoptar en su legislación a la Convención. Igualmente cuentan con la "Ley reformativa" (1994) a la ley orgánica de la función judicial y al Código de Menores a fin de modificar el Servicio Judicial de Menores hacia una función judicial propiamente dicha.

En el nivel local existen las Defensorías de la Niñez amparadas en el Código de Menores. Ellas efectúan actos de mediación, convocatoria y cuentan con equipos multidisciplinarios.

2.3.5 GUATEMALA: El grave deterioro de las condiciones de la niñez y de la familia dio lugar para la formulación del Plan de Acción de Desarrollo Social, Humano, infancia y juventud que tiene como principal al niño.

Desde 1990 existen las Defensorías de los derechos de la Niñez, la Unidad de Protección al Menor Trabajador, instituciones enmarcadas a la protección y promoción de los Derechos del Niño.

El Código del Niño y del Adolescente responde a la realidad socio-económica con la participación de la infancia.

En los 21 departamentos de la nación centroamericana, funcionan los llamados Comités por Derechos del Niño y del Adolescente.

2.3.6 URUGUAY: En 1993 se constituyó una Comisión en la Cámara de Diputados a fin de reformar el Código del Niño que rige desde 1934, en igual medida se ha dictado la Acordada 7236 del 29/7/94 para regular el proceso en la materia.

2.3.7. ARGENTINA: La República de Argentina ratificó la convención a través de la ley 23489 consagra la teoría de la Protección Integral. Esta aún vigente la ley 10,903 (1919) que cuño en un contexto estigmatizante la teoría del menor en situación irregular. De igual forma estableció la Fundación Tutelar del estado con el patronato de la Infancia y definió el Instituto de la Patria Potestad.

Mediante el Decreto Presidencial No. 1606-90, se creo el Consejo Nacional del Menor y la Familia y que tiene a su cargo lo referente y la Promoción y Protección Integral de Minoriedad y la Familia.

2.4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA LEGISLACION PERUANA.-

2.4.1 La Constitución Política del Perú.- Promulgada el 29 de diciembre de 1993 y que rige a partir del 1° de enero de 1994, establece en su artículo primero, que la: “Defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Con esta norma se coloca a la persona humana como máximo valor, y por encima de cualquier cosa. El dinero, el poder y otras cosas semejantes están por debajo y cada uno de los seres humanos vale más que ellas.

2.4.2 El Código Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 295 el 24 de julio de 1984 y que entró en vigencia desde el 14 de noviembre de 1984. Contiene algunas normas aplicables a la figura de la adopción tales como los apellidos que deben llevar los niños, niñas o adolescentes adoptados y la edad mínima de los adoptantes.

2.4.3 Nuevo Código de los Niños y Adolescentes,

El código de Menores de 1962 se convirtió en obsoleto y era de vigencia su derogatoria.

El código de los Niños y Adolescentes, aprobado en el Congreso el 21 de julio del 2000 mediante Ley N° 27337, promulgado el 2 de agosto del 2000 y publicado en el Diario oficial “El Peruano” el 7 de agosto del 2000. Siguiendo la línea de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Convención de la Haya y nuestro Código de los Niños y Adolescentes derogado, este nuevo cuerpo legal consagra una vez mas el Interés Superior del Niño y el principio de la Subsidiariedad de la Adopción Internacional, pero además establece la desjudicialización parcial de las investigaciones tutelares, transfiriendo al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social la competencia para la realización de todas las diligencias previas a la declaratoria de abandono de una niña, niño o adolescente.

El "Código de los Niños y Adolescentes", contempla innovaciones, las más importantes, se puede resumir en:

- ❖ Se enarbola el Principio del Interés superior del Niño.
- ❖ La Administración de Justicia Especializada.
- ❖ El Proceso único en materia civil.
- ❖ Eliminación de las medidas privativas de la libertad por razón de la situación de abandono del niño y del adolescente.
- ❖ Se regula el instituto de la Remisión.
- ❖ Reconocimiento expreso de derechos, libertades, deberes y garantías procesales al adolescente infractor o no infractor.
- ❖ MIMDES como gerente de promoción de la niñez y la adolescencia.
- ❖ Las Defensorías del Niño y Adolescente.
- ❖ El otorgamiento de capacidad procesal, y civil del adolescente.
- ❖ La categoría jurídica del Niño y del Adolescente.
- ❖ El Sistema de Atención Integral.
- ❖ La Atención Multidisciplinaria.

La incorporación de una serie de instituciones familiares (colocación familiar provisional, guarda, tenencia y otras).

2.4.4 Ley 26981, Ley del Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono, aprobada el 28 de septiembre de 1998 por el Congreso, promulgada el primero de octubre de 1998 y publicada en el Diario oficial "El Peruano" el 3 de octubre de 1998. Esta norma trae como innovación que transfiere al Ejecutivo a través de la Secretaría Nacional de

Adopciones la aprobación de las adopciones de niñas, niños y adolescentes declarados judicialmente en abandono, proceso que antes se llevaba a cabo ante el Poder Judicial.

2.4.5 D.S. N° 001-99-PROMUDEH, Reglamento de la Ley del Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono aprobado por el Ejecutivo el 30 de enero de 1999 y publicado en el Diario Oficial “El Peruano”, el 4 de febrero de 1999. En el mismo se regula el procedimiento administrativo buscando agilizar y simplificar el mismo.

2.4.6 Directiva N° 006-2002-MIMDES, Celebración y Novación de Convenios y Autorización a Organismos Acreditados Para Prestar Colaboración en Procesos de Adopción Internacional en el Perú. Aprobada por R.M. N° 731-2002-MIMDES. Se busca establecer un procedimiento ordenado para efectos de la suscripción y novación de Convenios.

2.4.7 Directiva N° 007-2002-MIMDES, Expedición de Constancia de Reconocimiento a Representantes Legales de Organismos Acreditados y Autorizados. Aprobada por R.M. N° 731-2002-MIMDES.

2.4.8 Directiva N° 008-2002-MIMDES, Elaboración de Propuestas de Designación de Adoptantes. Aprobada por R.M. N° 731-2002-MIMDES.

2.5 FUNDAMENTOS, ALCANCES Y DERECHOS QUE EMANAN DEL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.-

2.5.1 El Interés Superior del Niño como "Principio Garantista"

La Convención contiene "principios" entre los que destacan: el de no discriminación³⁴, de efectividad³⁵, de autonomía y participación³⁶, y de protección³⁷. Estos principios -como señala Dworkin-³⁸ son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las

³⁴ ARTÍCULO 2: 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

³⁵ ARTÍCULO 4: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

³⁶ ARTÍCULO 5: 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 de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras 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 presente Convención

ARTICULO 12: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

³⁷ ARTICULO 3:1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

³⁸ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2a. edición, 1989.

autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.³⁹

Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño"*.

Es así que al denominado "principio", siguiendo a Dworkin, también es posible denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como "garantía", entendida ésta última "como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos"⁴⁰. Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

2.5.2 El Interés Superior del Niño como satisfacción de derechos.-

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del "interés superior del niño" y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo

³⁹ Miguel Cillero Bruño en página Web.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995.

"declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior".

Antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de "interés superior" pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de "derecho". Es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del status jurídico de la infancia, una norma que remitiera al "interés superior del niño" podía orientar positivamente, aunque sólo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño.

En las legislaciones pre-Convención, y lamentablemente en algunas que siendo post-Convención no han asumido plenamente el enfoque de los derechos, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregado a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el ámbito del control/protección de la infancia. Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable -realizado por una autoridad progresista o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

En el esquema paternalista/autoritario, el Juez, el legislador o la autoridad administrativa "realizaba" el interés superior del niño, lo "constituía" como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el Juez se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad. El ejemplo clásico es el Juez buen padre de familia presentado como modelo en las legislaciones y en la literatura basadas en la doctrina tutelar o de la situación irregular. En aquella orientación teórica, el "interés superior" tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes/deberes (potestades) a los adultos que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños.

La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas. La Convención propone otra solución. Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no "constituye" soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 de la Convención). En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia

soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.

Esta interpretación, sin embargo, haría innecesario el principio del interés superior del niño, ya que lo único que expresaría es que las autoridades se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los niños, asunto del todo evidente -aunque no por ello respetado- considerando la adhesión de las constituciones liberales al principio que establece que la soberanía se encuentra limitada por los derechos de las personas. Sin embargo, al margen de otras funciones adicionales que el principio puede cumplir, la historia de la relación de la infancia con el sistema de políticas públicas y de justicia revela que esta reafirmación no es para nada superflua, sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general.

Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo tercero de la Convención como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención.

Cualquier otra definición, ya sea de base bio-psicosocial como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez, o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad, dificulta la aplicación de los derechos, resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan. Hecha esta salvedad, señalaré que una concepción garantista del principio no sólo supera estas dificultades, sino que muestra la profunda utilidad del principio del interés superior

del niño en el contexto de una nueva legislación de la infancia y adolescencia basada en el reconocimiento de los derechos de los niños.

2.5.3 Función del Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Además del cometido principal ya desarrollado consistente en limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, expondré a continuación otras importantes funciones que cumple el principio tal cual se encuentra formulado en el artículo tercero de la Convención.

a) Carácter interpretativo

Sin duda el aporte más específico del artículo tercero es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño.

Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. Durante la infancia/adolescencia la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención.

En segundo término permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan

incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño.

En estos casos el principio permite "arbitrar" conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión -establece un orden de prelación de un derecho sobre otro- para luego relativizarla o dejarla sujeta al "interés superior del niño". El ejemplo más característico está dado por el artículo 9 de la Convención⁴¹, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; otro caso es el artículo 37 relativo a la privación de libertad en recintos separados de los adultos "a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño", en el que la Convención toma una decisión -otorga una garantía- pero deja abierta la posibilidad (judicial) de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia de que se afecte, en el caso particular, algún otro derecho del niño que justifique modificar la regla. Es evidente que este tipo de soluciones propuestas en algunos artículos de la Convención pueden aplicarse a otros casos similares en que aparezcan conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

⁴¹ ARTICULO 9: 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

b) Prioridad de las políticas públicas para la infancia: interés del niño e interés colectivo.

Como se ha señalado reiteradamente, la formulación del artículo tercero de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo.

Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño -es decir, sus derechos- no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. Por ejemplo, el derecho a la educación no puede ser desmedrado por intereses administrativos relativos a la organización de la escuela, o a los intereses corporativos de algún grupo determinado.

En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros. Es materia de resolución de cada Estado el grado de prioridad que otorga a la infancia en un sistema social donde los diversos grupos "compiten" por recursos escasos, sin embargo, la Convención exige considerar con alguna prioridad a la infancia. En este sentido parece adecuada la solución de la Constitución del Brasil que señala una prioridad absoluta referida a las materias más importantes y otorga, para éstos y

otros asuntos, la posibilidad de acciones de interés público que pueden ejercerse contra la autoridad en caso de no respetarse la prioridad de la infancia.

c) ¿Cómo aplicar el principio?: integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño.

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo cinco de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art.27.1 de la Convención)⁴².

Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible -siempre perfectible- de la intervención a través de recursos "penales" sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar; en efecto, este tipo de medidas, que afectan la libertad personal y el medio de desarrollo del niño, obstaculizan severamente el ejercicio no sólo de los derechos expresamente privados, sino también, de un conjunto de otros derechos que se hacen imposibles de satisfacer en privación de libertad o del medio

⁴²ARTICULO 27:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

familiar. Este es el fundamento para señalar que la privación de libertad y del medio familiar son excepcionales y medidas de último recurso.

Pero, incluso, en estos casos se deben proveer todos los mecanismos para que el niño pueda ejercer los derechos que expresamente no se le han privado. Así, el adolescente privado de libertad por haber cometido un grave delito contra la integridad física o la vida de otra persona, tendrá derecho a que se le satisfaga su derecho a la educación; también el niño separado de uno o ambos padres tendrá derecho a que se le asegure la posibilidad de "mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño" como dispone el art. 9.3 de la Convención.

d) El Interés Superior del Niño y las relaciones parentales.

Es sabido que uno de los ejes fundamentales de la Convención es la regulación de la relación niño-familia, y en particular niño-padres; numerosas disposiciones regulan la materia. Los artículos 5 y 18 reconocen el derecho de los padres a la crianza y la educación y, a su vez, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo a la "evolución de sus facultades".

Por su parte, uno de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), sino extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres. Así el artículo 18, luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño (art.18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el artículo quinto que señala que el

objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es "que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención" de acuerdo a la evolución de sus facultades. Al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior.

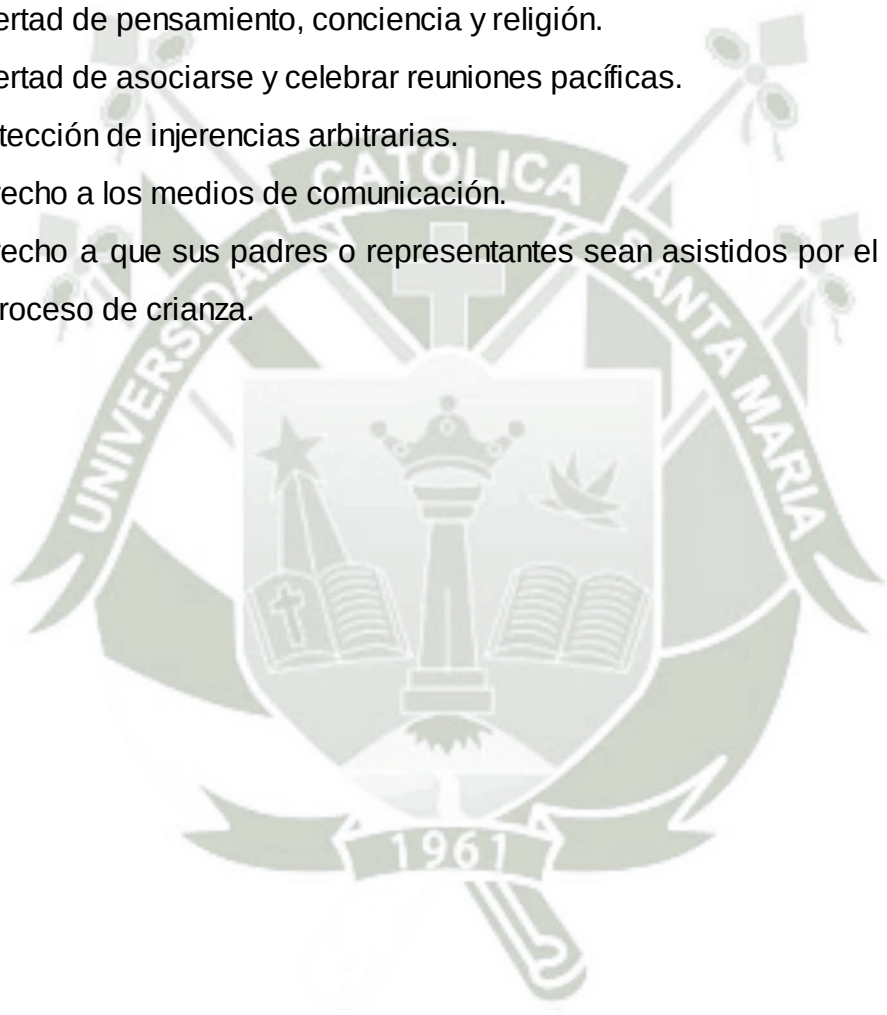
El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.

e) Los Derechos del Niño y el Interés Superior de los Mismos.-

El concepto es introducido formalmente por la Convención de los Derechos del Niños. La lectura ordenada de su articulado, facilita conformar una grilla de indicadores que alimentan este concepto y que podemos describir así:

- ❖ El niño es persona desde su concepción.
- ❖ Todos los niños son iguales y no tienen distinción por sexo, raza, color, idioma, religión, nacionalidad, etc.
- ❖ Todos los niños son sujetos de los derechos que consagra la Convención.
- ❖ Tienen derecho a la protección aún antes de nacer.
- ❖ Derecho intrínseco a la vida.
- ❖ Derecho al nombre, nacionalidad, a conocer los padres y ser cuidados por ellos, o por la familia ampliada.
- ❖ Derecho a preservar las relaciones familiares.

- ❖ Derecho a fijar la residencia con uno de los padres y a tener contactos y relaciones con el otro en caso de separación de estos.
- ❖ Derecho de entrar y salir del país para reunirse con alguno de sus padres o con la familia ampliada.
- ❖ Derecho a opinar en todas los trámites que le afecten y a gozar de una representación apropiada.
- ❖ Derecho a la libertad de expresión.
- ❖ Libertad de pensamiento, conciencia y religión.
- ❖ Libertad de asociarse y celebrar reuniones pacíficas.
- ❖ Protección de injerencias arbitrarias.
- ❖ Derecho a los medios de comunicación.
- ❖ Derecho a que sus padres o representantes sean asistidos por el Estado en el proceso de crianza.



TITULO II

ABANDONO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

TÍTULO II

ABANDONO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

Esquema De Contenidos

1. PROCESO DE ABANDONO.-
 - 1.1. Concepto.
 - 1.2. Declaración Judicial previa del Estado de abandono.
 - 1.3. Causas para la declaración judicial del estado de abandono.
 - 1.4. Inicio de la Investigación Tutelar.
 - 1.5. Informes y Diligencias.
 - 1.6. Declaración judicial del Estado de Abandono.
 - 1.7. Medidas de Protección.
 - 1.8. Investigación Tutelar Administrativa
2. PRINCIPIOS DEL PROCESO TUTELAR.
 - 2.1. Principio de Celeridad Procesal.
 - 2.2. Instancia Plural.
 - 2.3. Principio de Plazo Razonable.
 - 2.4. El Debido Proceso como Garantía.
 - 2.5. Garantía del Juez Natural.
3. DERECHOS DEL NIÑO EN EL PROCESO TUTELAR.
 - 3.1. Derecho de los niños y adolescente de vivir con sus padres.
 - 3.2. Derecho a ser oído.
 - 3.3. La adopción.
4. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL ABANDONO.-
 - 4.1. Solución del Estado: EL ENCIERRO
 - 4.2. La institucionalización del niño.
 - 4.3. Los daños individuales y sociales del internamiento en una Institución.

1. PROCESO DE ABANDONO.-

1.1. Concepto.-

El abandono es el estado en el que el individuo (en este caso menor de edad) se encuentra desprotegido, en desamparo, al existir ausencia de los recursos

materiales para su mantenimiento y sobrevivencia y/o de relaciones afectivas, especialmente familiares.⁴³

El abandono puede ser por acción u omisión, así por ejemplo en el primer caso tendría la acción misma de abandonar a un niño (en cualquier lugar, un mercado, una iglesia o la vía pública) y en el segundo la inacción que daría lugar al maltrato de un menor como el supuesto de una madre que ve al esposo castigar cruelmente a su niño en forma cotidiana y no hace nada por evitarlo.⁴⁴

“Por *situación de abandono* se entiende todo aquello que hace a lo social en sentido amplio, es decir los casos de niños subalimentados, maltratados, víctimas de padres alcohólicos, etc, por lo que exigen la intervención del Poder Ejecutivo sin que en sí mismos posibiliten la judicialización. Por *estado de abandono*, en cambio, se entienden aquellas situaciones en las que el vínculo de patria potestad o tutela se ha resquebrajado totalmente o ha desaparecido situación que, aquí sí, debe ser resuelta por el Poder Judicial. Dicho otro modo: la Justicia de Menores, en materia civil, solo puede intervenir allí donde ya no existe ningún vestigio de que los padres puedan ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones para con los hijos. En concordancia con la orientación internacional y nacional esta concepción encuentra algunos de sus fundamentos políticos más consistentes en la pretensión de limitar tanto la tendencia a la judicialización de la pobreza como la discrecionalidad propia del poder que ostentaba el Estado a través de los Jueces de Menores. Se trata, sin duda, de una visión progresista de la cuestión, basada en los postulados de la Convención.

Pero como contrapartida la noción de *estado de abandono* no agrega esfuerzo por proporcionar un sistema de garantías efectivas para la satisfacción de la mayoría de los derechos del niño que cotidianamente son violados: a la educación,

⁴³ AYVAR ROLDAN, Carolina, *Instituciones Supletorias de Amparo Familiar*, Universidad Católica de Santa María, Maestría en Derecho de Familia a Distancia, 2003, pág. 101.

a la salud, a la alimentación, al vestido, al esparcimiento, a la vivienda ... Este concepto hace menos discrecional el poder judicial pero con ello, solamente, no da cuerpo al espíritu de los *Derechos Humanos del Niño*.⁴⁵

1.2. Declaración Judicial previa del Estado de abandono.-

Durante buen tiempo se ha debatido en Perú respecto a la conveniencia de desjudicializar la investigación por abandono de menores de edad y que se le aborte en el ámbito administrativo. El nuevo Código de los Niños y Adolescentes ha optado por la desjudicialización de la investigación y protección de los menores de edad en estado de abandono, otorgando dichas funciones en principio al Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano (PROMUDEH) ahora Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES)⁴⁶ Sin embargo, la segunda disposición transitoria del C.N.A prorrogó por 180 días a partir de su vigencia la competencia del Ministerio en materia Tutelar, concediéndose luego sucesivas prórrogas.

Mediante Ley 28330⁴⁷, se modifica diversos artículos del Código y se confiere atribuciones en la investigación por abandono de menores de edad al MIMDES, disponiendo que éste asuma competencia sobre la materia de manera progresiva, a partir de los 90 días hábiles de la entrada en vigencia del Reglamento de la Ley, a pronunciarse en un plazo de 60 días hábiles contados a partir de la vigencia de la propia Ley. En tanto, el Poder Judicial deberá continuar asumiendo competencia de las investigaciones tutelares.

⁴⁴ AQUIZE CACERES, Rocio, *Instituciones Supletorias de Amparo Familiar*, Universidad Católica de Santa María, Maestría en Derecho de Familia a Distancia, 2004, pág. 58.

⁴⁵ Lic. Osvaldo Agustín Marcón. omarcon@arnet.com.ar

⁴⁶ DEL CARPIO RODRIGUEZ Columba, *Derecho de los Niños y Adolescentes*, Impresión Dongo, Arequipa-Perú, 2001, pág. 83.

⁴⁷ Ley 28330, publicado en el diario oficial el 14 de agosto del 2004.

El artículo 29 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley 28330, establece las funciones del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, siendo:

- ❖ Abrir investigaciones tutelares a niños y adolescentes en situación de abandono y aplicar las medidas de protección correspondientes;
- ❖ Dirigir y coordinar la Política Nacional de Adopciones a través de la Secretaría Nacional de Adopciones y las sedes desconcentradas a nivel regional.

1.3. Causas para la declaración judicial del estado de abandono:

- a) Sea expósito;
- b) Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación i, si los hubiere, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación;
- c) Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran;
- d) Sea entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por ser meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo;
- e) Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlos;
- f) Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción;

- g) Sea explotado en cualquier forma u utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia.
- h) Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad; y
- i) Se encuentre en total desamparo.

La falta o carencia de recursos materiales en ningún caso da lugar a la declaración del estado de abandono.⁴⁸

“Además el artículo establece que la falta o carencia de recursos materiales, en ningún caso da lugar a la declaración del estado de abandono. Respecto a este último párrafo del código debemos decir que efectivamente no solo por el hecho de tener los padres escasos recursos económicos van a verse privados del derecho de tener con ellos a sus hijos y peor aún de la patria potestad sobre los mismos, pero lamentablemente la experiencia ha demostrado que este párrafo es mal usado, puesto que se pretende amparar en la pobreza, muchos abusos contra los menores como por ejemplo “institucionalizarlos” al pretender que los niños crezcan en un albergue y que luego cuando ya tengan la suficiente edad para trabajar y “ayudar a sus padres” salgan de la institución que los acogió, pero ¿Dónde queda el derecho de ese menor a crecer y desarrollarse en una familia? Sin importar si en ella pueda dársele todas las comodidades o no, claro esta que no todos los casos son iguales y si realmente el menor es albergado por pobreza de los padres (no por no responsabilidad o comodidad de ellos) deberá aplicarse escrupulosamente el

⁴⁸

Art. 248 del Código de Niños y Adolescentes ley No. 27337.

artículo, pero se debe tener cuidado y no permitir que los padres abusen de él y sobre todo del menor.”⁴⁹

1.4. Inicio de la Investigación Tutelar.-

El artículo 245 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley 28330, el MIMDES (actualmente aún el Poder Judicial en mérito a la segunda disposición transitoria del Código de los Niños y Adolescentes) toma conocimiento a través de la Policía (informe policial) o por denuncia de parte que un niño o adolescente se encuentra en alguna de las causales de abandono. Ello dará lugar a la apertura de investigación tutelar, con conocimiento del Fiscal de Familia, en dicha resolución administrativa deberá dictar en forma provisional la correspondiente medida de protección.

Igualmente, los responsables de los establecimientos de asistencia social y/o salud, públicas o privadas están obligadas a informar al órgano competente de las investigaciones tutelares del MIMDES sobre los niños y/o adolescentes que se encuentren en presunto estado de abandono en un plazo máximo de 72 horas de tener conocimiento del hecho. De este modo ha sido modificado dicha norma, que anteriormente preveía que las 72 horas se computaban a partir de la producción del hecho.⁵⁰

1.5. Informes y Diligencias.-⁵¹

De conformidad con los artículos 246 y 247 del código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley 28330, en la resolución que da inicio a la investigación tutelar, el MIMDES dispondrá la realización de las siguientes

⁴⁹ AQUIZE CACERES Rocio, *Instituciones Supletorias de Amparo Familiar*, Maestría en Derecho de Familia, Estudios a Distancia, Universidad Católica de Santa María, Arequipa 2006, pág. 60.

⁵⁰ CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, Ley 27337, artículo 245.

diligencias, que deberán cumplirse, de preferencia respetando el orden prelativo, ello en razón del aporte que para la mejor investigación proporcionará la primera diligencia respecto a la segunda y así sucesivamente:

a) Declaración del niño o adolescente, de ser posible; o la descripción de sus características físicas, así como la toma de huellas palmares y plantares.

Los niños y adolescentes tienen derecho a expresarse, a manifestar su opinión en todos los procesos que le afecten. Este es un derecho reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño⁵²

Resulta de primordial importancia la versión del niño o adolescente (si está en condiciones de darla). En esta diligencia, el funcionario respectivo, obviando cualquier formalidad innecesaria tratará de obtener la información necesaria para esclarecer la situación del menor de edad, (ubicación de sus padres o responsables), y con estos valiosos datos continuar la investigación.

La descripción de sus características físicas, que incluirá datos sobre su vestimenta, lugar en el que fue encontrado son igualmente datos valiosos.

Las huellas palmares y plantares del niño o adolescente servirán luego para las pericias que se practicarán.

⁵¹ DEL CARPIO DE ABARCA Columba, *Adopción*, Maestría en Derecho de Familia, Estudios a Distancia, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2004, pág. 56,57 y 58.

⁵² **Artículo 12 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño:** “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

b) El examen psico-somático (o psico-físico) para determinar su edad, su estado de salud y desarrollo psicológico.

Se practicará por la Oficina médico-legal especializada, o en su defecto por un profesional médico de los establecimientos del Ministerio de Salud. el resultado se evacuará en el plazo de 2 días y su resultado deberá dar algunas luces para continuar el proceso.

c) Pericia Pelmatoscópica.

Se lleva a cabo por la Policía Nacional, y consiste en el análisis comparativo de las huellas plantares del niño (y ahora también con el auxilio de las palmares) con las que aparecen de los archivos existentes en los diferentes centro de salud, y que han sido tomadas de los recién nacidos en dichos nosocomios, oportunidad en la que también se toma la huella dactilar de la madre. El peritaje se realiza con doble finalidad:

- ❖ Verificar la identidad del niño o adolescente, cuando se le conoce presumiblemente. Con tal fin deberá adjuntarse la partida de nacimiento del investigado y una copia del examen psico-somático. Supuesto en el cual el resultado deberá evacuarse en el término de 2 días.
- ❖ Establecer la identidad, cuando se la desconoce completamente. Deberá adjuntar al oficio de requerimiento, copia del examen psico-somático del niño o adolescente. El resultado de la pericia se emitirá en el plazo de 10 días.

d) Informe del Equipo Multidisciplinario.

Emitido por lo general por un Psicólogo y un Asistente Social, integrado por un informe psicológico y otro socio-familiar, en el que se efectuará el diagnóstico sobre los factores que han determinado la situación del niño o adolescente.

e) Los informes técnicos multidisciplinarios.

A realizarse por los profesionales de las instituciones que albergan a los tutelados, que se remitirán periódicamente cada 3 meses. Tienen por finalidad el seguimiento del caso y evitar que se prolongue la permanencia de los niños o adolescente, en las instituciones de tutela, sin solucionar su situación.

f) Informe de la División de Personas Desaparecidas.

Corre a cargo del Departamento de Identidad de la Policía Nacional, en el que se lleva el “Registro de Denuncias de Personas Desaparecidas”, con vista del cual informará si existe denuncia por la desaparición o secuestro del niño o adolescente, en el término de 3 días.

g) Búsqueda y Ubicación de los Padres o Responsables.

Una vez obtenidos los informes precedentes el MIMDES solicitará a la Policía Nacional la búsqueda y ubicación de los padres o responsables del niño o adolescente, adjuntando la ficha de inscripción del RENIEC.

De no ser habidos, dispondrá la notificación por el diario oficial “El Peruano” y otro de mayor circulación del lugar del último domicilio del citado, si fuere conocido o, en su defecto, del lugar donde se realiza la investigación. La publicación se hará por 2 veces en forma interdiaria, disponiendo además la notificación por radiodifusión en la emisora oficial en igual forma.

De no ser habidos los padres o responsables, el MIMDES remitirá al Juez competente el expediente de la investigación tutelar, a fin que se pronuncie sobre el estado de abandono del niño o adolescente.

1.6. Declaración judicial del Estado de Abandono.-

El artículo 249 del código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley 28330, establece que recibido el expediente que contiene la investigación por abandono remitido por el MIMDES, el Juez evaluará en el plazo perentorio de 5 días si se han evacuado los informes y realizado las diligencias previstas en los artículos 246 y 247 del Código de los Niños y Adolescentes. De estar incompleto el expediente, el Juez mandará su devolución al MIMDES para que se subsanen las observaciones.

Dictamen Fiscal.- De haberse realizado todas las diligencias en informes, el Juez ordenara la remisión del expediente al fiscal, quien emitirá su dictamen en un plazo no mayor de 5 días.

Resolución del Juez.- Devueltos los autos por el Fiscal, el Juez competente en un plazo que no excederá de 15 días calendarios, expedirá resolución judicial, pronunciándose sobre el estado de abandono del niño o adolescente.

Por su parte el artículo 251 del Código de los Niños y Adolescentes, establece que: “Si como resultado de la investigación tutelar se estableciese que el niño o adolescente ha sido sujeto pasivo de un delito, el Juez competente remitirá los informes necesarios al Fiscal Penal para que procesa conforme a sus atribuciones”.

Firme que quede la resolución judicial, el Juez devolverá el expediente al MIMDES en el plazo perentorio de 5 días calendarios.

La resolución que declara al niño o adolescente en estado de abandono, es susceptible de APELACION, en el término de 3 días ante la Sala de Familia, o Sala Civil de Turno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 250 del Código de los Niños y Adolescentes.

1.7. Medidas de Protección.-

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley 28330, dispone como atribución del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, la aplicación de las medidas de protección a los niños y adolescentes que se encuentren en situación de abandono, siendo a saber:

a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa.

b) La participación en el programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud o social.

“Por la naturaleza de la medida, consideramos que no es autónoma, sino que puede aplicarse conjuntamente con otras medidas, como por ejemplo, cuando el niño haya sido confiado al cuidado de su propio hogar o al de una familia sustituta.”⁵³

c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar.

d) Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado.

e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado.

1.8. Investigación Tutelar Administrativa.-

⁵³

DEL CARPIO RODRIGUEZ Columna, Op.Cit. pág. 60.

El Decreto Supremo No. 011-2005-MIMDES, modificado por el Decreto Supremo No. 001-2006-MIMDES, aprueba el Reglamento de los Capítulos IX y X del Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley 28330. A través de dicho reglamento, se establece un nuevo proceso tutelar administrativo de competencia por el Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF) del Ministerio de la Mujer y Desarrollo social (MIMDES), quien es el encargado de dirigir la investigación tutelar de acuerdo a las funciones que le asigna el Código de los Niños y Adolescentes, así como su reglamento.⁵⁴

El título III del reglamento, aprobado por el Decreto Supremo No. 011-2005-MIMDES, desde su artículo 6 hasta el artículo 35, señala el procedimiento tutelar administrativo, siendo en resumen el siguiente:

1.8.1. Inicio del procedimiento Administrativo.-

El INABIF inicia el procedimiento de investigación tutelar mediante resolución, a mérito de la denuncia de parte o informe policial sobre el presunto estado de abandono de un niño o adolescente, siendo expedida la resolución dentro del día hábil siguiente de recibida la denuncia o informe. De cuya resolución se notifica al Ministerio Público. La resolución administrativa que dispone abrir investigación tutelar deberá contener:

- a)** Un resumen de la forma y circunstancias en que se origino el presunto estado de abandono. El nombre del niño o adolescente y su edad; en caso de no conocerse estos datos, se le asignará un nombre y una edad aproximada para su identificación durante el procedimiento.
- b)** Las causales de abandono que se hubieren configurado.

⁵⁴ Competencia que el MIMDES viene asumiendo de manera progresiva únicamente en las provincias de Lima y Callao, en el resto del país, es el Juez de Familia o Mixto quien sigue conociendo de dicho proceso. Mediante Resolución Ministerial, el MIMDES determinará las condiciones y oportunidades en que se implementará la competencia a nivel nacional. 3ra Disposición complementaria, transitoria y final del D.S. No. 011-2005-MIMDES.

- c) Las medidas provisionales de protección que fueran pertinentes, debiendo indicarse los plazos respectivos para su ejecución.
- d) La relación de las diligencias que deberán actuarse, de acuerdo a los artículos 246 y 247 del Código y las que se consideren pertinentes para esclarecer el presunto estado de abandono.
- e) La disposición de las diligencias necesarias para recabar la constancia de nacimiento o certificado de nacimiento vivo y copia certificada del acta de nacimiento, de ser el caso.

1.8.2. De las diligencias e informes.-

El INABIF, dentro del proceso tutelar administrativo, debe realizar las siguientes diligencias:

- a) Tomar la declaración del niño o adolescente tutelado, considerando su edad y siempre que se encuentre en capacidad de hacerlo; se indagará sobre los nombres de sus padres y demás familiares que pudieran asumir su cuidado, así como el lugar y fecha de su nacimiento. En caso que no sea posible recibir la declaración se procederá únicamente a la descripción de sus características físicas, así como a la toma de sus huellas palmares y plantares.
- b) Disponer las evaluaciones médico legales, a cargo del Instituto de Medicina Legal, en forma gratuita, al niño o adolescente en estado de abandono, los exámenes de edad aproximada, psicosomático, integridad física, integridad sexual, toxicológico, evaluaciones psicológicas y psiquiátricas, entre otros, que solicite el INABIF, debiendo priorizar su atención en función al principio del interés superior del niño.

- c) Pericia Pelmatoscopica, a caLa Policía Nacional realizara la pericia pelmatoscópica, a efecto de establecer la identificación del niño o adolescente tutelado.
- d) Exámenes de antecedentes patológicos y de riesgo conocido. El INABIF podrá solicitar a los establecimientos de salud, la realización de los siguientes exámenes complementarios al niño o adolescentes en presunto estado de abandono: Infección, VIH, Hepatitis B.,Tuberculosis, enfermedades de transmisión sexual, otras que se estimen pertinentes.
- e) De los informes técnicos. Los establecimientos de protección especial a cargo de la atención del niño o adolescente tutelado, deberán remitir al INABIF un informe técnico inicial, que será de tipo Social, Psicológico y Médico. Además, deberá remitir cada tres meses, los informes técnicos evolutivos en las mismas áreas señaladas, bajo responsabilidad del Director del respectivo establecimiento.
- f) Informe de Personas Desaparecidas de la Policía Nacional.
- g) Declaraciones de los Padres biológicos, familiares y/o testigos responsables. En caso de conocerse la identidad y domicilio de los padres biológicos, familiares, terceros responsables del niño o adolescente tutelado y/o testigos, serán citados para prestar su declaración, ante el INABIF. En caso de incomparecencia, el INABIF señalará nueva fecha, para que presten su declaración en el término de tres días hábiles. En caso de incomparecencia a la segunda citación, el INABIF podrá disponer que el equipo multidisciplinario realice una visita inopinada al domicilio del obligado, a efecto de recibir la declaración respectiva y realizar una evaluación del entorno familiar

del niño o adolescente tutelado. De negarse a prestar su declaración, el INABIF, podrá extraer conclusiones atendiendo a la conducta que el obligado ha asumido en el procedimiento.

- h) Búsqueda y Ubicación de los Padres o Responsables. En el caso que se desconociera el domicilio de los Padres biológicos, familiares, terceros responsables del niño o adolescente tutelado, o de no encontrarlos en su último domicilio conocido, EL INABIF, recabará su ficha de inscripción ante el RENIEC, a efecto de solicitar la búsqueda y ubicación a la Policía Nacional.
- i) Informe de las Municipalidades. Además de las diligencias o exámenes complementarios.

1.8.3. Conclusión del procedimiento de investigación tutelar.-

Concluidas las diligencias del procedimiento y recibidos los informes respectivos, el INABIF emitirá un informe final con las conclusiones de la investigación tutelar, en un plazo que no excederá de tres días hábiles, debiendo remitir el expediente al Juez competente, en un plazo no mayor de un día hábil.

El Juez competente, en el plazo máximo de cinco días de haber recibido el expediente del INABIF, evaluará si se han realizado las diligencias previstas para el efecto en el Código y en el presente Reglamento; en caso contrario, devolverá el expediente al INABIF para el levantamiento de las observaciones formuladas.

El Juez, previa evaluación favorable del expediente, lo remitirá al Fiscal competente para que emita su dictamen en un plazo no mayor de cinco días.

Emitido el Dictamen por el Fiscal, el Juez se pronunciara sobre el estado de abandono del niño o adolescente tutelado, en un plazo que no excederá de quince días calendarios.

La resolución será notificada al Ministerio Público, los padres biológicos, familiares y/o tercero responsables, el Centro Tutelar y al Defensor de Oficio; consentida la resolución, el Juzgado remitida todo lo actuado al INABIF, en el plazo máximo de cinco días calendarios-

2. PRINCIPIOS DEL PROCESO TUTELAR

2.1. Principio de Celeridad Procesal.

Este principio responde a la exigencia constitucional de un juicio breve y sin dilaciones, y comprende a su vez a los principios de economía, concentración y simplificación procesal.

Por el principio de economía procesal, se busca conseguir el mejor resultado con el mínimo esfuerzo, para posibilitar, simplificar el procedimiento, y una rápida decisión final.

Por el principio de concentración, permite reunir varios actos procesales en un solo procedimiento.

Y, por el principio de simplificación procesal, se realizan los actos procesales de la manera menor gravosa al infractor con el menor empleo de la actividad procesal posible.⁵⁵

2.2. Instancia Plural.

Constituye también uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional (lo jurisdiccional = la potestad de administrar justicia); que señala la constitución en su artículo 139, inciso 6, y según sus propios términos, la denomina: “La pluralidad de la instancia”.

En el orden jerárquico procesal (un escalón más arriba), que permite que todas las resoluciones judiciales puedan ser revisadas en una instancia superior, con la finalidad de que estas –si fuera el caso-, puedan ser modificadas o aprobadas (confirmadas).

Esta garantía se fundamenta en el hecho cierto, de que los hombres nos podemos equivocar, y que también con un sentido práctico, bajo el postulado de que los errores hay que subsanarlos; caso contrario de no contar con la garantía que significa la instancia plural, produciría muchas arbitrariedades (por una efectiva falta de control por parte del superior jerárquico).⁵⁶

2.3. Principio de Plazo Razonable.-

Que se obtenga una declaración judicial en un plazo razonable, es una aspiración de todos los que alguna vez se han visto involucrados en un proceso judicial. Este Derecho debe ser entendido como una de las manifestaciones del

⁵⁵ ORE GUARDIA, Arsenio. *Manuel de Derecho Procesal Penal*, página 124.

⁵⁶ MARCONE MORELLO, Juan, *Juicio Oral, Teoría y Práctica*, Marcote Editores, 1ra Edición, Lima, 1999, página 61.

derecho justo, algunos autores encuentran en él una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, otros le dan una autonomía singular.

“De ahí que a la hora de estructurar temporalmente un proceso se produzca la colisión de dos necesidades antagónicas. Por una parte el parámetro temporal mínimo que el juicio exige para poder desarrollar, para que efectivamente en él se realice el derecho: por otra la exigencia de la efectividad jurisdiccional que no se prolongue hasta el punto de hacer ineficaz el resultado”.⁵⁷

2.4. El Debido Proceso como Garantía.-

Nuestra doctrina acepta que el debido proceso legal “es la institución del Derecho constitucional Procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad del resultado”.⁵⁸

El artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece entre los principios y derechos de la función jurisdiccional en el inciso 3 “La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”.⁵⁹

El proceso debe estar rodeado de garantías (entendidas éstas como los mecanismos que la ley ha previsto para hacer efectivos los derechos consagrados⁶⁰)

⁵⁷ RIBA TREPAT, Cristina, citada por CUBAS VILLANUEVA, Victor, en *El Proceso Penal*, Palestra Editores, quinta Edición, Lima 2003, pág.63.

⁵⁸ QUIROGA LEON, Anibal, *Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia*, en CUBAS VILLANUEVA, Victor, *El Proceso Penal*, Palestra Editores, Quinta edición, Lima 2003, pág. 48.

⁵⁹ CONSTITUCION POLITICA DEL PERU de 1993, artículo 139, inciso 3.

⁶⁰ DEL CARPIO RODRIGUEZ, Columba, Op.Cit. pág. 30.

que aseguren un proceso justo, hablamos entonces del denominado Debido Proceso,

2.5. Garantía del Juez Natural.-

Esta garantía es reconocida por la Constitución Política del Estado, en el artículo 139, inciso 3, al disponer que “ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos”, pero es ampliada y reafirmada por los tratados internacionales; así la Declaración Universal de los Derechos Humanos habla de un Tribunal Independiente e Imparcial, en tanto que la Declaración Americana emplea la expresión de Tribunales, anteriormente establecidos de acuerdo con las leyes preexistentes. El Pacto de san José de Costa Rica utiliza una expresión más amplia “Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley. Luego son cuatro caracteres que debe presentar el órgano judicial:

- a) Competencia o la aptitud que la ley le confiere para ejercer su jurisdicción en un caso concreto.
- b) Independencia, implica que no se encuentre subordinado a ninguna de las partes del proceso.
- c) Imparcialidad, el Juez es un tercero neutral para decidir el proceso con objetividad.
- d) Estar establecido con anterioridad por ley, debe haber sido designado previamente al hecho que motiva el proceso, de acuerdo al mecanismo constitucional para su nombramiento, es decir concurso público ante el Consejo Nacional de la Magistratura.⁶¹

En cuando a menores se refiere la administración de justicia debe estar a cargo de un juez natural, competente, independiente e imparcial, de conformidad con

el artículo 8 de la Convención americana. Así mismo, al decidir sobre controversias o situaciones que involucren a niños y adolescentes, debe buscar preservarse la especialidad de los organismos encargados de esta tarea.⁶²

3. DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DENTRO DEL PROCESO TUTELAR.

3.1. Derecho de los niños y adolescentes de vivir con sus padres.-

En primer término debe tenerse en cuenta, que es un derecho primordialísimo del niño y adolescente, vivir con sus padres, vale decir, en el seno de su propia familia, conforme lo señala la Convención⁶³, norma internacional vinculante para el Perú y que ha sido reproducido en el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes vigente.⁶⁴

“Acorde con el artículo 9º del texto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que consagra el derecho del niño a vivir en el seno de su familia consanguínea y que solo excepcionalmente, a reserva de revisión judicial, se podrá disponer la separación, en salvaguarda de su interés superior, el Código ha previsto como primera medida, cuando el caso así lo aconseje, *el cuidado en su propio hogar*, previa orientación a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, quedando el caso bajo seguimiento social temporal por instituciones de defensa.”⁶⁵

⁶¹ CUBAS VILLANUEVA, Victor, *El Proceso Penal*, Palestra Editores, Quinta edición, Lima 2003, pág. 50.

⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva, OC-17/2002 de 28 de agosto del 2002, solicitada por la COMISION INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, pág. 44.

⁶³ Artículo 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobado por la ONU, el 20 de noviembre de 1989.

⁶⁴ Artículo 8 del C.N.A.: “El niño y el adolescente tienen el derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”.

⁶⁵ DEL CARPIO RODRIGUEZ Columna, Op.Cit. pág. 59.

La admisión del derecho del hijo a ser cuidado por sus padres, con prescindencia del origen de la filiación, genera las siguientes consecuencias legislativas:

a) Reconocer que los hijos tienen derecho a ser cuidados por ambos padres de acuerdo a las disposiciones de la patria potestad, la que debe ser ejercida teniendo en cuenta las opiniones de aquellos en función de su edad y madurez.

Con ello, se destaca que en la patria potestad el nuevo punto de atención es el interés del sujeto a ella, ya que es en vista de la protección del hijo que existe la protección paterna. En ese sentido, ambos padres tiene el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos; debiendo tener en cuenta las opiniones de estos, en función de su edad y madurez, antes de adoptar decisiones que les afecten.

El Código Civil desarrolla el régimen de la patria potestad sobre la base de que los derechos inherentes a ello son acordados a los padres en razón a los deberes que deben cumplir y que es posible atribuirlos a uno solo de ellos. Los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño exigen su actualización por cuanto, siendo un derecho del niño el ser cuidado por sus padres, determinan que el nuevo punto de atención sea el interés del sujeto a patria potestad, ya que es en vista de la protección del hijo que existe la potestad paterna.

b) Establecer, como regla general, que la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos padres, atendiendo al interés de los hijos. Para todas aquellas cuestiones ordinarias o urgentes vinculadas con los hijos y con el propósito de no perjudicar el tráfico jurídico de bienes y servicios, se debe presumir que los actos realizados por uno de los padres cuentan con el consentimiento del otro; salvo para aquellos en que se requiere autorización judicial o cuando media disenso entre los padres.

c) Admitir que los hijos tienen derecho a vivir con ambos padres, salvo cuando uno de ellos se halla impedido de hecho para ejercer la patria potestad o ha sido privado total o parcialmente de su ejercicio por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella. En estos casos de excepción, el padre que tiene la tenencia de los hijos ejerce sobre ellos los derechos referidos a la patria potestad.

d) Precisar que, si los padres viven separados, se distribuirán entre el padre y la madre las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, en la forma que lo determinen de común acuerdo o que establezca el juez, atendiendo al interés superior de los hijos y dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

e) Considerar que la atribución de la tenencia -que es un aspecto de la patria potestad- de los hijos a uno de los padres, no importa necesariamente la suspensión del ejercicio de la potestad paterna respecto del otro progenitor; lo que, en última instancia, significaría el continuar únicamente cumpliendo con las obligaciones paternas, estando privado de desarrollarlos derechos de la patria potestad.

f) Reconocer el derecho del hijo a mantener relaciones personales y a regular contacto directo con el padre con quien no convive.

La convención sobre los Derechos del Niño se refiere al derecho a mantener relaciones personales y regular contacto directo entre padres e hijos, lo que no se agota con el establecimiento de un régimen de visitas; comprende también la posibilidad de retirar al menor del lugar donde domicilia, conservar con él comunicación epistolar o telefónica y supervisar su proceso de desarrollo personal. Por tanto, se demanda en el Código de los Niños y Adolescentes el imprescindible

cambio de la denominación de la figura en su texto legislativo, referida como “régimen de visitas”.⁶⁶

3.2. Derecho a ser oído.-

Los niños y adolescentes tienen derecho a expresarse, a manifestar su opinión en todos los procesos que le afecten. Este es un derecho reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁷

Resulta de primordial importancia la versión del niño o adolescente (si está en condiciones de darla). En esta diligencia, el funcionario respectivo, obviando cualquier formalidad innecesaria tratará de obtener la información necesaria para esclarecer la situación del menor de edad, (ubicación de sus padres o responsables), y con estos valiosos datos continuar la investigación.

3.3. La adopción como medida de protección.-

El Jurista Arias Schreiber sostiene que: “Dentro de la relación creada con la adopción, se dan la mano los sentimientos más puros y nobles del ser humano, como son el amor, el espíritu de ayuda y desprendimiento, que son propios de la relación paterno-filial, además de la compenetración que en esos inevitables momentos de adversidad se dan en la vida, nada de lo cual sucede dentro del concepto propio de la contratación”.⁶⁸

⁶⁶ PLACIDO V. Alex, *Filiación y Patria Potestad en la Doctrina y en la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica S.A. Lima, marzo 2003, pág. 72 al 78.

⁶⁷ **Artículo 12 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño:** “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

⁶⁸ ARIAS SCHREIBER Max, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, tomo VIII: Derecho de Familia, Sociedad Paterno-Filial*. Gaceta jurídica S.A., Lima-Perú, 2001, pág. 56.

La adopción según el artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tiene por naturaleza; por tanto el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.⁶⁹

La Adopción es un derecho humano de niños y adolescentes⁷⁰ que carecen de un medio familiar propio que asegure su desarrollo integral, en las diferentes esferas de la vida humana. Así lo reconoce el artículo 20 de la Convención

“De la conceptualización que trae el C.N.A., se extraen varias conclusiones en relación con el régimen jurídico de la adopción, materia de análisis de la segunda unidad. En principio, que se trata de una medida de protección al niño y al adolescente, que por tanto presupone la declaración judicial del estado de abandono, previa investigación, en la vía y forma que ...En segundo lugar, la intervención del Estado en el trámite, en este caso a través de la oficina de Adopciones. En tercer lugar, su carácter irrevocable de tal manera que se trata de una medida definitiva. Finalmente, el establecimiento de la relación paterno-filial entre adoptante y adoptado, a tal punto que éste deja de pertenecer a su familia consanguínea, lo que la tipifica como una adopción plena, que es la única que en estos momentos reconoce la legislación peruana”.⁷¹

“Un contrato irrevocable revestido de forma solemnes, por el cual una persona con plena capacidad jurídica toma bajo su protección a un extraño que, sin salir de su familia natural y conservando todos sus derechos, adquiere los de ser alimentado

⁶⁹ DEL CARPIO RODRIGUEZ Columna, Op.Cit. pág. 53.

⁷⁰ VALENCIA COROMINAS Jorge, “El proyecto de Convención y la Legislación nacional” en *Nuevas Tendencias en la Legislación de Adopción de Menores*. Pontificia Universidad Católica del Perú y colegio de Abogados de Lima, Lima-Perú, 1992. páginas 105-107.

⁷¹ DEL CARPIO RODRIGUEZ Columna, Op.Cit. pág. 53-54.

por el adoptante usas su apellido y sucederle, si así se pacta, sin perjuicio de los herederos forzosos, si los hubiere”.⁷²

“Lo cierto es que en estos momentos, es innegable el valor de la adopción, sobretudo como medida de protección para la infancia desamparada, en países en vías de desarrollo, en los que la institución se yergue como la mejor alternativa para brindar un hogar a los niños que carecen de él. En principio, porque hay unanimidad en la doctrina científicamente sustentada en que el mejor medio para el desarrollo integral y armonioso del niño es el propio hogar, y cuando ello no sea posible en un hogar sustituto en donde se le proteja y se le de el trato de hijo. Por tanto la protección de la infancia en abandono, no queda limitada a una labor de beneficencia a cargo del Estado o del voluntariado, pues el acogimiento institucional de un niño en situación de desamparo debe ser provisional y por el menor tiempo posible, en tanto se le ubica el hogar familiar adecuado en el que se asegure su protección como verdadero hijo. La adopción es sobretudo un acto de amor y es hoy por hoy la mejor opción para la niñez abandonada.”⁷³

4. Aspectos problemáticos del Estado de Abandono.-

4.1. Solución del Estado: EL ENCIERRO

Llevarse a los niños por la fuerza y tenerlos en centros contra su propia voluntad son prácticas recurrentes por diversos gobiernos y organismos a lo largo de la historia. Estas prácticas han dado pie a centros que se constituyen en verdaderas cárceles de niños hasta centros terapéuticos, similares a los modelos utilizados en el tratamiento de adicciones.⁷⁴

⁷² SCAEVOLA Micius, Cit. Por CORNEJO CHAVEZ Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, 5ta edición, tomo II. Ediciones Studium, Lima-Perú, 1985, pág. 52.

⁷³ DEL CARPIO RODRIGUEZ, Columba, *Adopción*, Maestría en Derecho de Familia, Estudios a Distancia, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2004, pág. 31.

⁷⁴ "Análisis de la Situación de la Infancia en Argentina"-UNICEF.

Generalmente los modelos que se centran en la detención y encierro obligatorio de niños callejeros tienen algunas características similares:

- Conciben al niño como un enfermo e incapaz, por lo que desconocen toda capacidad de reflexión y acción de éste y enfatizan únicamente su "anomalía". Lo grave es que no se determinan los criterios de evaluación y procedimiento para determinar tal incapacidad.
- No hace distinciones entre los niños y los problemas específicos que presentan, asumiendo que todos requieren del mismo tipo de intervención. Esto lleva a criterios poco claros que permitan definir cual tipo de alternativa puede ser la más adecuada para determinados niños y bajo que circunstancias (casa hogar, albergue, psiquiátrico, familia sustituta, su propia familia, etc.).
- Tiende a "criminalizar" o "penalizar" la vida en la calle o la pobreza.
- Sitúa al niño como materia "dañada" y al adulto redentor como poseedor de la salud y bienestar. Esta situación genera graves estragos en el autoestima del niño, dejándolo en una situación de dependencia.
- Normalmente el niño aprende rápidamente a "decir lo que el adulto quiere escuchar" para obtener la posibilidad de escapar.
- Coloca el problema "dentro del niño" sin tomar en cuenta los diversos factores externos que influyen.
- Construye un "mundo falso" para el niño dentro de la institución, sin brindarle la oportunidad de relacionarse con su entorno.
- Al ubicar el problema únicamente como interno presupone dos posibilidades: el niño deja la institución y se encuentra inhabilitado para desarrollarse adecuadamente o bien, el niño requiere de una institucionalización indefinida.

- Califica de nocivo la totalidad del ambiente del niño: familia, comunidad, etc. por lo que busca alejarlo y desvincularlo de él. En otros casos no existen elementos que permitan supervisar y garantizar la construcción de una vida fuera de la institución y el vínculo con su familia.

- El niño aprende a valorarse en tanto goza de la aceptación de las figuras de autoridad que se le presentan.

4.2. La institucionalización del niño

*"La institucionalización se refiere a una situación en la que los niños callejeros son integrados obligatoriamente a un determinado centro bajo condiciones en las que se pone poca atención a sus necesidades y proceso personal (y en muchos casos mediante el uso de métodos coercitivos) Tal situación trae como consecuencia última un deterioro en sus condiciones y expectativas de vida que se manifiesta en aspectos que pueden ser tan contradictorios e ir de una baja identidad y rechazo al centro de atención o el deseo de regresar a la vida callejera, al desarrollo de conductas que se manifiestan en la pasividad y dependencia hacia la institución que los incapacita para una vida adulta responsable y creativa."*⁷⁵

La población de los denominados "hogares de menores" proviene de los sectores de la población de más bajos recursos, asentados en barrios y villas marginadas, no escolarizados, de familias sin trabajos, migrantes.

Los hogares constituyen cárceles para niños, niñas y jóvenes. Son verdaderas Cárceles por sus características y estructura:

El encierro permanente tanto para personas en crecimiento consideradas víctimas como para aquellas consideradas autores de un delito. Caracterizado por un sistema de seguridad independiente y prácticamente autónomo de la dirección de

⁷⁵ Clara Weber Suardiaz. kucla@arnet.com.ar

los "Hogares". Sin intercomunicación con el equipo dedicado al tratamiento (psicólogos, trabajadores sociales).

Hay muchas restricciones en la comunicación con el exterior y desde el exterior. Las visitas de los familiares no son fluidas y el régimen de otorgamiento de las mismas es restringido.

Durante esta etapa en la que se "Dispone tutelarmente" -por tiempo indeterminado - de la persona en crecimiento; ésta es alejada de su núcleo familiar, privada de su intimidad no tiene derecho a la correspondencia y si accede a ésta no es privada sino revisada por la dirección. Está sometida a la pérdida del derecho a la recreación porque los institutos no tienen ni los medios ni el espacio para proveer este tipo de actividad.⁷⁶

El paso del tiempo sin ocupación se convierte en una de las principales agravantes por la corta edad y la etapa de crecimiento que transitan.

Se culpabiliza a la familia y por ende no existen tratamientos adecuados para recuperar al niño en la familia y para respetar el derecho a crecer en la familia de origen con independencia de la condición socio-económica de ésta.

Las relaciones entre los niños y el personal están marcadas por la adjudicación de superioridad a los adultos e inferioridad a los niños, basadas en el miedo y dominación que se ejerce esencialmente a través del sistema de seguridad que utiliza "vigilancia".

La población objeto de la institucionalización es seleccionada de la población expulsada del sistema socioeconómico.

El control social específico sobre las personas en crecimiento se efectúa sobre la base de generación de hipótesis de conflicto que asocian la delincuencia al abandono.

⁷⁶ GUIDO, Liliانا y MORIACHETTI, Alberto. "Minoridad y violencia"

4.3. Los daños individuales y sociales del internamiento en una Institución.⁷⁷

Durante mucho tiempo se pensó (y quizá algunos sigan pensándolo) que las instituciones especializadas podrían sustituir la actuación de los padres. Los expertos están, en cambio, de acuerdo en que, por muy bien dirigidas que estén y pese al atento cuidado del personal, las instituciones no pueden sustituir el calor de la familia. El niño internado en una institución desde su nacimiento inicia su vida en unas condiciones de verdadera y propia carencia afectiva; su estado "fisiológico" de necesidad, de dependencia absoluta, se acentúa en relación con el rechazo inducido o activo de quienes le abandonan. Los establecimientos educativos pueden cubrir la necesidad de ser protegido del calor y del frío, de obtener la alimentación o de vivir en un ambiente higiénicamente adecuado para prevenir las enfermedades y de ser instruido; pero no están en grado de dar respuesta exhaustiva a las necesidades primarias de un sujeto en edad evolutiva, a saber: realizar de forma completa un proceso regular de identificación personal y de socialización.

Obviamente, las consideraciones sobre los daños de una prolongada institucionalización valen no sólo para los menores internados en edad muy temprana, sino también para los más mayores. No se debe creer, en efecto, que la situación de gran desventaja cambia mucho si el niño internado tiene ya una personalidad en parte estructurada.

Aparte de los daños individuales, conviene patentizar los eventuales perjuicios sociales derivados de un exclusivo recurso a las instituciones para dar solución a los problemas asistenciales que se refieren a los menores y que se manifiestan en el interior de una comunidad. Puntuales investigaciones han registrado, por ejemplo, la progresiva irresponsabilidad de todos los componentes implicados: de los entes públicos (asistentes y administradores), de los magistrados de menores, de los

⁷⁷C.Magaz.http://www.mercaba.org/DicTM/TM_adopcion.htm

padres de origen, del ambiente social mismo en el cual el menor vivía (el internamiento en un establecimiento a menudo lejano de la zona de residencia puede contribuir a destruir toda actitud solidaria).



TÍTULO III

**ANÁLISIS Y REVISIÓN DE EXPEDIENTES DE LOS
DOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA PROVINCIA DE
PUNO, SOBRE EL PROCESO TUTELAR DE
ABANDONO, AÑO 2005.**

TÍTULO III

ANÁLISIS Y REVISIÓN DE EXPEDIENTES DE LOS DOS JUZGADOS ESPECIALIZADO DE FAMILIA DE LA PROVINCIA DE PUNO, SOBRE EL PROCESO TUTELAR DE ABANDONO, AÑO JUDICIAL 2005.

Se ha procedido a recolectar los daños de los 113 expedientes sobre proceso tutelar abandono de niñas, niños y adolescentes que ingresaron a los dos Juzgados Especializados de Familia de la provincia de Puno en el año judicial 2005, en fichas de recolección de datos, las cuales se dividieron en tres partes:

La primera de datos de expediente, en la que aparecen los datos fundamentales de cada expediente.

La segunda parte, corresponde al proceso tutelar de abandono de niñas, niños y adolescentes.

La tercera parte en relación a las medidas de protección emitidas por los Juzgados Especializados de Familia de Puno en los procesos tutelares de abandono de niñas, niños y adolescentes.

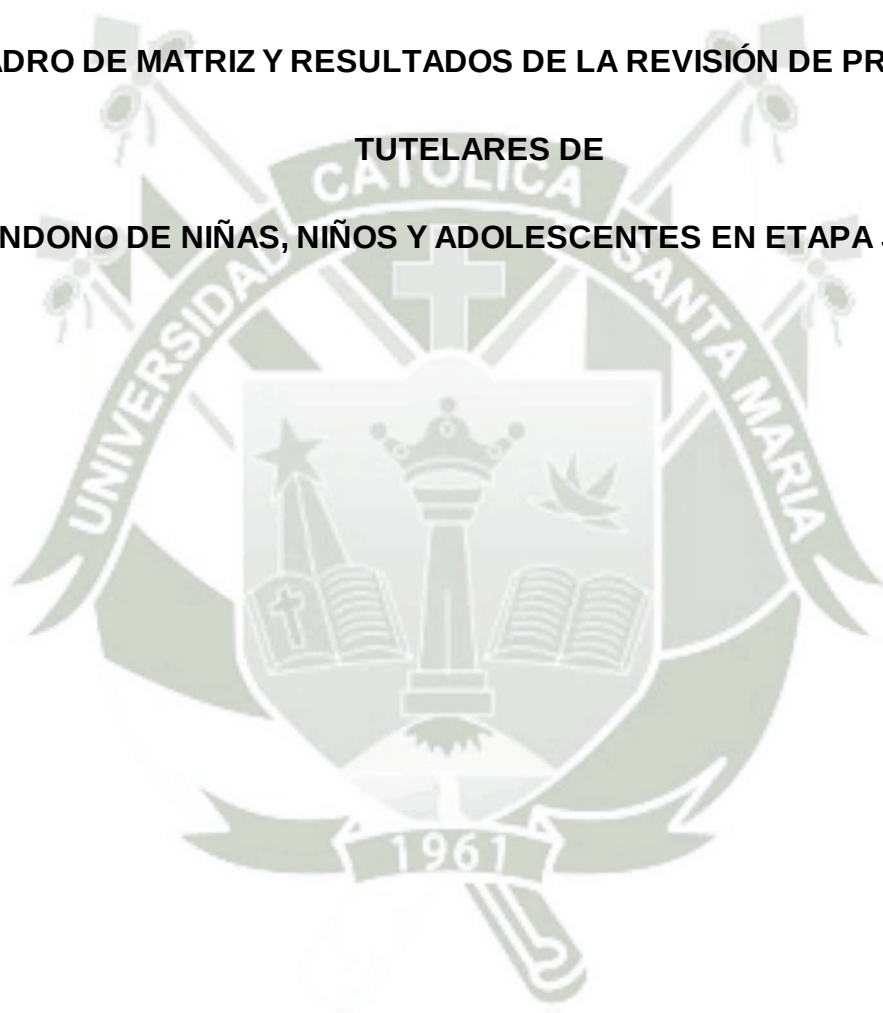
En total se contó con 113 fichas de recolección de datos, las cuales fueron descargadas en cuadros por números de expediente para facilitar el manejo de la información, en base a ellos, luego se elaboraron los cuadros respectivos de los resultados obtenidos que se analizarán a continuación.

Ingresaron un total de 113 expedientes en igual número de niñas, niños y adolescentes comprendidos dentro de los proceso tutelar de abandono.

CUADRO DE MATRIZ Y RESULTADOS DE LA REVISIÓN DE PROCESOS

TUTELARES DE

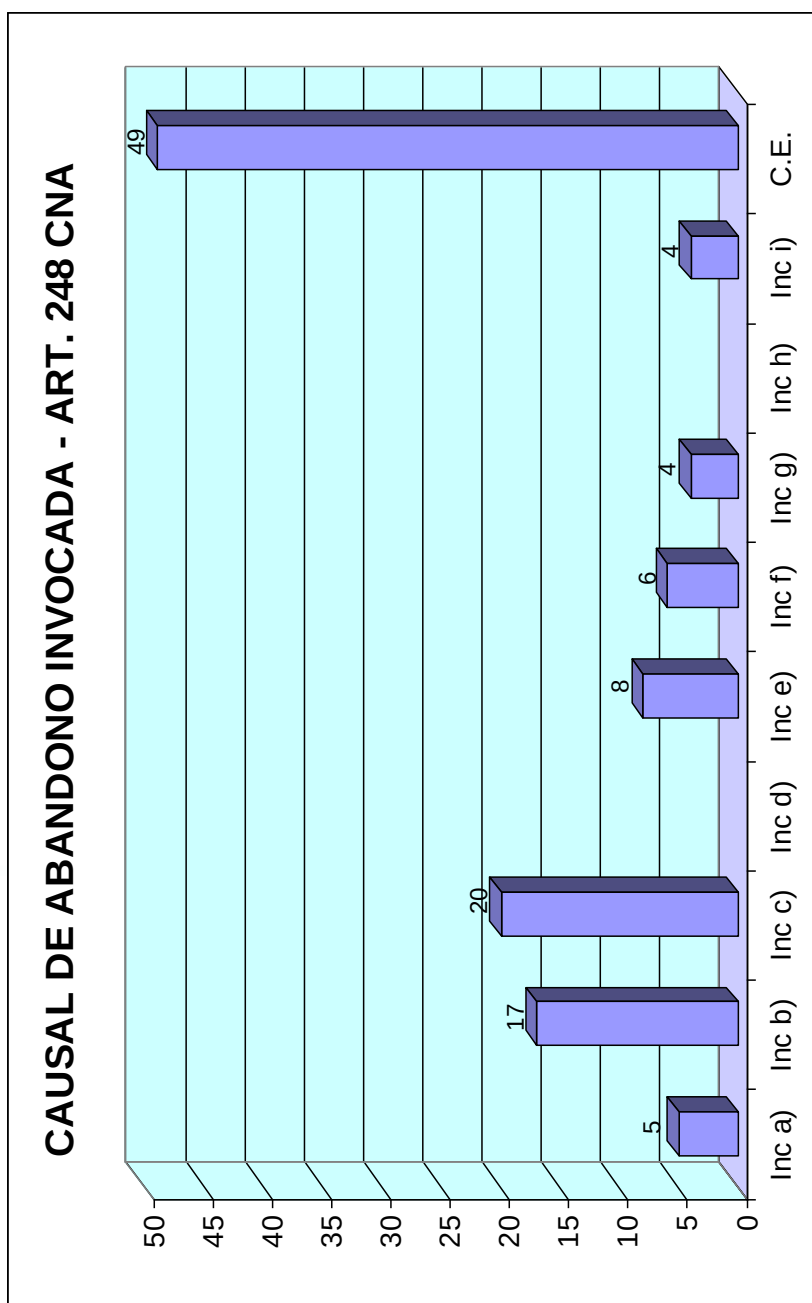
ABANDONO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN ETAPA JUDICIAL



Nº	Nº Exp.	EDAD	CAUSAL DE ABANDONO INVOCADA - Art. 248 CNA										DILIGENCIAS REALIZADAS						MEDIDA DE PROTECCIÓN				DURACIÓN			
			Artículo 248 CNA										Artículo 246 CNA						Artículo 243 CNA							
			Inc a)	Inc b)	Inc c)	Inc d)	Inc e)	Inc f)	Inc g)	Inc h)	Inc i)	C.E.	Inc a)	Inc b)	Inc c)	Inc d)	Inc e)	Otros	Inc a)	Inc b)	Inc c)	Inc d)		Otros		
1	008	1				X											X	X			X					1
2	009	4																	X							2
3	020	8																X	X							2
4	026	6																X	X							2
5	036	14																X	X							2
6	039	10																X	X							2
7	042	12																X	X							2
8	048	2		X														X	X							1
9	060	7			X													X	X							2
10	072	11			X													X	X							2
11	080	0,3										X						X	X							0,1
12	091	0,1	X															X	X							0,11
13	098	0,5											X					X	X							0,6
14	100	3																X	X							1,6
15	102	8		X														X	X							2
16	108	12																X	X							2
17	116	3																X	X							2
18	121	7																X	X							2
19	128	0,6											X					X	X							1
20	131	7		X														X	X							2
21	139	14		X														X	X							2
22	200	12																X	X							2
23	201	11																X	X							2
24	208	6																X	X							1,5
25	209	9																X	X							2
26	217	16																X	X							2
27	219	13		X														X	X							2
28	225	17																X	X							2
29	238	13																X	X							2
30	246	7																X	X							2
31</																										

Nº	Nº Exp.	EDAD	CAUSAL DE ABANDONO INVOCADA - Art. 248 CNA										DILIGENCIAS REALIZADAS										MEDIDA DE PROTECCIÓN				DURACIÓN	
			Artículo 248 CNA										Artículo 246 CNA										Artículo 243 CNA					
			Inc a)	Inc b)	Inc c)	Inc d)	Inc e)	Inc f)	Inc g)	Inc h)	Inc i)	C.E.	Inc a)	Inc b)	Inc c)	Inc d)	Inc e)	Inc f)	Inc g)	Inc h)	Inc i)	Inc j)	Inc a)	Inc b)	Inc c)	Inc d)		Inc e)
39	340	12																										2
40	346	8																										2
41	350	5																										1,8
42	356	12																										2
43	360	8																										2
44	375	9																										2
45	380	0,2																										1
46	382	0,4																										1
47	386	0,1	X																									1
48	389	3																										1,2
49	392	5																										2
50	398	4																										2
51	399	7																										2
52	407	2																										2
53	416	8																										2
54	440	10																										2
55	442	17																										2
56	447	13																										2
57	450	11																										1
58	460	13																										1
59	468	12																										2
60	473	3																										2
61	480	7																										2
62	486	12																										2
63	488	9																										2
64	500	6																										2
65	507	11																										2
66	508	13																										2
67	511	11																										1
68	513	8																										2
69	520	5																										2
70	521	6																										2
71	527	13																										1
72	530	16																										2
73	543	11																										2
74	545	1																										2
75	550	0,2																										1
76	554	0,4																										1
77	562	0,1	X																									1
78	568	11																										2

Nº	Nº Exp.	EDAD	CAUSAL DE ABANDONO INVOCADA - Art. 248 CNA										DILIGENCIAS REALIZADAS					MEDIDA DE PROTECCIÓN					DURACIÓN	
			Artículo 248 CNA										Artículo 246 CNA					Artículo 243 CNA						
			Inc a)	Inc b)	Inc c)	Inc d)	Inc e)	Inc f)	Inc g)	Inc h)	Inc i)	C.E.	Inc a)	Inc b)	Inc c)	Inc d)	Inc e)	otros	Inc a)	Inc b)	Inc c)	Inc d)		otros
79	574	0,8										X	X				X				X		2	
80	580	0,5										X	X									X		2
81	593	12										X		X			X					X		2
82	596	10										X						X				X		2
83	599	11										X	X									X		2
84	600	14										X	X			X						X		2
85	615	6			X							X	X				X					X		2
86	621	9		X								X	X			X		X				X		2
87	624	7		X									X			X		X				X		2
88	626	13			X							X	X						X					1
89	627	0,2					X					X	X						X					1
90	640	0,8						X				X	X			X						X		1
91	645	1		X								X										X		1
92	650	4										X					X					X		2
93	652	6										X	X						X			X		2
94	663	9										X	X				X					X		2
95	665	12										X	X					X				X		2
96	671	13										X	X									X		2
97	682	0,5					X					X		X				X				X		1
98	683	0,2	X									X		X			X					X		1
99	693	0,8						X				X		X			X					X		1
100	695	3			X							X		X			X		X					1
101	710	8		X								X		X					X			X		2
102	722	12			X							X	X						X					1
103	728	0,3					X					X		X			X					X		1
104	730	0,1	X									X		X			X					X		1
105	781	0,4						X				X		X			X					X		1
106	784	13			X							X		X			X		X			X		1
107	785	9									X	X	X				X					X		2
108	788	8										X	X											
109	789	11										X	X											
110	800	13										X		X			X					X		2
111	805	9										X					X					X		2
112	810	6										X	X				X					X		2
113	820	10										X					X					X		2
			5	17	20		8	6	4		4	49	60	48		46	50	51	8				105	

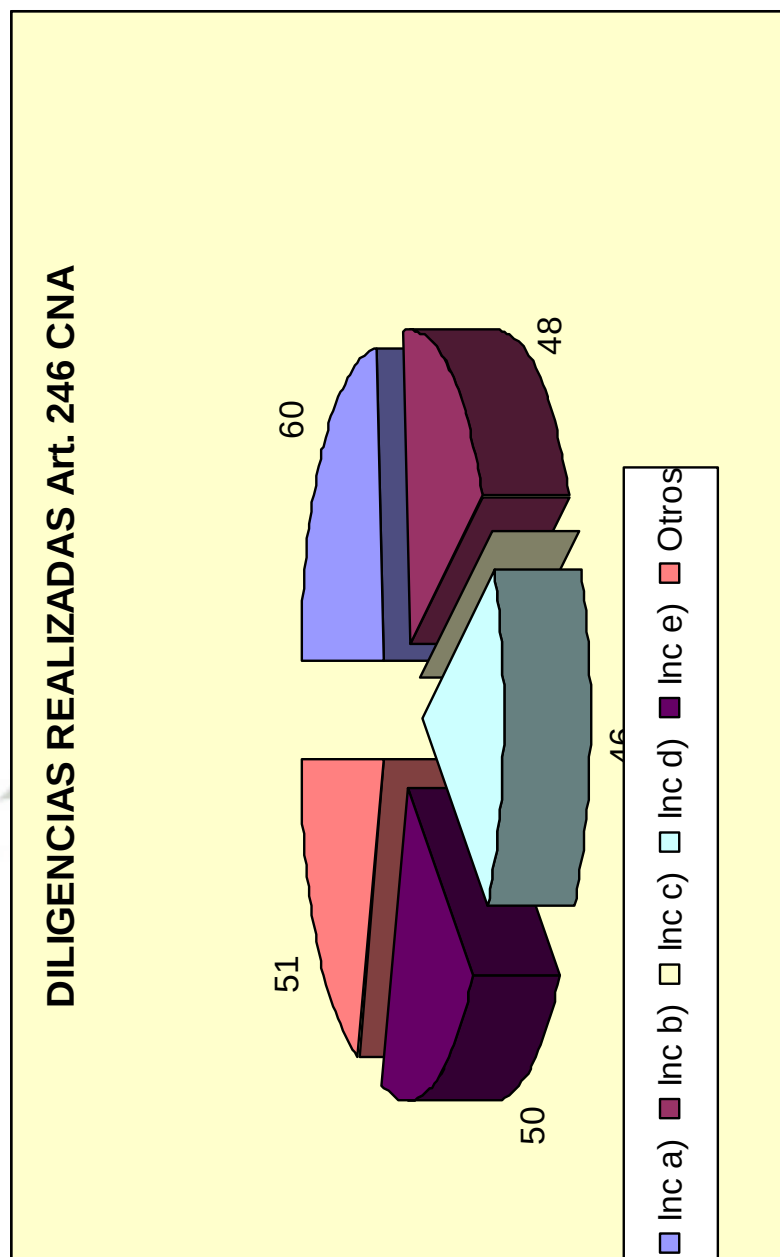


CUADRO SOBRE LAS CAUSAS DE ABANDONO EN EL PROCESO TUTELAR-2005.

Del cuadro se desprende que el **cuarentinueve** por ciento de los procesos judiciales, la causa principal invocada en la demanda es la carencia económica de uno o de los dos progenitores; **el veinte** por ciento es por la causal de maltratos físicos y psicológicos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran; **diecisiete** por ciento por la causal de incumplimiento de las obligaciones paternas; **ocho** por ciento por haber sido dejados en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlos; **seis** por ciento por haber sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción; **cinco** por ciento por la causal de ser expósitos; y **cuatro** por ciento por la causal de ser explotado en cualquier forma u utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia; y el **cuatro** por ciento por encontrarse en total desamparo.

Teniendo en cuenta que el principal factor de albergamiento es la carencia económica de los padres, ello obedece principalmente a que el Departamento de Puno es uno de los mas pobres del Perú, según índices del INEI, sumado al nivel de analfabetismo que cuenta, en su mayoría mujeres, la explosiva migración rural urbana, la falta de empleo, la exclusión social, la falta de oportunidades, el incremento de zonas urbano marginales, en cuyas viviendas, en su mayoría, no cuentan con las mas mínimas condiciones de vida, lo que viene generando el incremento de desnutrición en los hijos menores de las familias que las conforman; entre otros factores, genera el incumplimiento de las obligaciones alimentarias de los padres frente a sus hijos; sin embargo, esta carencia económica en ningún caso debe lugar a la declaración del estado de abandono, puesto que ello daría lugar a privar el derecho de los padres de tener con ellos a sus hijos o peor aún perder la patria potestad sobre los mismos, pero lamentablemente del cuadro materia de análisis, se evidencia que el proceso de abandono se viene mal usando, puesto que se alberga a niñas, niños y adolescentes por razón de pobreza, con el consiguiente riesgo de ser institucionalizados, en razón a que los padres, al ver que el Estado asume parte de sus obligaciones, optan por abandonarlos a su suerte en los centros de albergamiento, sustrayéndose aun mas a sus obligaciones paternas.

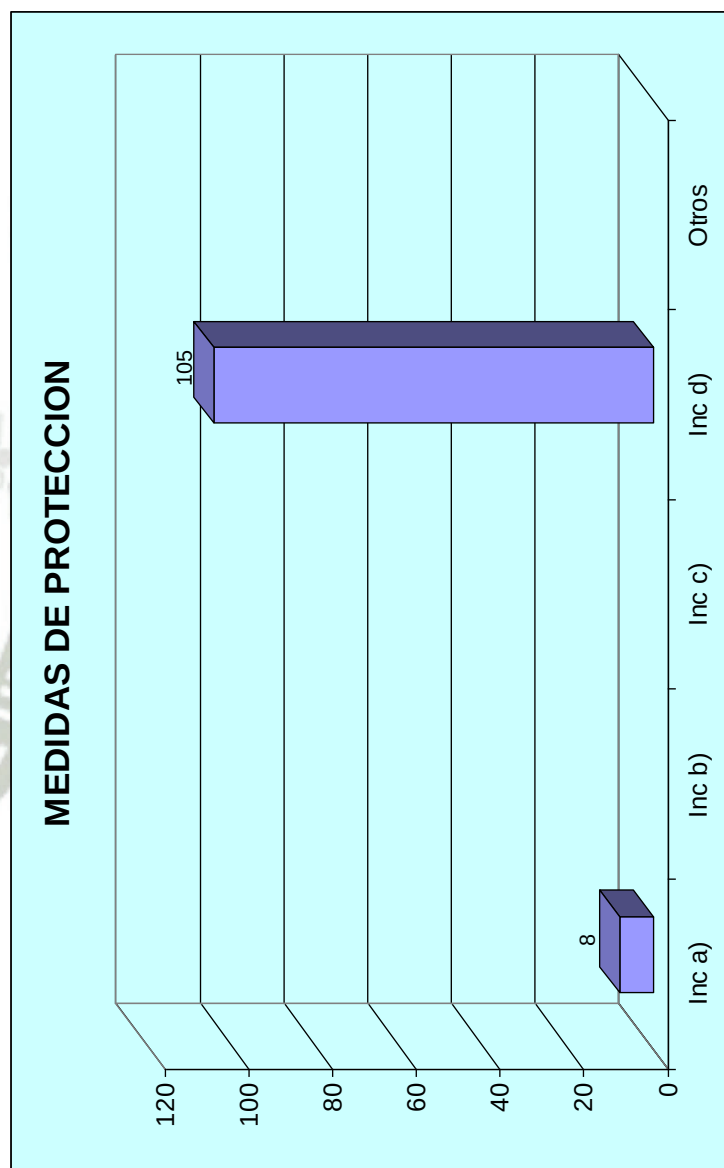




RESPECTO DEL CUADRO DE DILIGENCIAS REALIZADAS DURANTE EL PROCESO JUDICIAL DE ABANDONO.

Este cuadro y el anteriormente comentado, tienen íntima relación entre si, puesto que ambos comprometen el derecho al debido proceso y de defensa del menor. Es así que sólo el **sesenta** por ciento se recaba la declaración del niño o adolescente o la descripción de sus características físicas, así como la toma de huella palmares y plantares; en el **cincuenta** por ciento únicamente se cumple con recabar con el informe técnico multidisciplinario realizados por los profesionales de las instituciones que alberguen a los tutelados; además de los que se remitan en forma periódica cada tres meses; **el cuarenta y ocho** por ciento realiza el examen psicosomático para establecer su edad, su estado de salud y desarrollo psicológico, realizado por la oficina de Medicina Legal especializada; y, **el cuarenta y seis** por ciento se recaba el informe del equipo multidisciplinario o el que haga sus veces para establecer los factores que han determinado la situación del niño o adolescente.

No se cumple con realizar la pericia pelmatoscópica para establecer la identidad del niño, recabar la partida de nacimiento, así como el informe de la división de la Policía Nacional el Perú en relación a las personas desaparecidas, a fin de que indiquen si existe denuncia por la desaparición de la niña, niño o adolescente.

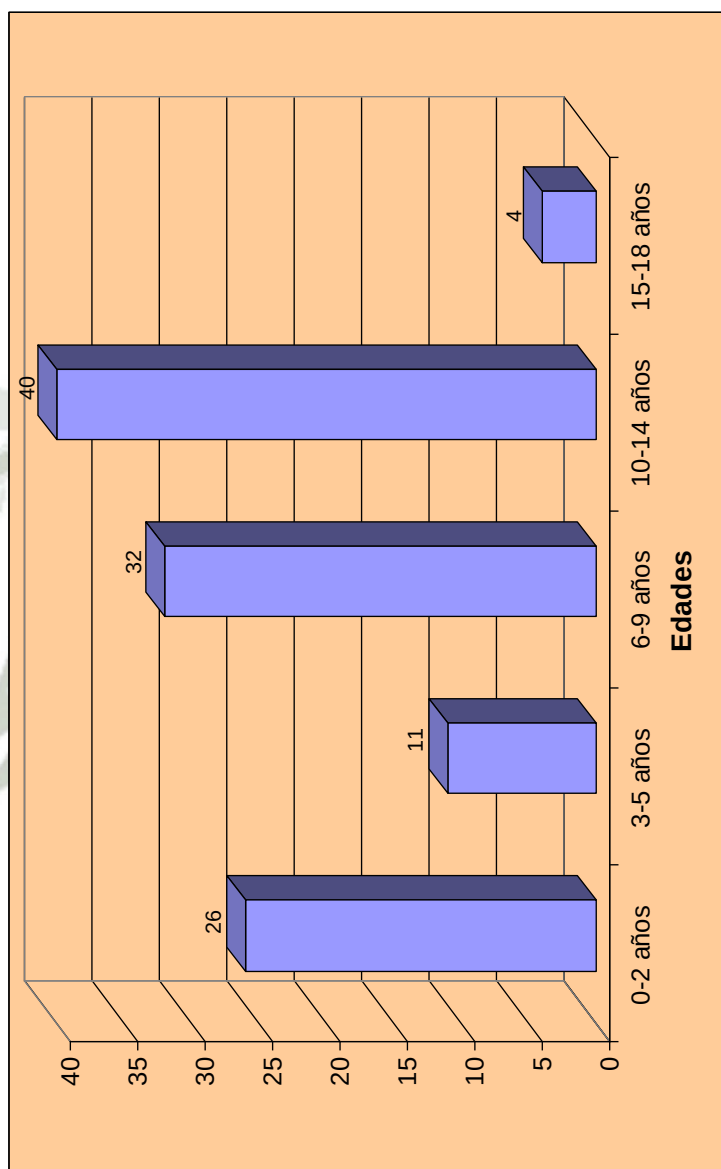


RESPECTO AL CUADRO SOBRE LAS MEDIDAS DE PROTECCION QUE SE EMITEN DENTRO DEL PROCESO DE ABANDONO DE MENOR

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley 28330, dispone la aplicación de las medidas de protección a los niños y adolescentes que se encuentren en situación de abandono. Es así que del cuadro se evidencia que del total de 113 expedientes revisados, **105** de ellos se aplica la atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado, es decir, el albergamiento de la niña, niño o adolescente en cualquiera de los 5 hogares de menores que existen en la provincia de Puno; y, solo **8** procesos han merecido la medida de protección del cuidado en el propio hogar, para lo cual se dispuso la orientación a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa.

No se aplica las medidas de protección, tales como: La participación en el programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud o social; la incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; la atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado; y, dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado.

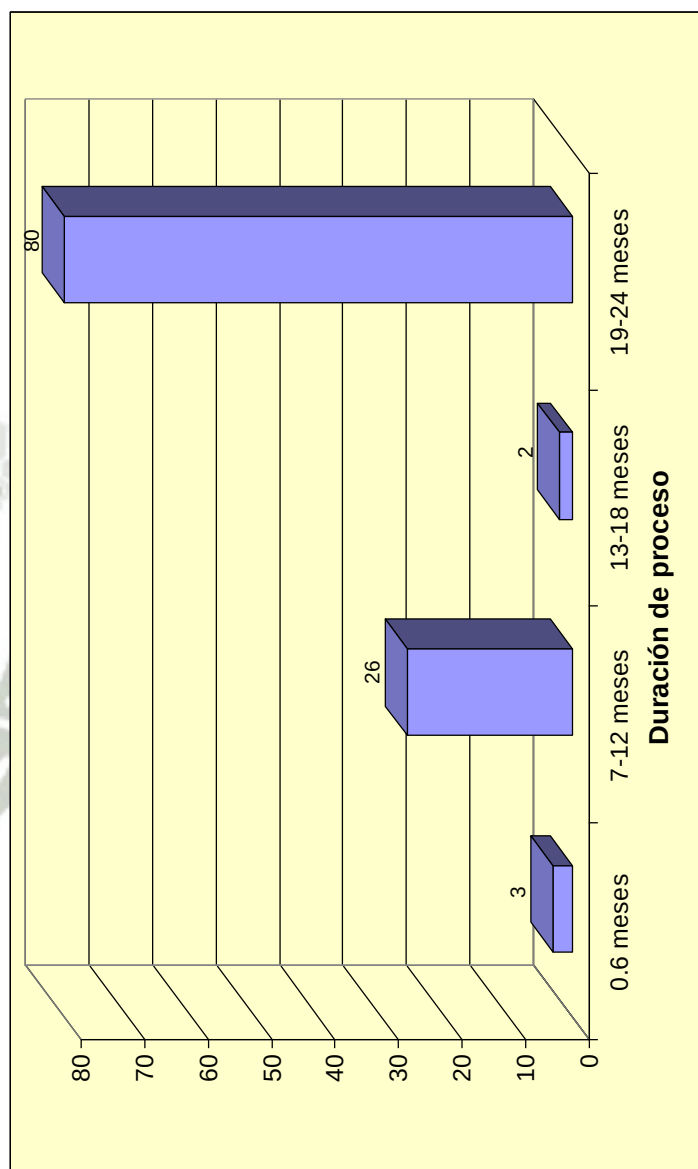
Consecuentemente se vulnera el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes que establece el derecho de todo menor a vivir en el seno de una familia.



RESPECTO DE LAS EDADES DE LAS NIÑAS, NIÑOS O ADOLESCENTES MATERIA DE PROCESO TUTELAR DE ABANDONO

Se ha podido observar que respecto a las edades de las niñas, niños o adolescentes objeto de internamiento, fluctúan entre los **diez a catorce** años de edad, el mayor número de niños y adolescentes albergados en un Hogar de Menores, siendo el número **cuarenta**. Las edades de seis a nueve años, se cuenta con **treintidos** albergados, seguido por las edades de un día a dos años con número total de **veintiséis** albergados. Entre las edades de tres a cinco años, se cuenta con **once** albergados; y entre las edades de quince a dieciocho un total de **cuatro** albergados.

Como se tiene analizado en el primer cuadro, la principal causal que induce al internamiento en un hogar de menores, es la carencia económica de sus progenitores, esto indudablemente corrobora a concluir que se viene afectan el derecho elemental de vivir en el seno de una familia y sobre todo no se aplica el principio del interés superior del niño, establecido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.



CUADRO RESPECTO A LA DURACION DEL PROCESO DE ABANDONO

Los proceso de abandono de niñas, niños y adolescentes, se tiene que ochenta procesos tienen una duración entre **diecinueve a veinticuatro meses**; veintiséis procesos han durado entre **siete a doce meses**; tres procesos entre seis meses; y finalmente dos procesos han durado entre **trece a dieciocho meses**; consecuentemente se aprecia a simple vista que los plazos que dura el proceso tutelar de abandono sobrepasa el plazo razonable que debe contar cada proceso, , tanto mas como su nombre indica se trata de procesos tutelares, esto no hace sino confirmar que se atenta contra el debido proceso y el principio del interés superior del niño.

Sin embargo, resulta también evidente que los procesos por abandono de niñas y niños de cero días a dos años de edad, se tramita con mayor celeridad que los procesos por abandono de niños que superan dicha edad ni que decir de los adolescentes. Esto tiene su explicación, en el sentido que los menores de dos años, luego de ser declarados judicialmente en abandono son promovidos en adopción, no así, las niñas y niños que sobrepasan dicha edad, por tanto, se evidencia un trato discriminatorio entre los mismos niños y adolescentes.

CONCLUSIONES

Luego de realizada la investigación podemos concluir lo siguiente:

PRIMERO: Las niñas, niños y adolescentes son sujetos de derecho y por tanto sujetos también de igualdad ante la ley, lo que significa que en tanto que una persona menor de 18 años que se encuentre comprendido dentro del proceso de abandono, debe tener los mismos derechos que cualquier otro ciudadano, es decir, ser oído, que el proceso se desarrolle respetando el debido proceso, con las mismas garantías que los adultos tienen, mas otras que le corresponden por su especial condición, garantías que estén presentes frente al accionar de todos los sub sistemas del proceso judicial.

SEGUNDO: Debemos reconocer, que el tratamiento que se brinda en nuestro país a los niños y adolescentes que se encuentran comprendido dentro de un proceso tutelar de abandono, representa un intento de verdadera adecuación sustancial al espíritu de la Convención Internacional sobre los derechos de niños y adolescentes, pero también es cierto que aún falta mucho camino por recorrer en aras de lograr un sistema que le brinde todas las garantías necesarias para lograr el debido proceso, considerando siempre que, no se trata de un proceso cualquiera, sino de uno en el que el actor principal es una niña, niño o adolescente en especial situación.

TERCERO: No se aplica en toda su extensión el principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y

Adolescentes y el artículo tercero de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y Adolescente, puesto que al momento de emitirse la medida de protección dentro del proceso de abandono, no se respeta el derecho a vivir en el seno de su familia, derecho fundamental que permite un adecuado y equilibrado desarrollo integral en el proceso de formación, por el contrario los jueces prefieren el albergamiento en uno de los cinco hogares de menores de la provincia de Puno, como la medida mas apropiada, **cuando** el artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes, señala que la primera medida, debe ser el cuidado en el propio hogar.

CUARTO: El término de duración del proceso tutelar de abandono, tanto de una niña, niño o adolescente en el práctica resulta excesivo, si se tiene en cuenta que en ese tiempo de duración, se encuentra internado en un hogar de menores, que por lo general sobrepasa el año de investigación judicial, lo cual va en contra del principio del plazo razonable que debe tener el proceso, este problema se presenta desde cuando en la norma no fija un término mínimo o máximo de investigación judicial, sino únicamente se señala el término para la emisión del dictamen y la sentencia, pero mas propiamente el proceso no cuenta con un plazo de duración.

QUINTO: El código de los Niños y Adolescentes aprobado por Ley 27337, señala que el Poder Judicial, debe contar con un equipo multidisciplinario, a fin de que coadyuve a una mejor investigación en caso de niñas, niños y adolescentes, pero en la práctica ello no funciona, se cuenta solamente con una asistente social, la misma que no se abastece para poder efectuar una visita domiciliaria y un estudio socio económico mas exhaustivo de la situación económica y social del entorno familiar, ello también contribuye a que en el proceso no se desarrolle todas las diligencias que señala el artículo 246 del

Código de los Niños y Adolescentes, por tanto, se vulnera el principio del debido proceso.

SEXTO. En la etapa judicial, en los expedientes de los dos Juzgados Especializados de Familia de la provincia de Puno, se ha comprobado que los señores representantes del Ministerio Público, no cumplen completamente con la obligación contenida en el artículo 203 del Código de los Niños y Adolescentes, puesto que no participan en todas las declaraciones de las niñas, niños y adolescentes, declaraciones de los progenitores, diligencias señaladas por el Juzgado de Familia, por tanto, esta deficiencia también debe ser subsanada a través de los mecanismos de control.

SETIMO: En los dos Juzgados Especializados de Familia de la provincia de Puno, no se actúan la totalidad de diligencias ordenadas en el artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes por diversos factores, siendo los mas comunes, la falta de respuesta y remisión de documentos de otras instituciones como municipalidades, periódicos, peritos, Policía Nacional, entre otros. E igualmente, no se cumple a cabalidad el impulso de oficio que obliga al Juez dirigir el proceso, sin necesidad de petición de parte, esto permite que los procesos excedan el plazo razonable.

OCTAVO: La carencia económica de los padres o responsables es el principal factor de albergamiento de las niñas, niños y adolescentes en los cinco hogares de la provincia de Puno.

NOVENO: Si bien en los Capítulos IX y X del Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley No. 28330, reglamentado por el Decreto Supremo No. 011-2005-MIMDES, establecen cual es procedimiento a seguir cuando una persona se encuentra comprendido dentro de un proceso tutelar de abandono; sin embargo, el no establecer expresamente, el orden de prelación para la emisión de la medida de protección, genera el uso indiscriminado de la medida de protección, señalada en el numeral d) del artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes, consistente en el albergamiento del niño, niña o adolescente en un establecimiento de protección especial, en perjuicio de las personas que si cuentan que una familia.

DECIMO: Finalmente, diremos que la hipótesis propuesta se ha confirmado, no se aplica ni respeta el principio del interés superior del niño en el proceso tutelar de abandono, consecuentemente no se respeta el debido proceso, tales como el derecho de opinión; el permitir que por razones de carencia económica se disponga el albergamiento del menor, vulnera el derecho de vivir en el seno de una familia, la no existencia de un plazo de duración de un proceso, permite que el proceso se desarrolle con un tiempo de duración excesiva en perjuicio de las niñas, niños y adolescentes.

SUGERENCIAS

PRIMERA: La incorporación del artículo 245-A del Código de los Niños y Adolescentes en el que se disponga que el plazo de duración del proceso tutelar de abandono no sea mayor de **noventa días**, como plazo razonable de investigación, bajo responsabilidad funcional del Juez en tanto siga asumiendo competencia en la materia el mismo plazo para la autoridad administrativa designada por ley, tiempo en el cual debe investigarse las causas que generen el presunto estado de abandono de las niñas, niños o adolescentes.

SEGUNDA: Debe modificarse el artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes, en el sentido que las medidas de protección a dictarse dentro del referido proceso, sea en **orden de prelación**, prefiriendo principalmente que el cuidado de la niña, niño o adolescente, sea en el propio hogar y como última medida, cuando así lo justifique las circunstancias, el albergamiento en un hogar de menores.

TERCERO: El Juez como director del Proceso, debe disponer la notificación al Fiscal Provincial de Familia o Fiscal Provincial Mixto, a fin de que participe en todas las declaraciones que emitan las niñas, niños o adolescentes, a fin de coadyuvar a establecer las causas que motivan el presunto abandono, así como debe disponer los apremios correspondiente a fin de lograr la obtención de respuestas de las instituciones cuya información se solicita. E igualmente, el personal administrativo correspondiente, deben hacer un cuadro de pruebas ordenadas y cumplidas al inicio de cada proceso.

CUARTO: Debe establecerse el **procedimiento previo** antes de emitirse la medida de protección, disponiéndose la realización del informe socio-económico

por parte del equipo multidisciplinario adscrito al Juzgado, a fin de que informe si en efecto dicha niña, niño o adolescente se encuentra en presunto estado de abandono, todo con la finalidad de garantizar que la medida de protección de albergamiento en un hogar de menores, sea la necesaria.

QUINTO: Que, la carencia económica de uno o de ambos progenitores, **de ningún modo debe ser motivo de albergamiento** de un menor en un hogar de menores, menos la declaración del estado de abandono, toda vez que las consecuencia son irremediables, al no solo desligar al niño o adolescente de la familia natural, sino fundamentalmente porque pondría fin a la patria potestad que los padres tienen como derecho frente a sus hijos.

SEXTO: Debe establecerse un término máximo de albergamiento en un hogar de menores, **cuando el niño o adolescente sea judicialmente declarado en estado de abandono**, el mismo que no debe sobrepasar mas de dos años, debiendo bajo responsabilidad del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social MIMDES procurar la colocación de la niña, niño o adolescente en un hogar sustituto.

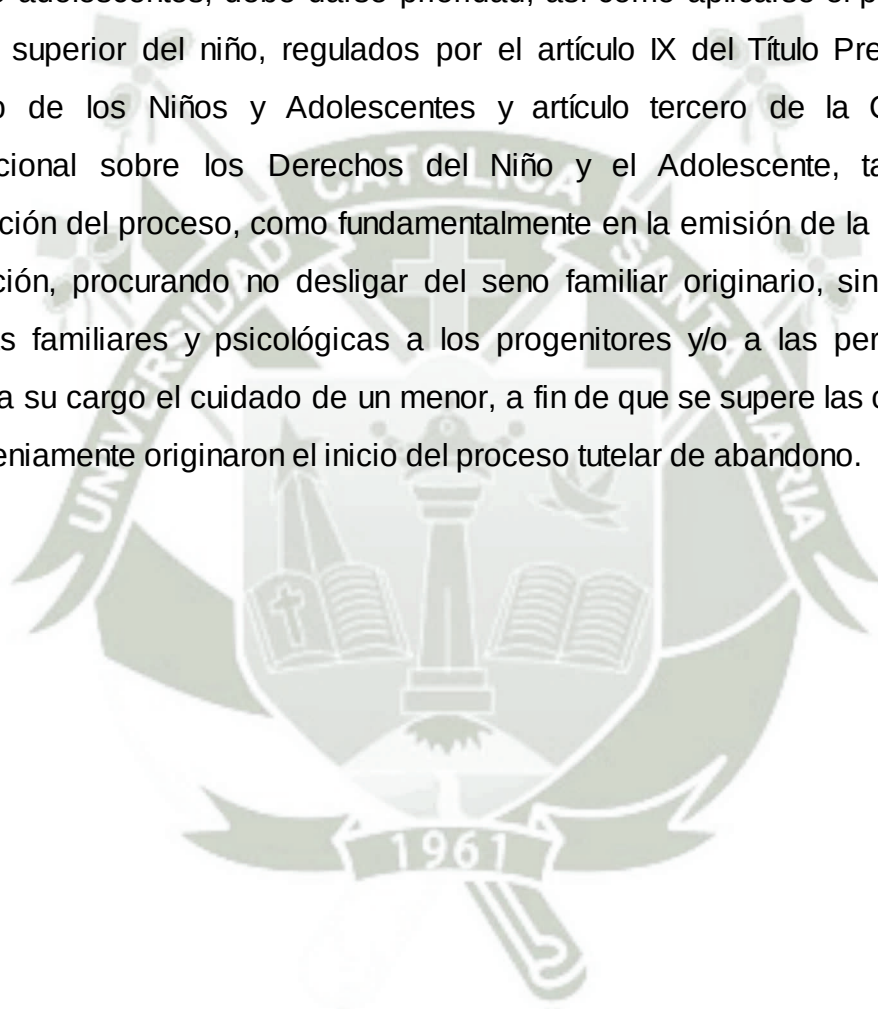
SETIMO: La **concientización y difusión** de los derechos que les asiste a las niñas, niños y adolescentes comprendidos dentro de un proceso tutelar de abandono, lo cual debe realizarse no solo a nivel de magistrados y personal auxiliar del Poder Judicial, sino además a los miembros del Ministerio Público, defensores de oficio y público en general.

OCTAVO: La **implementación** del equipo multidisciplinario en los dos Juzgados Especializados de Familia de Puno, para ello deberá contarse por cada Juzgado con un Psicólogo, Asistente Social y Médico, a fin de que emitan el informe multidisciplinario previo a la emisión de la medida de protección.

NOVENO: El Estado peruano, a través del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) debe generar **políticas públicas** a fin de afrontar la lucha

contra la pobreza y la reducción de la desigualdad social, aplicando políticas integrales y mecanismos orientados a garantizar la igualdad de oportunidades económicas, sociales y políticas, promoviendo la equidad de género y la igualdad de oportunidades para la niñez y las poblaciones en situación de pobreza y pobreza extrema discriminadas y excluidas como el Departamento de Puno.

DECIMO: En todos los procesos en donde se encuentre comprendido niñas, niños o adolescentes, debe darse prioridad, así como aplicarse el principio del interés superior del niño, regulados por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y artículo tercero de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el Adolescente, tanto en la tramitación del proceso, como fundamentalmente en la emisión de la medida de protección, procurando no desligar del seno familiar originario, sino disponer terapias familiares y psicológicas a los progenitores y/o a las personas que tienen a su cargo el cuidado de un menor, a fin de que se supere las causas que primigeniamente originaron el inicio del proceso tutelar de abandono.



PROPUESTA

PROYECTO DE LEY

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE INCORPORA EL ARTICULO 245-A Y MODIFICA EL ARTÍCULO 246
DEL CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.**

Artículo 1.- Objeto de la ley

- 1.1. Modifícanse el artículo 246 del Código de los Niños y Adolescentes e incorpórese el artículo 245-A del mismo ordenamiento.

Artículo 245-A del Código de los Niños y Adolescentes.

El plazo de duración del proceso de abandono de menor no deberá sobrepasar los 90 días, término en el cual deberá procurarse descartarse o confirmarse el estado de abandono de menor.

Igualmente no debe sobrepasar dos años de albergamiento en un centro u hogar de menores, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social MIMDES, deberá procurar gestionar la colocación familiar del menor en un hogar sustituto, bajo responsabilidad.

Artículo 243 dice.-

Las medidas de protección a los niños y adolescentes que se encuentren en situación de abandono, son:

- a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa.
- b) La participación en el programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud o social.
- c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar.
- d) Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado.
- e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado.

Artículo 243 debe decir.-

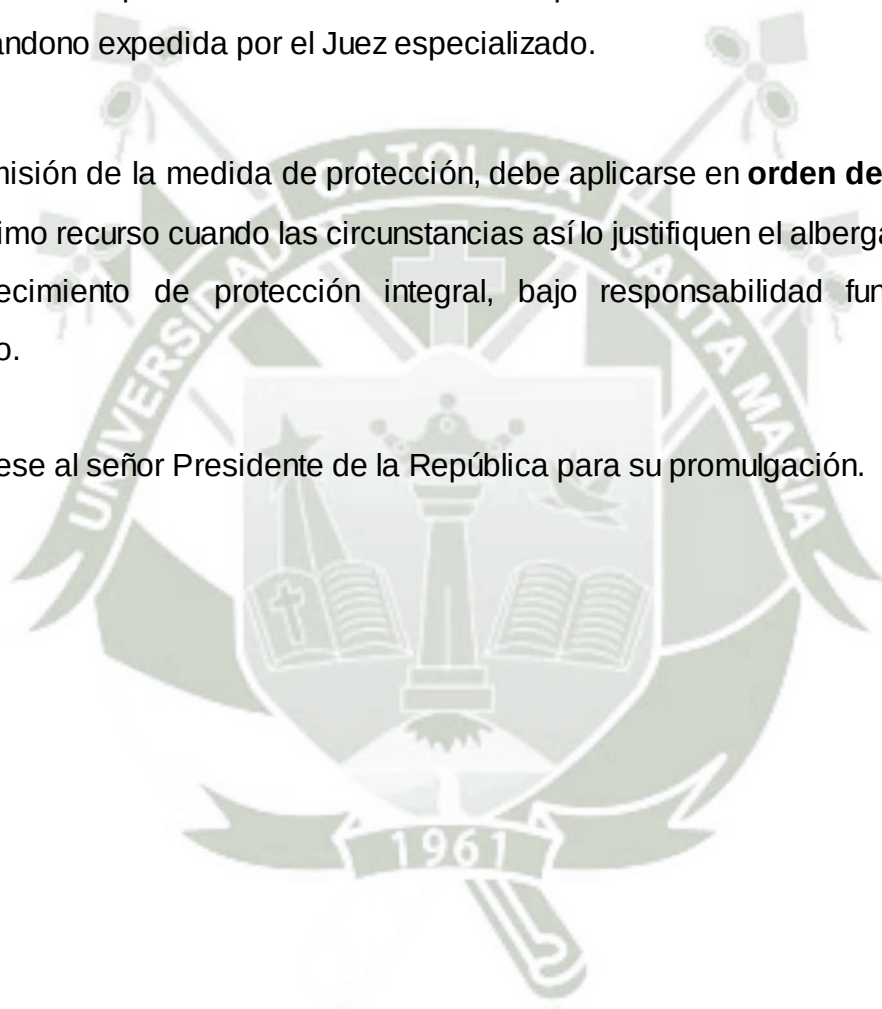
Las medidas de protección a los niños y adolescentes que se encuentren en situación de abandono, son:

- a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa.

- b) La participación en el programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud o social.
- c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar.
- d) Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado.
- e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado.

Para la emisión de la medida de protección, debe aplicarse en **orden de prelación** y como último recurso cuando las circunstancias así lo justifiquen el albergamiento en un establecimiento de protección integral, bajo responsabilidad funcional del Magistrado.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.



REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

AQUIZE CACERES, Rocío, Instituciones Supletorias de Amparo Familiar, Maestría en Derecho de Familia a Distancia, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2004.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comprado. Editora Rao. Constitución y sociedad ICS. Quinta Edición. Lima 1999.

BUTRON FUENTES, José, Derechos del Niño y Adolescente, Maestría en Derecho de Familia a Distancia, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2004.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Eliasta S.R.L. 18 ava Edición. Bs. As. 1981.

CODIGO CIVIL COMENTADO, Derecho de Familia, Tomo II y III, Gaceta Jurídica, 2003.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, Décima Edición Actualizada, Gaceta Jurídica Editores, Lima 1999.

CORRAL TALCIANO, Hernán. Derecho y Derechos de la Familia, Editora Jurídica Grijley, Lima 2005.

CHUNGA LAMONJA, Fermín. Derecho de Menores, Editora Jurídica Grijley
Lima 2001.

DEL CARPIO DE ABARCA, Columba, Adopción, Maestría en Derecho de
Familia a Distancia, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2004.

LOGAMARSINO, Carlos. Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo I, II y III.
Editorial Universidad, Buenos Aires 1991.

LUDEÑA GONZALES, Gerardo, Un Debido Proceso de Adopción para
nuestros Niños y Adolescentes, G&S Editores, Lima, 2000.

MONTERO AROCA, Juan, Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano,
Enmarce E.I.R.L., Lima 1999.

PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Derecho de Familia en el Código Civil,
IDEMSA, Lima, 2002.

PLACIDO V., Alex, Filiación y Patria Potestad en la Doctrina y en la
Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

PLACIDO V., Alex. Manual de Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima,
2001.

TICONA POSTIGO, Victor. El debido Proceso y la Demanda Civil. Tomo I y II.
Arequipa, Editorial Rodhas.

VEGA MERE, Yuri, Las nuevas fronteras del Derecho de Familia, Editora Normas Legales, Lima, 2003.

A. ZANNONI, Eduardo, Derecho civil – Derecho de Familia, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.

CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, Ley 27337, expedido el 07 de agosto del 2000.

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Adoptado en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entro en vigor el 18 de julio de 1978.

CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO PERUANO, de 1993.

DECLRACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, Adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, el 10 de noviembre de 1948.

DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, el 2 de noviembre de 1959.

ANEXOS



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRIA EN DERECHO DE FAMILIA



PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

***LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL
NIÑO EN EL PROCESO TUTELAR DE ABANDONO POR LOS
JUZGADOS DE FAMILIA DE LA PROVINCIA DE PUNO, 2005.***

Presentado para optar el Grado Académico de
Magíster en Derecho de Familia, por la Bachiller:
JUDITH MERCEDES CONTRERAS VARGAS.

AREQUIPA - PERU
2006

PREAMBULO

Los Juzgados Especializados de Familia de la Provincia de Puno por mandato de la Segunda Disposición Complementaria del Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Ley No. 27337, son competentes para investigar y dictar la medida de protección correspondiente en casos de niñas, niños y adolescentes que se encuentran en presunto estado de abandono moral y material. Esta investigación se lleva adelante con la intervención del Ministerio Público y los órganos de auxilio judicial, tales como médicos legistas, psicólogos y área de asistencia social. El código de los Niños y Adolescentes, no establece el plazo mínimo o máximo de conclusión del procedimiento, lo que ha traído consigo una demora significativa que atenta contra los derechos de los tutelados, por otra parte, el mismo código establece medidas de protección cuya ejecución no se encuentra adecuadamente regulados.

Si se toma en cuenta que las niñas, niños o adolescente objeto de investigación tutelar por presunto estado de abandono, son niños desde 01 día de nacido hasta los dieciocho años de edad y las consecuencias derivadas de la decisión del órgano jurisdiccional, evidentemente les afectara no solo en su desarrollo personal, sino en su entorno social, es aquí donde se encuentra el problema que se pretende investigar, puesto que el tipo de proceso y tratamiento que ellos reciben luego de emitirse la medida de protección no resulta siendo el mas adecuado, no solo por parte de los fiscales, jueces, los órganos de auxilio judicial sino propiamente en la ley que tiene como finalidad de brindar protección y velar por que toda medida sea acorde al interés superior del niño y tratado como un problema humano, por lo que resulta de interés para la investigadora obtener a través del presente trabajo, respuestas a las siguientes interrogantes ¿durante el proceso tutelar por abandono moral y material se aplica o no el interés superior de niño? ¿Se respetan y protegen cabalmente los derechos de las niñas, niños y adolescentes que son objeto de proceso tutelar?.

La autora.

PLANTEAMIENTO TEORICO

I. PROBLEMA DE INVESTIGACION.-

1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:

“La aplicación del interés superior del niño en el proceso tutelar de Abandono por los Juzgados de Familia de la Provincia de Puno, 2005”.

1.2. DESCRIPCION DEL PROBLEMA:

1.2.1. AREA DEL CONOCIMIENTO:

El problema a investigarse se encuentra ubicado en:

CAMPO : Derecho Privado.

AREA : Derecho de Familia.

LINEA : Abandono de Niño y Adolescente.

1.2.2. ANALISIS DE VARIABLES:

1.2.2.1. VARIABLE INDEPENDIENTE:

APLICACION DEL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

Indicadores:

1. Dispositivos Legales

- ❖ Convención sobre los Derechos del Niño.
- ❖ Declaración de los Derechos del Niño.
- ❖ Constitución Política del Estado.
- ❖ Código de los Niños y Adolescentes.

2. Respeto a los Derechos de los Niños y Adolescentes.

Sub indicadores:

- ❖ A la vida e Integridad
- ❖ A la identidad e inscripción.
- ❖ A vivir en una familia.
- ❖ A la libertad de opinión,
- ❖ A la igualdad de oportunidades.

- ❖ No discriminación,
- ❖ Derecho de Atención del Estado.

1.2.2.2 VARIABLE DEPENDIENTE:

PROCESO TUTELAR DE ABANDONO EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA PROVINCIA DE PUNO, 2005.

Indicadores:

A. Garantías Procesales:

Sub indicadores:

- ❖ Debido Proceso.
- ❖ Opinión del menor.
- ❖ Juez natural.
- ❖ Doble instancia.
- ❖ Impulso de oficio.
- ❖ Pruebas pertinentes.
- ❖ Celeridad procesal.
- ❖ Plazo razonable

B. Medios Probatorios necesarios:

- ❖ Declaración del niño o adolescente.
- ❖ Examen psicosomático.
- ❖ Pericia Pelmatoscópica.
- ❖ Informe del equipo multidisciplinario.
- ❖ Informe de desaparición.
- ❖ Notificación a los padres o responsables.

C. Medidas de Protección

- ❖ Cuidado en el propio Hogar
- ❖ Participación en el programa Oficial o comunitario de defensa con atención educativa, de salud y social.
- ❖ Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar;

- ❖ Atención Integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado.
- ❖ Dar en Adopción.

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB-INDICADORES
VARIABLE INDEPENDIENTE	APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.	❖ Dispositivos legales	- Convención Derechos del Niño. - Declaración de los Ds. Del Niño. - Constitución Política del Estado. - Código de Niños y Adolescentes.
		• Respeto a los derechos de los niños y adolescentes.	- A la vida e Integridad - A la identidad e inscripción. - A vivir en una familia. - A la libertad de opinión- - A la igualdad de oportunidades. - No discriminación. - Derecho de Atención del Estado
VARIABLE DEPENDIENTE	PROCESO TUTELAR DE ABANDONO	• Garantías Procesales	- Debido Proceso. - Opinión del menor. - Juez natural. - Doble instancia. - Impulso de oficio. - Pruebas pertinentes. - Celeridad procesal. - Plazo razonable.
		• Medios Probatorios pertinentes.	- Declaración del niño o adoles. - Examen psicosomático. - Pericia Pelmatoscópica. - Informe multidisciplinario. - Informe de desaparición. - Notificación a padres o respons.
		• Medidas de Protección	• Cuidado en el propio Hogar. • Participación en programa Oficial. • Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; • Atención Integral. • Dar en Adopción.

1.2.3. INTERROGANTES BASICAS.

1. ¿De que forma se lleva adelante el proceso tutelar de abandono en los Juzgados de Familia de la Provincia de Puno, 2005?.
2. ¿Se aplica el principio superior del niño en los procesos tutelares de abandono en los Juzgados de Familia de la Provincia de Puno, 2005.?



1.2.4. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACION.

La investigación será:

- Por su finalidad : Aplicada.
- Por el tiempo : Longitudinal o diacrónica.
- Por el nivel de profundización : Descriptiva y explicativa.
- Por el ámbito : Documental y de Campo.

1.3. JUSTIFICACION.-

Por disposición de la Segunda Disposición Complementaria del Código de los Niños y Adolescentes, aprobado mediante Ley 27337, son competentes para conocer el proceso tutelar de abandono, los jueces de familia; sin embargo, el código no establece el término de duración del proceso, lo que a todas luces resulta perjudicial, toda vez que se puede alargar a través del tiempo sin que se defina la situación legal de la niña, niño o adolescente materia del proceso, por otra parte, se emite medidas de protección, resultando en la práctica la mas usual, el internamiento en un albergue; a lo largo de la investigación no siempre se agota con el paradero de los padres o si existen no se dispone de terapias familiares a fin de reforzar la relación paterna filial; consecuentemente no se aplica a cabalidad el principio del interés superior del niño.

Por las consideraciones señaladas, el presente la investigación **es actual**, en atención a la considerable cantidad de procesos tutelares y el incremento de niñas, niños y adolescentes declarados en estado de abandono, los que a la fecha vienen abarrotando los cinco Hogares de Menores que cuenta la provincia de Puno; por tanto, el tema requiere de un estudio especializado. Igualmente la presente investigación **es útil, tiene importancia académica y es original**, en razón a que se pretende determinar si se aplica o no el principio del interés superior del niño en el proceso tutelar de abandono, se profundizará el estudio sobre la amplitud del referido principio y el aporte a lograrse no sólo servirá para los operadores del Derecho, sino los usuarios y finalmente su originalidad se fundamenta en la no existencia de investigaciones sobre el tema.

2.- MARCO CONCEPTUAL.-

Para la realización de la presente investigación, resulta de suma importancia tener presente en forma clara y precisa los principales conceptos o términos que se han de emplear a través de la investigación, siendo los principales los siguientes:

CONCEPTOS BASICOS:

El principio del Interés superior del Niño.-

El principio del interés del niño, es considerado como “Todo aquello que mejor favorezca a la protección integral de niños y adolescentes en un marco de derechos”.⁷⁸

“Un primer acercamiento a la idea de interés superior del niño consistirá en entender como tal la consideración primordial que en todas las sociedades se le debe dar a la protección de sus niños”

“La relevancia de este concepto radica en que siendo una constante en los instrumentos jurídicos su contenido se encuentra a su vez en continua renovación, en ser asimismo un concepto inabarcable y a la vez limitador del contenido de los demás derecho. Así si bien, a muy grandes rasgos, lo podríamos entender como la protección preferente de los intereses del menor cuando entren en conflicto con los de cualquier otro grupo, individuo u organización en la práctica habrá que estar siempre a la consideración de cuales son realmente los “intereses” de la infancia, y en qué casos podrían prevalecer otros intereses. No constituye pues, su reconocimiento una garantía de que los derechos de los niños vayan a ser los finalmente prevalente, pero el hecho de que se reconozca como espíritu inspirador de toda la Convención supone un definitivo paso adelante que ninguna organización o persona podrá obviar; implicando una más adecuada interpretación de los preceptos de la Convención y la potenciación de una mayor y más eficaz protección de la infancia.”⁷⁹

⁷⁸ DEL CARPIO RODRIGUEZ, Columba, *Derecho de los Niños y Adolescentes*, Impresiones Dongo, Arequipa, 2001, página 25.

Este principio se encuentra conceptualizado en la Convención sobre los Derechos del niño (adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989).

Este principio es uno de los pilares de la doctrina de atención integral, que otorga prioridad social y compromete la acción preferente por parte de las autoridades del Estado a favor de los menores de edad. Asimismo dicho principio tiene su sustento en el respeto de la dignidad de la persona humana reconocida en los artículos 1 y 3 de la Constitución Política vigente.⁸⁰

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación. Así lo establece el Principio número 7 de la Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1959 por el Asamblea General de las Naciones Unidas.

FAMILIA:

Sociológicamente, la familia ha sido considera como “una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana” (Aristoteles), definición que, no obstante los términos aparentemente vagos en que está concebida, puede ser admitida como correcta.

Jurídicamente, la idea de familia puede ser concebida en diferentes sentidos, cada uno de los cuales tiene una importancia mayor o menor dentro del Derecho: En sentido amplio, la familia es “el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad”. Esta concepción, a la que se parecer adherir Enneccerus, tiene una importancia relativamente reducida en el derecho familiar, pues no es a un círculo tan vasto de parientes y afines que hace alusión la mayor parte de las normas doctrinales y legales, a menos que se le ponga, como en efecto hace el

⁷⁹ CAMPOY CERVERA, Ignacio, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, Febrero de 1988 página 307.

⁸⁰ AQUICE CÁCERES, Rocío del Milagro, *Instituciones Supletorias de Amparo Familiar, Universidad Católica de Santa María, Maestría en Derecho de Familia a Distancia*, 2005 p 56.

Derecho, límites restringidos en la línea colateral; y porque, desde otro ángulo, ignora la situación de los convivientes no casados.⁸¹

NIÑO COMO SUJETO SOCIAL DE DERECHOS:

La visión del niño como sujeto social de derechos, busca el reconocimiento del rol activo de éste frente a su realidad. De su capacidad para contribuir en el desarrollo propio, en el de su familia y en el de su comunidad. Y lo incorpora en la construcción de la aplicabilidad de la Convención, como auténtico promotor de cambio y de desarrollo.

Va más allá de la idea de sujeto de derechos, porque considera que sólo en la medida en que el niño vaya, desarrollándose como sujeto social, podrá irse afirmando como sujeto de derechos.

Dentro de un proceso continuo, enriquecido fundamentalmente por la relación con su medio.

Coloca a niño y adultos, como sujetos sociales, en igualdad de condiciones. Por supuesto, considerando sus propias particularidades y grados de desarrollo. Es decir, no asume a la niñez como la preparación para la vida, sino como la vida misma.⁸²

DOCTRINA DE LA PROTECCION INTEGRAL:

Con el término “Doctrina de la Protección Integral de los derechos de la Infancia” se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo en la consideración social de la infancia. Reconociendo como antecedente directo “La Declaración Universal de los Derechos del Niño”, esta doctrina aparece representada por cuatro instrumentos básicos:

- a) La Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- b) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing).

⁸¹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, Décima Edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1999, página 13.

⁸² PEREZ, Jaime Jesús, representante de la Fundación RADDA BARNEN, citado por Meter Jorge Luis Cáceres Arce, *Derecho de Niño y del Adolescente*, Universidad Católica de Santa María, *Maestría en Derecho de Familia a Distancia*, 2004 p 18.

- c) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de la Libertad.
- d) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de RIAD).⁸³

ABANDONO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

1. PROCESO DE ABANDONO.-

1.1. Concepto.-

El abandono es el estado en el que el individuo (en este caso menor de edad) se encuentra desprotegido, en desamparo, al existir ausencia de los recursos materiales para su mantenimiento y sobrevivencia y/o de relaciones afectivas, especialmente familiares.⁸⁴

El abandono puede ser por acción u omisión, así por ejemplo en el primer caso tendría la acción misma de abandonar a un niño (en cualquier lugar, un mercado, una iglesia o la vía pública) y en el segundo la inacción que daría lugar al maltrato de un menor como el supuesto de una madre que ve al esposo castigar cruelmente a su niño en forma cotidiana y no hace nada por evitarlo.⁸⁵

“Por *situación de abandono* se entiende todo aquello que hace a lo social en sentido amplio, es decir los casos de niños subalimentados, maltratados, víctimas de padres alcohólicos, etc, por lo que exigen la intervención del Poder Ejecutivo sin que en sí mismos posibiliten la judicialización. Por *estado de abandono*, en cambio, se entienden aquellas situaciones en las que el vínculo de patria potestad o tutela se ha resquebrajado totalmente o ha desaparecido situación que, aquí sí, debe ser resuelta por el Poder Judicial. Dicho otro modo: la Justicia de Menores, en materia civil, solo

⁸³ La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 20 de noviembre de 1989.

⁸⁴ AYVAR ROLDAN, Carolina, *Instituciones Supletorias de Amparo Familiar*, Universidad Católica de Santa María, Maestría en Derecho de Familia a Distancia, 2003, pág. 101.

⁸⁵ AQUIZE CACERES, Rocio, *Instituciones Supletorias de Amparo Familiar*, Universidad Católica de Santa María, Maestría en Derecho de Familia a Distancia, 2004, pág. 58.

puede intervenir allí donde ya no existe ningún vestigio de que los padres puedan ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones para con los hijos. En concordancia con la orientación internacional y nacional esta concepción encuentra algunos de sus fundamentos políticos más consistentes en la pretensión de limitar tanto la tendencia a la judicialización de la pobreza como la discrecionalidad propia del poder que ostentaba el Estado a través de los Jueces de Menores. Se trata, sin duda, de una visión progresista de la cuestión, basada en los postulados de la Convención.

Pero como contrapartida la noción de *estado de abandono* no agrega esfuerzo por proporcionar un sistema de garantías efectivas para la satisfacción de la mayoría de los derechos del niño que cotidianamente son violados: a la educación, a la salud, a la alimentación, al vestido, al esparcimiento, a la vivienda. Este concepto hace menos discrecional el poder judicial pero con ello, solamente, no da cuerpo al espíritu de los *Derechos Humanos del Niño*. ”⁸⁶

1.2. Declaración Judicial previa del Estado de abandono.-

Durante buen tiempo se ha debatido en Perú respecto a la conveniencia de desjudicializar la investigación por abandono de menores de edad y que se le aborte en el ámbito administrativo. El nuevo Código de los Niños y Adolescentes ha optado por la desjudicialización de la investigación y protección de los menores de edad en estado de abandono, otorgando dichas funciones en principio al Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano (PROMUDEH) ahora Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES)⁸⁷ Sin embargo, la segunda disposición transitoria del C.N.A prorrogó por 180 días a partir de su vigencia la competencia del Ministerio en materia Tutelar, concediéndose luego sucesivas prórrogas.

⁸⁶ Lic. Osvaldo Agustín Marcón. omarcon@arnet.com.ar

⁸⁷ DEL CARPIO RODRIGUEZ Columba, Derecho de los Niños y Adolescentes, Impresión Dongo, Arequipa-Perú, 2001, pág. 83.

Mediante Ley 28330⁸⁸, se modifica diversos artículos del Código y se confiere atribuciones en la investigación por abandono de menores de edad al MIMDES, disponiendo que éste asuma competencia sobre la materia de manera progresiva, a partir de los 90 días hábiles de la entrada en vigencia del Reglamento de la Ley, a pronunciarse en un plazo de 60 días hábiles contados a partir de la vigencia de la propia Ley. En tanto, el Poder Judicial deberá continuar asumiendo competencia de las investigaciones tutelares.

El artículo 29 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley 28330, establece las funciones del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, siendo:

- ❖ Abrir investigaciones tutelares a niños y adolescentes en situación de abandono y aplicar las medidas de protección correspondientes;
- ❖ Dirigir y coordinar la Política Nacional de Adopciones a través de la Secretaría Nacional de Adopciones y las sedes desconcentradas a nivel regional.

1.3. Causas para la declaración judicial del estado de abandono:

- j) Sea expósito;
- k) Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación i, si los hubiere, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación;
- l) Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran;
- m) Sea entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por ser meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo;
- n) Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlos;

⁸⁸ Ley 28330, publicado en el diario oficial el 14 de agosto del 2004.

- o) Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción;
- p) Sea explotado en cualquier forma u utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia.
- q) Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad;
y
- r) Se encuentre en total desamparo.

La falta o carencia de recursos materiales en ningún caso da lugar a la declaración del estado de abandono.⁸⁹

“Además el artículo establece que la falta o carencia de recursos materiales, en ningún caso da lugar a la declaración del estado de abandono. Respecto a este último párrafo del código debemos decir que efectivamente no solo por el hecho de tener los padres escasos recursos económicos van a verse privados del derecho de tener con ellos a sus hijos y peor aún de la patria potestad sobre los mismos, pero lamentablemente la experiencia ha demostrado que este párrafo es mal usado, puesto que se pretende amparar en la pobreza, muchos abusos contra los menores como por ejemplo “institucionalizarlos” al pretender que los niños crezcan en un albergue y que luego cuando ya tengan la suficiente edad para trabajar y “ayudar a sus padres” salgan de la institución que los acogió, pero ¿Dónde queda el derecho de ese menor a crecer y desarrollarse en una familia? Sin importar si en ella pueda dársele todas las comodidades o no, claro esta que no todos los casos son iguales y si realmente el menor es albergado por pobreza de los padres (no por no responsabilidad o comodidad de ellos) deberá aplicarse escrupulosamente

⁸⁹ Art. 248 del Código de Niños y Adolescentes ley No. 27337.

el artículo, pero se debe tener cuidado y no permitir que los padres abusen de él y sobre todo del menor.”⁹⁰

1.4. Inicio de la Investigación Tutelar.-

El artículo 245 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley 28330, el MIMDES (actualmente aún el Poder Judicial en mérito a la segunda disposición transitoria del Código de los Niños y Adolescentes) toma conocimiento a través de la Policía (informe policial) o por denuncia de parte que un niño o adolescente se encuentra en alguna de las causales de abandono. Ello dará lugar a la apertura de investigación tutelar, con conocimiento del Fiscal de Familia, en dicha resolución administrativa deberá dictar en forma provisional la correspondiente medida de protección.

Igualmente, los responsables de los establecimientos de asistencia social y/o salud, públicas o privadas están obligadas a informar al órgano competente de las investigaciones tutelares del MIMDES sobre los niños y/o adolescentes que se encuentren en presunto estado de abandono en un plazo máximo de 72 horas de tener conocimiento del hecho. De este modo ha sido modificado dicha norma, que anteriormente preveía que las 72 horas se computaban a partir de la producción del hecho.⁹¹

1.5. Informes y Diligencias.-⁹²

De conformidad con los artículos 246 y 247 del código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley 28330, en la resolución que da inicio a la investigación tutelar, el MIMDES dispondrá la realización de las siguientes diligencias, que deberán cumplirse, de preferencia

⁹⁰ AQUIZE CACERES Rocio, Instituciones Supletorias de Amparo Familiar, Maestría en Derecho de Familia, Estudios a Distancia, Universidad Católica de Santa María, Arequipa 2006, pág. 60.

⁹¹ CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, Ley 27337, artículo 245.

⁹² DEL CARPIO DE ABARCA Columba, *Adopción*, Maestría en Derecho de Familia, Estudios a Distancia, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2004, pág. 56,57 y 58.

respetando el orden prelativo, ello en razón del aporte que para la mejor investigación proporcionará la primera diligencia respecto a la segunda y así sucesivamente:

h) Declaración del niño o adolescente, de ser posible; o la descripción de sus características físicas, así como la toma de huellas palmares y plantares.

Los niños y adolescentes tienen derecho a expresarse, a manifestar su opinión en todos los procesos que le afecten. Este es un derecho reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño⁹³

Resulta de primordial importancia la versión del niño o adolescente (si está en condiciones de darla). En esta diligencia, el funcionario respectivo, obviando cualquier formalidad innecesaria tratará de obtener la información necesaria para esclarecer la situación del menor de edad, (ubicación de sus padres o responsables), y con estos valiosos datos continuar la investigación.

La descripción de sus características físicas, que incluirá datos sobre su vestimenta, lugar en el que fue encontrado son igualmente datos valiosos.

Las huellas palmares y plantares del niño o adolescente servirán luego para las pericias que se practicarán.

i) El examen psico-somático (o psico-físico) para determinar su edad, su estado de salud y desarrollo psicológico.

⁹³ **Artículo 12 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño:** “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

Se practicará por la Oficina médico-legal especializada, o en su defecto por un profesional médico de los establecimientos del Ministerio de Salud. el resultado se evacuará en el plazo de 2 días y su resultado deberá dar algunas luces para continuar el proceso.

j) Pericia Pelmatoscópica.

Se lleva a cabo por la Policía Nacional, y consiste en el análisis comparativo de las huellas plantares del niño (y ahora también con el auxilio de las palmares) con las que aparecen de los archivos existentes en los diferentes centro de salud, y que han sido tomadas de los recién nacidos en dichos nosocomios, oportunidad en la que también se toma la huella dactilar de la madre. El peritaje se realiza con doble finalidad:

- ❖ Verificar la identidad del niño o adolescente, cuando se le conoce presumiblemente. Con tal fin deberá adjuntarse la partida de nacimiento del investigado y una copia del examen psico-somático. Supuesto en el cual el resultado deberá evacuarse en el término de 2 días.
- ❖ Establecer la identidad, cuando se la desconoce completamente. Deberá adjuntar al oficio de requerimiento, copia del examen psico-somático del niño o adolescente. El resultado de la pericia se emitirá en el plazo de 10 días.

k) Informe del Equipo Multidisciplinario.

Emitido por lo general por un Psicólogo y un Asistente Social, integrado por un informe psicológico y otro socio-familiar, en el que se efectuará el diagnóstico sobre los factores que han determinado la situación del niño o adolescente.

l) Los informes técnicos multidisciplinarios.

A realizarse por los profesionales de las instituciones que albergan a los tutelados, que se remitirán periódicamente cada 3 meses. Tienen por finalidad el seguimiento del caso y evitar que

se prolongue la permanencia de los niños o adolescente, en las instituciones de tutela, sin solucionar su situación.

m) Informe de la División de Personas Desaparecidas.

Corre a cargo del Departamento de Identidad de la Policía Nacional, en el que se lleva el “Registro de Denuncias de Personas Desaparecidas”, con vista del cual informará si existe denuncia por la desaparición o secuestro del niño o adolescente, en el término de 3 días.

n) Búsqueda y Ubicación de los Padres o Responsables.

Una vez obtenidos los informes precedentes el MIMDES solicitará a la Policía Nacional la búsqueda y ubicación de los padres o responsables del niño o adolescente, adjuntando la ficha de inscripción del RENIEC.

De no ser habidos, dispondrá la notificación por el diario oficial “El Peruano” y otro de mayor circulación del lugar del último domicilio del citado, si fuere conocido o, en su defecto, del lugar donde se realiza la investigación. La publicación se hará por 2 veces en forma interdiaria, disponiendo además la notificación por radiodifusión en la emisora oficial en igual forma.

De no ser habidos los padres o responsables, el MIMDES remitirá al Juez competente el expediente de la investigación tutelar, a fin que se pronuncie sobre el estado de abandono del niño o adolescente.

1.6. Declaración judicial del Estado de Abandono.-

El artículo 249 del código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley 28330, establece que recibido el expediente que contiene la investigación por abandono remitido por el MIMDES, el Juez evaluará en el plazo perentorio de 5 días si se han evacuado los informes y

realizado las diligencias previstas en los artículos 246 y 247 del Código de los Niños y Adolescentes. De estar incompleto el expediente, el Juez mandará su devolución al MIMDES para que se subsanen las observaciones.

Dictamen Fiscal.- De haberse realizado todas las diligencias en informes, el Juez ordenara la remisión del expediente al fiscal, quien emitirá su dictamen en un plazo no mayor de 5 días.

Resolución del Juez.- Devueltos los autos por el Fiscal, el Juez competente en un plazo que no excederá de 15 días calendarios, expedirá resolución judicial, pronunciándose sobre el estado de abandono del niño o adolescente.

Por su parte el artículo 251 del Código de los Niños y Adolescentes, establece que: “Si como resultado de la investigación tutelar se estableciese que el niño o adolescente ha sido sujeto pasivo de un delito, el Juez competente remitirá los informes necesarios al Fiscal Penal para que procesa conforme a sus atribuciones”.

Firme que quede la resolución judicial, el Juez devolverá el expediente al MIMDES en el plazo perentorio de 5 días calendarios.

La resolución que declara al niño o adolescente en estado de abandono, es susceptible de APELACION, en el término de 3 días ante la Sala de Familia, o Sala Civil de Turno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 250 del Código de los Niños y Adolescentes.

1.7. Medidas de Protección.-

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley 28330, dispone como atribución del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, la aplicación de las medidas de protección a los niños y adolescentes que se encuentren en situación de abandono, siendo a saber:

- f) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa.
- g) La participación en el programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud o social.

“Por la naturaleza de la medida, consideramos que no es autónoma, sino que puede aplicarse conjuntamente con otras medidas, como por ejemplo, cuando el niño haya sido confiado al cuidado de su propio hogar o al de una familia sustituta.”⁹⁴

- h) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar.
- i) Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado.
- j) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado.

2. PRINCIPIOS DEL PROCESO TUTELAR

2.1. Principio de Celeridad Procesal.

Este principio responde a la exigencia constitucional de un juicio breve y sin dilaciones, y comprende a su vez a los principios de economía, concentración y simplificación procesal.

Por el principio de economía procesal, se busca conseguir el mejor resultado con el mínimo esfuerzo, para posibilitar, simplificar el procedimiento, y una rápida decisión final.

Por el principio de concentración, permite reunir varios actos procesales en un solo procedimiento.

Y, por el principio de simplificación procesal, se realizan los actos procesales de la manera menor gravosa al infractor con el menor empleo de la actividad procesal posible.⁹⁵

2.2. Instancia Plural.

Constituye también uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional (lo jurisdiccional = la potestad de administrar justicia); que señala la constitución en su artículo 139, inciso 6, y según sus propios términos, la denomina: “La pluralidad de la instancia”.

En el orden jerárquico procesal (un escalón más arriba), que permite que todas las resoluciones judiciales puedan ser revisadas en una instancia superior, con la finalidad de que estas –si fuera el caso–, puedan ser modificadas o aprobadas (confirmadas).

Esta garantía se fundamenta en el hecho cierto, de que los hombres nos podemos equivocar, y que también con un sentido práctico, bajo el postulado de que los errores hay que subsanarlos; caso contrario de no contar con la garantía que significa la instancia plural, produciría muchas arbitrariedades (por una efectiva falta de control por parte del superior jerárquico).⁹⁶

2.3. Principio de Plazo Razonable.-

Que se obtenga una declaración judicial en un plazo razonable, es una aspiración de todos los que alguna vez se han visto involucrados en un proceso judicial. Este Derecho debe ser entendido como una de las manifestaciones del derecho justo, algunos autores encuentran en él una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, otros le dan una autonomía singular.

⁹⁴ DEL CARPIO RODRIGUEZ Columna, Op.Cit. pág. 60.

⁹⁵ ORE GUARDIA, Arsenio. *Manuel de Derecho Procesal Penal*, página 124.

⁹⁶ MARCONE MORELLO, Juan, *Juicio Oral, Teoría y Práctica*, Marcote Editores, 1ra Edición, Lima, 1999, página 61.

“De ahí que a la hora de estructurar temporalmente un proceso se produzca la colisión de dos necesidades antagónicas. Por una parte el parámetro temporal mínimo que el juicio exige para poder desarrollar, para que efectivamente en él se realice el derecho: por otra la exigencia de la efectividad jurisdiccional que no se prolongue hasta el punto de hacer ineficaz el resultado”.⁹⁷

2.4. El Debido Proceso como Garantía.-

Nuestra doctrina acepta que el debido proceso legal “es la institución del Derecho constitucional Procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad del resultado”.⁹⁸

El artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece entre los principios y derechos de la función jurisdiccional en el inciso 3 “La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”.⁹⁹

El proceso debe estar rodeado de garantías (entendidas éstas como los mecanismos que la ley ha previsto para hacer efectivos los derechos consagrados¹⁰⁰) que aseguren un proceso justo, hablamos entonces del denominado Debido Proceso,

2.5. Garantía del Juez Natural.-

Esta garantía es reconocida por la Constitución Política del Estado, en el artículo 139, inciso 3, al disponer que “ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos”, pero es ampliada y

⁹⁷ RIBA TREPAT, Cristina, citada por CUBAS VILLANUEVA, Victor, en *El Proceso Penal*, Palestra Editores, quinta Edición, Lima 2003, pág.63.

⁹⁸ QUIROGA LEON, Anibal, *Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia*, en CUBAS VILLANUEVA, Victor, *El Proceso Penal*, Palestra Editores, Quinta edición, Lima 2003, pág. 48.

⁹⁹ CONSTITUCION POLITICA DEL PERU de 1993, artículo 139, inciso 3.

¹⁰⁰ DEL CARPIO RODRIGUEZ, Columba, Op.Cit. pág. 30.

reafirmada por los tratados internacionales; así la Declaración Universal de los Derechos Humanos habla de un Tribunal Independiente e Imparcial, en tanto que la Declaración Americana emplea la expresión de Tribunales, anteriormente establecidos de acuerdo con las leyes preexistentes. El Pacto de san José de Costa rica utiliza una expresión más amplia “Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley. Luego son cuatro caracteres que debe presentar el órgano judicial:

- e) Competencia o la aptitud que la ley le confiere para ejercer su jurisdiccional en un caso concreto.
- f) Independencia, implica que no se encuentre subordinado a ninguna de las partes del proceso.
- g) Imparcialidad, el Juez es un tercero neutral para decidir el proceso con objetividad.
- h) Estar establecido con anterioridad por ley, debe haber sido designado previamente al hecho que motiva el proceso, de acuerdo al mecanismo constitucional para su nombramiento, es decir concurso público ante el Consejo Nacional de la Magistratura.¹⁰¹

En cuando a menores se refiere la administración de justicia debe estar a cargo de un juez natural, competente, independiente e imparcial, de conformidad con el artículo 8 de la Convención americana. Así mismo, al decidir sobre controversias o situaciones que involucren a niños y adolescentes, debe buscar preservarse la especialidad de los organismos encargados de esta tarea.¹⁰²

3. DERECHOS DEL NIÑO DENTRO DEL PROCESO TUTELAR.

3.1. Derecho de los niños y adolescentes de vivir con sus padres.-

¹⁰¹ CUBAS VILLANUEVA, Victor, *El Proceso Penal*, Palestra Editores, Quinta edición, Lima 2003, pág. 50.

En primer término debe tenerse en cuenta, que es un derecho primordialísimo del niño y adolescente, vivir con sus padres, vale decir, en el seno de su propia familia, conforme lo señala la Convención¹⁰³, norma internacional vinculante para el Perú y que ha sido reproducido en el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes vigente.¹⁰⁴

“Acorde con el artículo 9º del texto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que consagra el derecho del niño a vivir en el seno de su familia consanguínea y que solo excepcionalmente, a reserva de revisión judicial, se podrá disponer la separación, en salvaguarda de su interés superior, el Código ha previsto como primera medida, cuando el caso así lo aconseje, *el cuidado en su propio hogar*, previa orientación a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, quedando el caso bajo seguimiento social temporal por instituciones de defensa.”¹⁰⁵

La convención sobre los Derechos del Niño se refiere al derecho a mantener relaciones personales y regular contacto directo entre padres e hijos, lo que no se agota con el establecimiento de un régimen de visitas; comprende también la posibilidad de retirar al menor del lugar donde domicilia, conservar con él comunicación epistolar o telefónica y supervisar su proceso de desarrollo personal. Por tanto, se demanda en el Código de los Niños y Adolescentes el imprescindible cambio de la denominación de la figura en su texto legislativo, referida como “régimen de visitas”.¹⁰⁶

2.1. Derecho a ser oído.-

¹⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva, OC-17/2002 de 28 de agosto del 2002, solicitada por la COMISION INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, pág. 44.

¹⁰³ Artículo 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobado por la ONU, el 20 de noviembre de 1989.

¹⁰⁴ Artículo 8 del C.N.A.: “El niño y el adolescente tienen el derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”.

¹⁰⁵ DEL CARPIO RODRIGUEZ Columna, Op.Cit. pág. 59.

¹⁰⁶ PLACIDO V. Alex, *Filiación y Patria Potestad en la Doctrina y en la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica S.A. Lima, marzo 2003, pág. 72 al 78.

Los niños y adolescentes tienen derecho a expresarse, a manifestar su opinión en todos los procesos que le afecten. Este es un derecho reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰⁷

Resulta de primordial importancia la versión del niño o adolescente (si está en condiciones de darla). En esta diligencia, el funcionario respectivo, obviando cualquier formalidad innecesaria tratará de obtener la información necesaria para esclarecer la situación del menor de edad, (ubicación de sus padres o responsables), y con estos valiosos datos continuar la investigación.

3.3. La adopción como medida de protección.-

El Jurista Arias Schreiber sostiene que: “Dentro de la relación creada con la adopción, se dan la mano los sentimientos más puros y nobles del ser humano, como son el amor, el espíritu de ayuda y desprendimiento, que son propios de la relación paterno-filial, además de la compenetración que en esos inevitables momentos de adversidad se dan en la vida, nada de lo cual sucede dentro del concepto propio de la contratación”.¹⁰⁸

“Un contrato irrevocable revestido de forma solemnes, por el cual una persona con plena capacidad jurídica toma bajo su protección a un extraño que, sin salir de su familia natural y conservando todos sus derechos, adquiere los de ser alimentado por el adoptante usas su apellido y sucederle, si así se pacta, sin perjuicio de los herederos forzosos, si los hubiere”.¹⁰⁹

ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS:

¹⁰⁷ **Artículo 12 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño:** “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

¹⁰⁸ ARIAS SCHREIBER Max, Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, tomo VIII: Derecho de Familia, Sociedad Paterno-Filial. Gaceta jurídica S.A., Lima-Perú, 2001, pág. 56.

¹⁰⁹ SCAEVOLA Micius, Cit. Por CORNEJO CHAVEZ Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, 5ta edición, tomo II. Ediciones Studium, Lima-Perú, 1985, pág. 52.

Hecha la revisión bibliográfica, tanto en las bibliotecas de las Universidades Nacional del Altiplano de Puno, San Agustín y Católica Santa Maria de la ciudad de Arequipa, se ha podido verificar que no existen estudios referidos al tema materia de investigación, por lo que resulta necesario aportar alguna alternativa de solución al tratamiento normativo de éste problema.



4.- OBJETIVOS.-

4.1. GENÉRICO:

Establecer que se entiende por principio del interés superior del niño.

4.2.- ESPECÍFICOS:

Precisar como se desarrolla el proceso tutelar de abandono en los Juzgados de Familia de la provincia de Puno, 2005.

Determinar si se aplica el principio del interés superior del niño en el proceso tutelar de abandono por los Juzgados de Familia de la provincia de Puno, 2005.

5.- HIPOTESIS.-

PRINCIPIO: Dado que:

Los Juzgados de Familia de la provincia de Puno vienen tramitando una considerable cantidad de procesos tutelar de abandono, los mismos que tienen una duración larga.

El código de los Niños y Adolescentes, establece cinco medidas de protección, siendo la mas usual el albergamiento en un Hogar de Menores, afectando así el derecho de vivir en el seno de una familia.

Que, el código de los Niños y Adolescentes establece diligencias necesarias, las que resultan insuficientes a fin de determinar el paradero de los padres y las causas que generan el estado de abandono.

HIPOTESIS: Es probable que:

No se aplique el principio del interés superior del niño en el proceso tutelar de abandono por los Juzgados de Familia de la provincia de Puno, 2005.

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL
Cuadro de Sistematización de Técnicas e Instrumentos

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB-INDICADORES	TECNICAS	INSTRUMENTO
VARIABLE INDEPENDIENTE	APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO	• Dispositivos legales.	- Convención Derechos del Niño. - Declaración de los Ds. Del Niño. - Constitución Política del Estado. - Código de Niños y Adolescentes.	Revisión Documental	- Ficha Bibliográfica.
		❖ Protección a los Derechos de Niños y Adolescentes.	- A la vida e Integridad - A la identidad e inscripción. - A vivir en una familia. - A la libertad de opinión- - A la igualdad de oportunidades. - No discriminación. - Derecho de Atención del Estado	Revisión Documental	- Ficha Bibliográfica.
VARIABLE DEPENDIENTE	PROCESO TUTELAR DE ABANDONO	• Garantías Procesales	- Debido Proceso. • Opinión del menor. • Juez natural. • Doble instancia. • Impulso de oficio. • Pruebas pertinentes. • Celeridad procesal. • Plazo razonable.	• Revisión de expedientes.	• Ficha de Registro. • Matriz de Registro.

		• Medidas de Protección	• Cuidado en el hogar. • Programa Oficial. • Familia sustituta o colocación familiar. • Establecimiento especial. • Adopción	• Revisión de expedientes judiciales.	• Ficha de Registro
--	--	---	--	---	---



1.- TECNICAS E INSTRUMENTOS.-

A fin de obtener información acerca de las variables independiente y dependiente, así como los indicadores establecidos, se emplearán las siguientes técnicas e instrumentos.

VARIABLE	TECNICA	INSTRUMENTO
Aplicación del Ppio del Interés Superior del Niño. (V. Independiente)	• Observación documental.	• Ficha bibliográfica • Ficha Documental.
Proceso Tutelar de Abandono. (V. Dependiente)	❖ Revisión de expedientes.	• Dicha documental y libreta de apuntes. • Matriz de registro.

2.- CAMPO DE VERIFICACION.-

2.1. UBICACIÓN ESPACIAL.-

Los Procesos Tutelares de abandono tramitados en los dos Juzgados Especializados de Familia de la provincia de Puno en el año 2005.

2.2. UBICACIÓN TEMPORAL.-

La presente investigación abarca desde el primer día del mes de enero al 30 de diciembre del año 2005.

2.3. UNIDADES DE ESTUDIO, UNIVERSO Y MUESTRA.-

Para la investigación documental, las unidades de estudio se encuentran constituidas por los dispositivos legales y textos en materia abandono de niña, niño o adolescente.

Para la investigación de campo, consideramos como unidades de estudio los expedientes sobre Procesos tutelares de abandono en los dos Juzgados Especializados de Familia de Puno, para ello se requiere en análisis de los procesos judiciales admitidos a trámite, durante los meses de enero a diciembre del 2005, que suman un total de 113 expedientes; y en vista que el UNIVERSO no es muy numeroso, no se tomará una muestra.

3.- ESTRATEGIA DE RECOLECCION DE INFORMACION.-

La información que se requiere para la presente investigación será recogida, por la propia investigadora y el apoyo de cuatro colaboradores –estudiantes de los últimos años del programa de Derecho-, en cuanto a la documental –dispositivos legales en materia de derechos de niñas, niños o adolescentes y abandono moral o material - de las bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, de la Universidad San Agustín de Arequipa, de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, del Colegio de Abogados de Puno y otras Bibliotecas Especializadas, así como la que se obtenga vía INTERNET; y la información de campo, de las Secretarías de los dos Juzgados Especializados de Familia de Puno, empleándose para tal efecto las fichas bibliográficas y documentales, donde se consignarán los datos.

1.1. MODO.-

- *Se realizará, por la propia investigadora, la búsqueda de bibliografía jurídica pertinente en las bibliotecas especializadas de las ciudades antes indicadas, a efecto de conseguir la información legislativa y teórica, que será consignada en fichas bibliográficas y documentales.*

- Se recogerán, a razón de un colaborador por cada institución y bajo la dirección de la investigadora, los datos necesarios de las Secretarías de los dos Juzgados Especializados de Familia de Puno, que serán consignados en las fichas documentales, para posteriormente trasladar los datos a la matriz de registro correspondiente.
- Se revisará por parte de la investigadora, las fichas bibliográficas y documentales elaboradas en la recolección de la información.

MEDIOS.-

A) RECURSOS HUMANOS.-

DENOMINACION	No	COSTO DIARIO	DIAS	COSTO TOTAL
- Dirección de Proyecto y Ejecución	1	10.00	150	1,500.00
- Colaboradores	2	20.00	20	400.00
-Digitador/ diagramador de gráficos	1	10.00	10	100.00
TOTALES	4	40.00		2,000.00

B) RECURSOS MATERIALES Y BIENES Y SERVICIOS.-

DENOMINACION	CANTIDAD	COSTO TOTAL
Papel Bond	1000	80.00
Papel Periódico	1000	40.00
Fichas Bibliográficas y Doc.	600	60.00
Cartucho tinta de Impres.	02	30.00
Copias Fotostáticas	300	30.00

Anillado	05	15.00
Uso de Computadora	01	500.00
Costo de Scanner	05	100.00
Movilidad		400.00
TOTAL		1,255.00

B) COSTO TOTAL DE PROYECTO Y EJECUCION DE INVESTIGACION. -

DENOMINACION	COSTO TOTAL
- Recursos Humanos	2,000.00
- Recursos Materiales y Bienes y Servicios	1,255.00
COSTO TOTAL GENERAL	3,255.00

1.2. CRONOGRAMA DE TRABAJO.-

ACTIVIDADES	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOST
Preparación del Proyecto	XXXXX				
Aprobación del Proyecto	XXX				
Recolección de la Información		XXXXX	XXXXX		
Análisis y Sistematización de Datos			XXXXX	XX	
Conclusiones y Sugerenc.				XXX	
Preparación del Informe				XX	XX
Presentación del Informe Final					XXXX

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

AQUIZE CACERES, Rocío, Instituciones Supletorias de Amparo Familiar, Maestría en Derecho de Familia a Distancia, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2004.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comprado. Editora Rao. Constitución y sociedad ICS. Quinta Edición. Lima 1999.

BUTRON FUENTES, José, Derechos del Niño y Adolescente, Maestría en Derecho de Familia a Distancia, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2004.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Eliasta S.R.L. 18 ava Edición. Bs. As. 1981.

CODIGO CIVIL COMENTADO, Derecho de Familia, Tomo II y III, Gaceta Jurídica, 2003.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, Décima Edición Actualizada, Gaceta Jurídica Editores, Lima 1999.

CORRAL TALCIANO, Hernán. Derecho y Derechos de la Familia, Editora Jurídica Grijley, Lima 2005.

CHUNGA LAMONJA, Fermín. Derecho de Menores, Editora Jurídica Grijley Lima 2001.

DEL CARPIO DE ABARCA, Columba, Adopción, Maestría en Derecho de Familia a Distancia, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2004.

LOGAMARSINO, Carlos. Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo I, II y III.
Editorial Universidad, Buenos Aires 1991.

LUDEÑA GONZALES, Gerardo, Un Debido Proceso de Adopción para
nuestros Niños y Adolescentes, G&S Editores, Lima, 2000.

MONTERO AROCA, Juan. Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano,
Enmarce E.I.R.L., Lima 1999.

PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Derecho de Familia en el Código Civil,
IDEMSA, Lima, 2002.

PLACIDO V., Alex. Filiación y Patria Potestad en la Doctrina y en la
Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

PLACIDO V., Alex. Manual de Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima,
2001.

TICONA POSTIGO, Victor. El debido Proceso y la Demanda Civil. Tomo I y
II. Arequipa, Editorial Rodhas.

VEGA MERE, Yuri, Las nuevas fronteras del Derecho de Familia, Editora
Normas Legales, Lima, 2003.

A. ZANNONI, Eduardo, Derecho civil – Derecho de Familia, Tomo I, Editorial
Astrea, Buenos Aires, 2002.

.....

ANEXOS

ANEXO 01

FICHA BIBLIOGRAFICA

NOMBRE DE AUTOR:

TITULO DEL LIBRO:

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO:

NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:
Código:

ANEXO 02

FICHA DOCUMENTAL

NOMBRE DE AUTOR:

INDICADOR:

TITULO:

IDENTIFICACION DEL DOCUMENTO

FECHA:

COMENTARIO o CITA:

LOCALIZACION:

ANEXO 03

FICHA DE RECOLECCION DE DATOS

Fecha:

DATOS DEL EXPEDIENTE:

Nro:.....Juzgado.....

Fecha de inicio:.....Fecha de término.....

Edad del Niño o Adolescente:.....Sexo.....

Causa de Abandono

Lugar donde fue abandonado

Entidad que solicita el inicio del proceso:.....

INVESTIGACION JUDICIAL

Participación del Fiscal: SI () NO ()

Participación de Abogado defensor: SI () NO ()

Se recepciona la declaración del Niño o Adolescente: SI () NO ()

Informe del Equipo Multidisciplinario: SI () NO ()

Notificación a los padres: SI () NO (), mediante:

Cédula () Edictos. () Radiodifusión ()

Se identificó plenamente al niño o adolescente: SI () NO ()

Pruebas Ofrecidas por el Ministerio Público:.....

Pruebas de Oficio:.....

MEDIDA DE PROTECCION:

a) Cuidado en el Propio Hogar:.....

b) Participación en Programa Oficial.....

c) Familia Sustituta o Colocación Familiar.....

d) Albergamiento:.....

e) Adopción.....

Observaciones:.....

.....