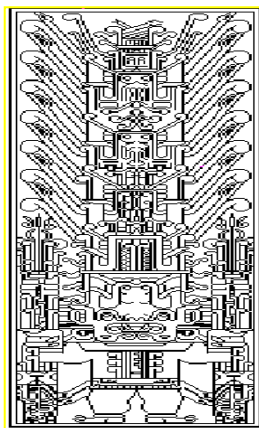


**UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLARREAL
ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO**



TESIS

**“EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PROCESO DE
TENENCIA”**

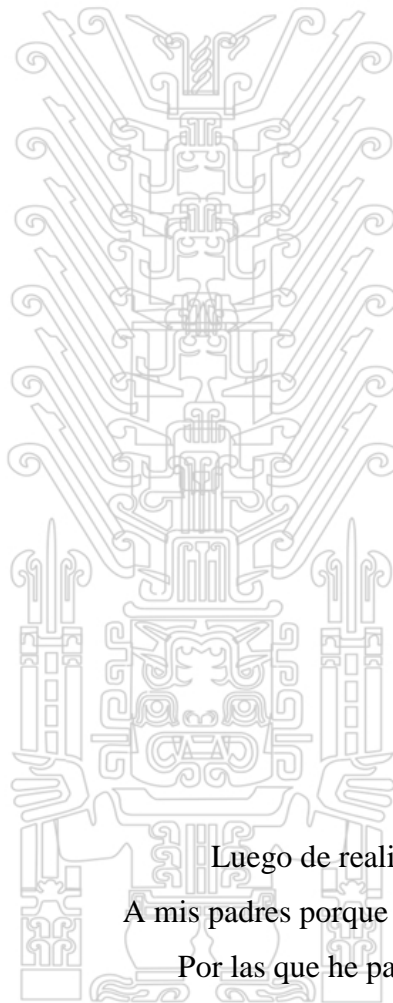
PRESENTADO POR:

MIRIAM JULIA MORALES CHUQUILLANQUI

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:
MAESTRA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

LIMA- PERU

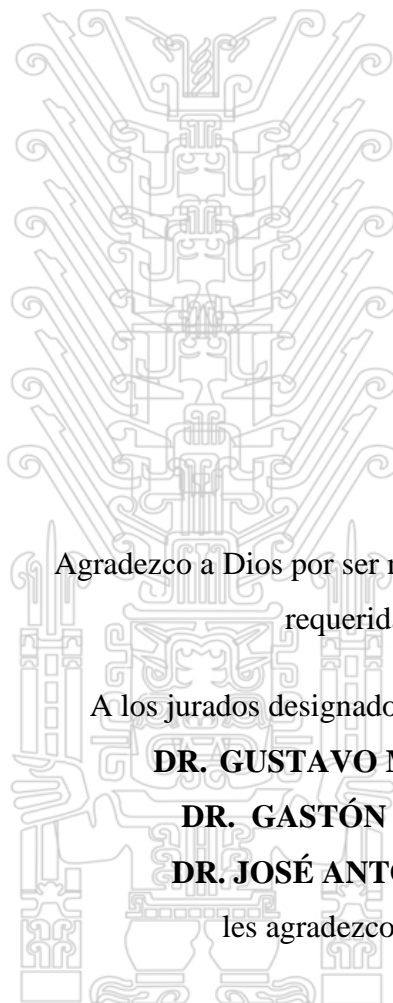
2017



DE LA DEDICATORIA:

Luego de realizar esta investigación la dedico a:
A mis padres porque pese a las circunstancias adversas
Por las que he pasado siempre han confiado en mí.
A mis hermanos por el aliento que siempre me
han brindado para el logro de mis metas.

MIRIAM JULIA MORALES CHUQUILLANQUI



LOS AGRADECIMIENTOS:

Agradezco a Dios por ser mi guía y concederme la sabiduría
requerida para culminar esta investigación

A los jurados designados para evaluar mi trabajo de tesis:

DR. GUSTAVO MOISÉS MEJÍA VELÁSQUEZ

DR. GASTÓN JORGE QUEVEDO PEREIRA

DR. JOSÉ ANTONIO JÁUREGUI MONTERO

les agradezco el tiempo dedicado en la revisión
y corrección de mi Investigación

Asimismo presento mis sentimientos de gratitud para mi asesor:

DR. EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI

Por su invaluable contribución durante todo el proceso de titulación.

MIRIAM JULIA MORALES CHUQUILLANQUI

RESUMEN:

A pesar de que los derechos humanos, por su naturaleza, deben ser reconocidos a todas las personas sin excepción por el hecho de ser o pertenecer a la raza humana, históricamente el reconocimiento y aplicación en favor de los niños y adolescentes no resultó tan sencillo fue solo a partir de la vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989) en que este reconocimiento se materializó y a partir de ella, los Estados y las personas en general hemos adquirido conciencia de la existencia de derechos aplicables a este sector de la población, los cuales no solo los favorecen en cuanto a su titularidad sino que, además, de una parte, obligan al Estado a implementar programas, políticas y normas en aras de garantizar su aplicación y, de otra parte, facultan a los menores para demandar su aplicación o vulneración por cuanto, son reconocidos como sujetos de derecho.

Dentro de este contexto el estado peruano ha reconocido en nuestra Constitución Política un serie de derechos en favor de los niños y adolescentes tales como a la vida, a la identidad, a su libre desarrollo, a la familia, a la educación, entre otros. De la misma manera, ha implementado a través del Código de los Niños y Adolescentes un tratamiento especial para los menores infractores y en la jurisdicción de familia ha establecido una serie de procesos dirigidos a hacer efectiva la protección que los padres deben brindar a sus hijos, siendo uno de ellos el proceso de tenencia, dirigido a situar al menor con el padre que mejores condiciones le ofrezca para su desarrollo integral, sin desconocer la continuidad de la relación paternal que el otro padre debe ejercer en caso de conflicto, estas determinaciones deben ser tomadas por un Juez atendiendo siempre al interés superior del niño es decir, a las circunstancias que más le favorezcan y obviamente en el menor tiempo posible para que el menor no pierda su estabilidad emocional. Este objetivo formalmente resulta coherente y hasta deseable pero, en la práctica no se puede lograr con la urgencia necesaria, debido a causas extraprocesales, estas determinaciones resultan tomándose luego de varios meses durante los cuales el menor atraviesa por una etapa de inestabilidad dado que resulta siendo parte del conflicto de los padres.

Esta es la problemática que se abordó en la tesis titulada: **“EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PROCESO DE TENENCIA”**; dentro de la cual se trata de proponer soluciones a la afectación del interés superior del niño a causa del desconocimiento del plazo

Familia del Callao durante el año 2012 al 2014 y a la vez, establecer como el desconocimiento del plazo razonable afecta el interés superior del niño en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014, mediante el análisis de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia para llegar a proponer soluciones en el derecho de familia. Para tal fin la investigación se realizó de acuerdo a un diseño es el no experimental, se aplicó la encuesta a la muestra de la población compuesta por 49 personas, aplicando el muestreo no probabilístico. Los Métodos de la Investigación utilizados fueron: el sistemático, el exegético y el hermenéutico. El análisis de la información se realizó aplicando las técnicas de análisis de información: análisis documental e indagación. Las técnicas para el procesamiento de los datos obtenidos en esta investigación fueron: el ordenamiento, la clasificación, el registro manual, los procesos computarizados con: Excel y SPSS, los cuales arrojaron como resultado a destacar que el 98% de las personas sometidas al sondeo, coincidió en que en los procesos de tenencia el interés superior del niño, se puede ver afectado por exceder el plazo legal para su resolución. La hipótesis principal de la investigación ha sido contrastada utilizando software SPSS. Finalmente, los resultados se han analizado dentro del marco teórico de la investigación y sus antecedentes.

Palabras claves: Interés Superior del Niño, Plazo razonable, Proceso de tenencia.

MIRIAM JULIA MORALES CHUQUILLANQUI

ABSTRACT

Although human rights, by their nature, must be recognized to all people without exception for being or belonging to the human race, historically the recognition and application in favor of children and adolescents was not so simple as only since the International Convention on the Rights of the Child (1989), in which this recognition materialized, and from it, the States and the people in general have become aware of the existence of rights applicable to this sector of the population, which not only favor them in terms of their ownership, but also, on the one hand, oblige the State to implement programs, policies and norms in order to guarantee their application and, on the other hand, empower children to sue their application or violation insofar as they are recognized as subjects of law.

Within this context, the Peruvian state has recognized in our Constitution a series of rights in favor of children and adolescents such as life, identity, free development, family, education, among others. In the same way, it has implemented through the Children and Adolescents Code a special treatment for juvenile offenders and in the family jurisdiction has established a series of processes aimed at making effective the protection that the parents must provide to their children, being one of them the tenure process, aimed at placing the child with the father who best offers him for his integral development, without ignoring the continuity of the paternal relation that the other father must exert in case of conflict, these determinations must be taken by a Judge always attending to the best interest of the child ie to the circumstances that favor him most and obviously in the shortest possible time so that the child does not lose his emotional stability. This objective is formally coherent and even desirable, but in practice can not be achieved with the necessary urgency, due to extra-procedural causes, these determinations are taken after several months during which the child goes through a stage of instability since it is being part of the parents' conflict.

This is the problem that was addressed in the thesis titled: "**THE HIGH INTERESTS OF THE CHILD IN THE TENANCE PROCESS**"; within which it tries to propose solutions to the affectation of the best interest of the child because of the ignorance of the reasonable term in the tenure processes known and sentenced by the Second Family Court of Callao during the year 2012 to 2014 and at the same time, establish as the lack of reasonable time affects the best interests of the child in the tenure processes known and sentenced by the

doctrine and jurisprudence to reach to propose solutions in the right of family. For this purpose the research was performed according to a design is the non-experimental, the survey was applied to the sample of the population composed of 49 people, applying non-probabilistic sampling. The Research Methods used were: the systematic, the exegetical and the hermeneutic. The analysis of the information was carried out applying the techniques of information analysis: documentary analysis and inquiry. The techniques for processing the data obtained in this research were: sorting, classification, manual recording, computerized processes with: Excel and SPSS, which resulted in the fact that 98% of the people subjected to the survey , agreed that in the tenure processes the best interests of the child may be affected by exceeding the legal deadline for resolution. The main hypothesis of the research has been contrasted using SPSS software. Finally, the results have been analyzed within the theoretical framework of the research and its antecedents.

Key words: Superior Interest of the Child, Reasonable Term, Tenure Process.

MIRIAM JULIA MORALES CHUQUILLANQUI

INTRODUCCION DE LA INVESTIGACION :

El Interés Superior del Niño ha sido considerado como uno de los principales aportes realizados por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el que implica, a pesar de no haber sido definido en este instrumento internacional que, todas las políticas, programas y decisiones que se instauren o tomen respecto de ellos deben estar orientadas a lograr las mejores condiciones para su desarrollo. Partiendo de este concepto, esta investigación se orientó a establecer los motivos por los cuales el interés superior del niño se puede ver afectado en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el periodo comprendido entre el año 2012 al 2014.

Este trabajo de investigación ha sido elaborada aplicando el proceso de investigación científica y se ha dividido en cinco capítulos.

Capítulo I, versa sobre el **planteamiento del problema** en el que se trata: sus antecedentes, se realiza el planteamiento del problema, se trazan los objetivos, la justificación, se especifican los alcances que se esperan se obtengan de la investigación si como sus limitaciones y se definen la variables a utilizar en la investigación.

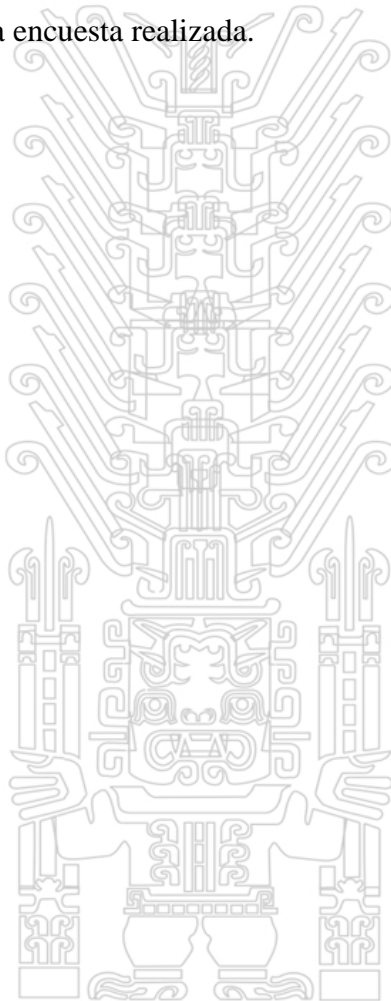
Capítulo II, comprende el **marco teórico de la investigación**. Dentro del cual se exponen y analizan el Interés Superior del Niño y el Plazo Razonable, de acuerdo a lo previsto en la ley, el desarrollo realizado por los jueces en su interpretación jurisprudencial y la opinión de los estudiosos del derecho plasmada en la doctrina; abarca también el marco conceptual de la investigación y las hipótesis de la investigación.

Capítulo III, contiene el **método de la investigación** desarrolla el tipo y diseño de investigación, la estrategia de la prueba de hipótesis, variables de la investigación y su operacionalización, la población y muestra de la investigación, las técnicas e instrumentos de recolección de datos; el procesamiento; y, finalmente se presenta el “análisis de datos”¹ obtenidos en la investigación.

Capítulo IV, considera la presentación de “**resultados:** análisis y la contrastación de hipótesis.”

Capítulo V, compuesto “**discusión** de los resultados obtenidos en la encuesta realizada, contiene las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía.”

Anexos presentados al final de trabajo y se encuentran conformados por: la matriz de consistencia y el formato de la encuesta realizada.



**“EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PROCESO
DE TENENCIA”**

ÍNDICE

De la dedicatoria	01
Los agradecimientos	02
El Resumen de la investigación	03
El Abstract	05
La Introducción de la investigación	07

CAPITULO I:
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Antecedentes	19
2. Presentación del problema	26
3. Situación problemática	26
4. Planteamiento del problema de investigación	28
5. Objetivos	29
6. Justificación metodológica y teórica	29
7. Importancia	30
8. Alcances y limitaciones	30
9. Definición conceptual de las variables	31

CAPITULO II:
MARCO TEORICO

1.	Interés Superior del niño. Antecedentes históricos	33
2.	Desarrollo internacional	35
A.	Declaración de Ginebra (1924)	35
B.	Declaración de los Derechos del Niño (1959)	35
C.	Convención (CEDAW)	36
D.	Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños.	36
E.	Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)	37
F.	Declaración y Programa de Acción de Viena	46
G.	La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad	47
H.	Convenios de la Haya	47
3.	Instrumentos continentales	48
A.	América	48
B.	Europa	49
C.	África	50
4.	Jurisprudencia internacional	50
A.	Corte Interamericana de Derechos Humanos	50
B.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)	52
5.	Interés superior del Niño en Perú	55
A.	Aplicación Convención sobre los Derechos del Niño	55
B.	Código de los Niños y Adolescentes	58

C.	Tribunal Constitucional	61
1.	Contenido Constitucional	61
6.	El plazo razonable	66
1.	Concepto	66
2.	Regulación	67
A.	Declaración Universal de Derechos Humanos	68
B.	Declaración Americana Derechos (1948)	68
C.	Convenio Europeo de Derechos Humanos	69
D.	Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos	69
E.	Pacto de San José de Costa Rica	69
3.	Facetas	70
4.	Desarrollo Jurisprudencial	71
5.	Criterios para determinar el plazo razonable	72
A.	Internacionales	72
B.	A nivel Nacional	77
C.	Importancia	79
7.	Proceso de tenencia en el Perú	79
A.	Concepto de tenencia	79
B	Tipos	81.
C	Aspectos procesales Código de niños y adolescentes	82
D.	Principales Derechos del Niño y Adolescente	84
8.	Definición de términos	86
9.	HIPOTESIS	87

CAPITULO III:

METODO DE LA INVESTIGACION

1.	Tipo	89
2.	Nivel	89
3.	Métodos	89
4.	Diseño	90
5.	Estrategia de prueba de hipótesis	90
6.	Variables de la investigación y operacionalización	91
7.	Población	91
8.	Muestra	92
9.	Técnicas e instrumentos de Recopilación de Datos	93
10.	Técnicas de procesamiento de información	94
11.	Técnicas de análisis de información	94

CAPITULO IV:

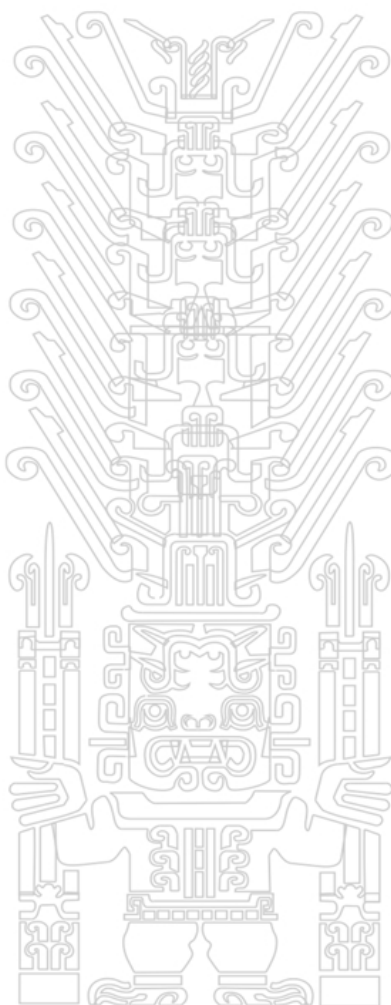
RESULTADOS

1.	Análisis de la encuesta	95
2.	Contrastación de la hipótesis	110

CAPITULO V:

DISCUSION

2.	Discusión de los resultados de la contrastación estadística	117
3.	Conclusiones	118
4.	Recomendaciones	119
4.	Bibliografía	120
ANEXOS		129
1:	Matriz de consistencia	129
2:	Encuesta	130
3:	Validación de instrumento	133
4:	Confiabilidad instrumento	134



CAPITULO I:

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. ANTECEDENTES

Dentro de esta investigación, se desarrolla dentro de la problemática existente en torno a la afectación del interés superior del niño en los procesos por tenencia de menores en el Perú, al ser resueltos excediendo los plazos establecidos por el Código de los niños y adolescentes para el llamado “proceso único” por cuanto, su situación legal se verá resuelta tardíamente, circunstancias en las que confluente el desconocimiento del derecho al plazo razonable. Atendiendo a lo expuesto, se procedió a revisar la literatura existente en búsqueda de investigaciones que desarrollaran las variables propuestas en esta investigación pero, el resultado fue negativo. Sin embargo como antecedentes de interés superior del niño podemos señalar:

En primer lugar, aquellas que se consideran, lo abordan desde su perspectiva general, de acuerdo a su regulación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), entre las que se señalan:

La investigación titulada “El interés Superior de los niños y niñas: definición y contenido” de la autoría de López² en la que el autor expone que, éste ha sido definido por la doctrina y jurisprudencia pero sin contenido por ello considera que, este concepto debe estar integrado por tres elementos ineludibles del interés superior de los niños y niñas que se deben hacer valer en cada caso concreto, siendo estos: la manifestación del sujeto menor, su entorno, y la predictibilidad.”

La indagación llamada “El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas”³, en el que luego de analizar el concepto instituido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) y la manera como se ha aplicado en los

² López Contreras, Rony Eulalio (2015) “El interés Superior de los niños y niñas: definición y contenido” Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13.

³ Alegre Silvina, Hernández Ximena y Roger Camille (2014). “El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas”. Sistema de información sobre la primera infancia en América Latina, Cuaderno No. 5

países de América, se concluye “(...) Como fuera señalado una y otra vez, la adopción de la Convención provoca una ruptura con respecto al diagrama anterior en función del reconocimiento de los niños como sujetos de derechos, del consenso universal que logró y de su carácter vinculante. A partir de entonces, los países de la región han orientado sus esfuerzos a adecuar su legislación interna y diseñar sistemas de protección de la infancia, proceso que se desplegó con ritmos e intensidades diferentes.”

La investigación de Simón Campaña⁴ titulada “Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva” la cual gira en torno a delimitar la manera como se debe aplicar este concepto dentro de las resoluciones judiciales, pues si bien el mismo ha sido implementado por varios instrumentos internacionales, ninguno de ellos implementado su definición. Contribuye con esta investigación al consignar en su IX conclusión que al aplicarse este principio en la fundamentación de las decisiones judiciales debería hacerse “(...) de forma similar a la argumentación que realizan los jueces al aplicar el principio de proporcionalidad, es decir, deben considerarse como aspectos fácticos de la decisión la adecuación, necesidad; y, el llamado proporcionalidad en sentido estricto, que implica la “optimización a la vista de las posibilidades jurídicas”, es decir la importancia de proteger, asegurar un estado de cosas que tenga la capacidad de contribuir al interés del menor, a su bienestar, que en el marco de este trabajo lo hemos identificado con la máxima satisfacción de sus derechos, sumado a la mínima restricción de los mismos, por el menor tiempo posible.”.

El artículo elaborado por Garrido Álvarez⁵ titulado “El interés superior del niño y el razonamiento jurídico” el autor analiza el papel que desempeña el principio del "interés superior del niño", en el razonamiento jurídico justificatorio y expone como conclusión “(...) Sugerida la idea de que la cláusula del interés superior del niño introduce un criterio finalista de maximización de los derechos se puede concluir que esta forma argumentativa debería ser de un amplísimo y extendido uso en materia de derechos del niño y que su ausencia en la práctica se debe a una incorrecta identificación del tipo de norma aplicable

⁴ Simón Campaña, Farith (2013) Tesis “Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva”. Presentada para optar el grado de Doctor en la Universidad de Salamanca. España Departamento de Derecho Privado.

⁵ Garrido Álvarez, Ricardo. (2013). El interés superior del niño y el razonamiento jurídico. Problema anuario de filosofía y teoría del derecho, (7), 115-147. Recuperado en 27 de octubre de 2017, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872013000100005&lng=en&lng=es.

más que a las dificultades interpretativas que suelen reprocharse a la idea del interés superior del niño.”⁶

El artículo titulado “El interés superior del menor. Contexto conceptual”⁷, tiene por objeto establecer: de qué manera los instrumentos internacionales definen o determinan la mayoría de edad, de manera que, el que no llegue a ella se le considera menor, arribando a la conclusión de que dentro de ellos su definición es relativa, de manera tal que, se puede presentar la situación de que una persona sea considerada menor en un estado contratante y mayor en otro, generando inseguridad y falta de certeza jurídica; y, el uso semántico de la expresión menor, de manera que se determine si resulta adecuado su uso o, si por el contrario debe ser reemplazo por expresiones como: niño, niña o adolescente, concluyendo que, no es una cuestión trascendental solo se trata de una situación de nomen iuris que se resuelve utilizando el termino otorgado en la rama del derecho que se utilice.

El artículo titulado “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho Positivo Español”⁸ analiza los problemas reales en España sobre la desprotección de los menores y las soluciones que han propuesto por la doctrina y la jurisprudencia civil y penal en España. Se repasan algunos estudios recientes sobre la situación real de los menores en este país y las pocas medidas efectivas que se contemplan desde las normas y las políticas del estado, al final se centra en un análisis jurídico y constitucional sobre el denominado interés superior del menor.

El artículo signado como “Consecuencias del interés superior del niño en los derechos sociales de la infancia” El autor analiza la formulación del “interés superior del niño” (ISN) prevista en la normativa y la jurisprudencia internacional y la argentina, y se detiene en su aplicación en los casos individuales o colectivos donde se encuentran en juego los derechos sociales de la infancia (educación, salud, vivienda, alimentación). Afirma que los órganos judiciales han consagrado el deber de protección especial de los niños y niñas y la prioridad de sus derechos sociales frente a derechos o intereses de terceros, y que este estándar debe

⁶ ídem

⁷González Nuria y Rodríguez Sonia, titulado “El interés superior del menor. Contexto conceptual”. “Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Disponible en <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2961/3.pdf>

⁸ De Bartolomé Cenzano, José Carlos (2012). “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho Positivo Español”. Revista sobre la infancia y la adolescencia, 3 Septiembre ISSN 2174- 7210 disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=76662>

ser aplicado por todas las autoridades estatales al momento de formular, implementar y evaluar las políticas sociales, sin admitir que el estado alegue la falta de recursos económicos por la existencia de una crisis económica o financiera, para aplicar medidas regresivas en relación con la efectividad de los derechos sociales de la infancia.”⁹

El ensayo de Torres y García intitulado “El interés superior del niño en la perspectiva del garantismo jurídico en México” dentro del cual los investigadores pretenden conciliar el principio del interés superior del niño y la efectiva protección de sus derechos dentro del marco del garantismo jurídico que propende por la realización de los derechos fundamentales, exponiéndose como una de sus conclusiones: “(...) De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate . (...)” ¹⁰

Por otra parte existen investigaciones que abordan el tema del interés superior del niño desde, un ámbito del derecho concreto, tal es el caso de la investigación designada como “Huérfanos de la justicia Buscando el interés superior del menor cuando se encarcela a su progenitor(a): un análisis legal” dentro de la cual Tomkin¹¹, partiendo de la regulación internacional del interés superior del niño expone la necesidad de que los jueces penales deban tenerlo en cuenta cuando una madre o padre con niños que dependen de alguno de ellos debe ser condenado; y el ensayo titulado de Escalante y Brenes¹² “Nueva visión de la Conciliación en Materia de Familia y su relación con el interés superior del niño (a)”, dentro del cual se “(...)expone la nueva tendencia en la conciliación en esta materia guiada por el interés superior del niño”.¹³

⁹ Freedman, Diego (2011) “Consecuencias del interés superior del niño en los derechos sociales de la infancia”. En *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*. Disponible en <http://www.juramentum.org/topics/latina/es/interes.htm>

¹⁰ Torres Zarate, Fermín & García Martínez, Francisco (2007) “El interés superior del niño en la perspectiva del garantismo jurídico en México”. *Revista Alegatos* No. 65. Enero-Abril.

¹¹ Tomkin, Jean (2009). *Huérfanos de la justicia Buscando el interés superior del menor cuando se encarcela a su progenitor(a): un análisis legal*. Quaker United Nations Office. Publicaciones Sobre los Refugiados y los Derechos Humanos. Traducción de Gabriela. *Revista Alegatos*, núm. 65, enero/abril. Disponible en <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/59/65-06>

¹² Escalante Barboza, Kattia, & Brenes Villalobos, Maria Esther. (2004). Nueva visión de la conciliación en materia de familia y su relación con el interés superior del niño (a). *Medicina Legal de Costa Rica*, 21(2), 85-100. Disponible en http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152004000200010&lng=en&lng=es

Ahora bien, haciendo referencia al Perú, se debe indicar que el tema ha sido abordado como objeto de investigación, en numerosas tesis para titularse como abogado pero, no se ubicaron investigaciones a nivel de postgrado, a pesar de ello se pudieron ubicar los siguientes antecedentes: el ensayo realizado por Plácido V.¹⁴, in titulado “El “Interés Superior del Niño” en la interpretación del Tribunal Constitucional, el autor analiza la normativa internacional que consagra este principio en favor de los niños y la manera como el Tribunal Constitucional lo ha interpretado y aplicado a diferentes asuntos referidos a: la familia, educación, a la libertad personal entre otros, sosteniendo que un concepto abstracto y en el momento de aplicarlo “(...) Se trata de realizar un juicio de valor a partir de los datos y circunstancias del caso concreto, la sensata ponderación de los hechos, la equilibrada valoración de lo que convenga al menor, sus beneficios y riesgos, las ventajas e inconvenientes de cada opción posible; todo lo cual debe conducir a una prudente decisión al respecto en procura de la mejor protección de los derechos fundamentales del niño (su dignidad humana, el desarrollo de su personalidad), con una visión de futuro más que de presente, y predominio de los bienes y valores espirituales sobre los materiales.”¹⁵: La investigación titulada “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y funciones normativas del interés superior del niño”.¹⁶. La autora aborda la problemática planteada por la doctrina que sostiene la indeterminación del concepto del interés superior del niño, con fundamento en la cual se toman decisiones subjetivas que no garantizan la seguridad jurídica, para llegar a elaborar una concepción jurídica que si la garantice, exponiendo al respecto dentro de sus conclusiones que “(...) De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos. Las funciones normativas del interés superior del niño serían, a saber: En primer lugar, es un principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes al "núcleo duro" frente a otros derechos e intereses colectivos. (...) En

¹⁴ Plácido V., Alex F (2006) “El “Interés Superior Del Niño” en la interpretación del Tribunal Constitucional. En Cuadernos Jurisprudenciales Número 62.

¹⁵ Idem

¹⁶ Ameghino Bautista Carmen Zoraida. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y funciones normativas del interés superior del niño” Disponible en <http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias2/pdf/AmeghinoBautistaCarmenZoraida.pdf>

segundo lugar, su función es resolver los conflictos entre derechos de los niños privilegiando los pertenecientes al "núcleo duro" de derechos.”¹⁷.

También se deben contar como antecedentes de la investigación las referencias dogmáticas que los diferentes doctrinantes del Derecho de Familia realizan sobre este principio en los textos de instrucción nacional.

Ahora bien, en cuanto a la variable de plazo razonable se debe advertir que, ha sido reconocido por varios instrumentos internacionales como un derecho para ser aplicado y demandado en todo tipo de proceso, su desarrollo y aplicación se ha circunscrito al ámbito del derecho penal de manera que, existen pocos antecedentes en el derecho civil entre los que se pueden mencionar:

Artículo elaborado por Perea Astrada y Lafèrriere ¹⁸ titulado).”La garantía del plazo razonable en el proceso Civil” dentro del cual las autoras dejan claro que “(...) La garantía de obtener una decisión sin dilaciones indebidas ha tenido amplia recepción y desarrollo en el ámbito penal, atento los intereses en juego en esa rama del Derecho. Sin embargo, resulta imperativo que en el derecho civil también se garantice la realización de los procesos en un tiempo razonable (...)” principio que como consecuencia a la Reforma Constitucional de Argentina en 1994 adquirió rango constitucional, se proponer tener en cuenta los planteamientos allí esbozados dentro de la reforma del Código Procesal Civil de la Provincia de Córdoba de manera que se remuevan los obstáculos que lo limitan.

La investigación in titulada “La duración excesiva del juicio, ¿un problema común en Latinoamérica?”¹⁹ Contribuye con esta investigación al exponer en su conclusión número “(...) 7 De manera que a la pregunta ¿Es suficiente que las normas nacionales reiteren la noción de plazo razonable contenida en las normas internacionales?, la respuesta necesariamente es negativa. La lentitud de la justicia constituye una realidad comprobada en los países latinoamericanos cuya solución no puede confiarse exclusivamente a medidas

¹⁷ ídem

¹⁸ Perea Astrada, Ana Inés y Lafèrriere, Lucia (2016).”La garantía del plazo razonable en el proceso Civil”. En Revista Argumentos. Centro de perfeccionamiento Ricardo C. Núñez. Disponible en <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>.

¹⁹ Angulo García, Dorennys (2011) Tesis “La duración excesiva del juicio, ¿un problema común en Latinoamérica?” presentada para optar el grado de Doctor en Derecho Público. Universidad De Salamanca Facultad De Derecho Departamento De Derecho Público General.

legislativas de «aceleración procesal», pues la demora en la administración de justicia se explica por una multiplicidad de causas y la adaptación de la legislación no es de las más importantes.”.

El ensayo titulado “El Plazo Razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia.”²⁰ dentro del cual la autora concluye “Si bien es cierto que algunos eventos representan diferentes complejidades que afectan un caso en particular y que per se implican que el Estado deba exponer y probar de manera diligente la razón por la cual se ha requerido más tiempo del razonable para dictar sentencia definitiva en un caso particular, no es de buen recibo y aceptación la simple manifestación de lo complejo o difícil que es un caso, o que los aludidos subterfugios, se pretendan imponer como causas eximentes de responsabilidad.”²¹

El artículo de Pascual²² signado como “El derecho a obtener sentencia civil en plazo razonable como Derecho Humano fundamental” en el que el autor luego de analizar un caso de en qué se aplicó la prejudicialidad penal en la acción civil del artículo 1101 del Código Civil llego a concluir que “(...) no es casualidad que se observe una línea evolutiva en los tratados internacionales que han sido incorporado al orden interno a nivel constitucional, que tiende a ensanchar el área de protección del Derecho de Defensa, para procurar no solo en los procesos penales, sino también en los civiles, comerciales, laborales, etc. que se expidan los tribunales, en un plazo razonable que sea apto para solucionar, aun cuando fuere en parte, uno de los requerimientos de la sociedad en los inicios de este nuevo siglo. Por ello, podemos asegurar, sin lugar a hesitación, que el derecho a obtener una sentencia, sin distinción alguna, en tiempo prudente, forma parte de los Derechos Humanos Fundamentales del Hombre.”²³

²⁰ Rodríguez Bejarano, Carolina (2011)“El Plazo Razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia.”. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851181.pdf>

²¹ ídem

²² Pascual Alferillo Eduardo (2005) El Derecho a obtener Sentencia Civil en Plazo Razonable como Derecho Humano Fundamental Disponible en www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-derecho-a-obtener-sentencia-plazo/

²³ ídem

2. Presentación del problema

El problema generalizado se ha identificado como, la afectación del interés superior del niño y adolescente en los procesos de tenencia de menores a causa del desconocimiento del derecho al plazo razonable.

3. Situación problemática

La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989 conocida por sus siglas “CDN”, se ha constituido en el instrumento internacional hito en el reconocimiento y defensa de los derechos de los niños y niñas, simultáneamente constituye el marco jurídico dentro del cual los países que la han suscrito o firmado deben desarrollar su legislación sobre derechos de niños y niñas. El mayor aporte de esta convención lo constituye el hecho de señalar, expresamente, como prioridad y obligación, para los Estados en sus políticas y programas en los que resulten involucrados los menores, la preeminencia del interés superior del niño quien al igual que los adultos es titular de derechos y debe contar con mecanismos jurídicos y administrativos adecuados para hacerlos efectivos.

A pesar de que, ni la Convención sobre los Derechos del Niño ni ningún otro instrumento internacional, han llegado a proponer una definición de los que debe entenderse por la alocución “interés superior del niño”, no ha habido obstáculo para comprender que está dirigida garantizar por parte de los entes del Estado involucrados en asuntos relacionados con los niños o niñas, el goce efectivo de los derechos de que es titular *verbi gratia*: a la familia, a la vida, a la integridad, a la educación, etc.

El Perú no ha permanecido ajeno a la defensa de los intereses de los niños o menores: en el año 1962 aprobó el Código de Menores; el 26 de enero de 1990 firmó la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Resolución Legislativa N° 25278, del 4 de agosto de 1990 como consecuencia, los preceptos de la convención se integraron a nuestra legislación con carácter de norma Constitucional, atendiendo a esta circunstancia, surgió la necesidad de ingresar a nuestra legislación la doctrina de la protección integral de los niños y niñas contenida en la convención a cambio de la “situación irregular del niño o niña” que regía en el Código de menores; fue así el Congreso de la República por Ley N° 25296 de diciembre de 1990, delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de aprobar, mediante Decreto Legislativo, un

nuevo Código de Menores, luego del estudio y debate en comisiones técnicas y analizar los proyectos de ley presentados al congreso, finalmente el Gobierno aprobó mediante Ley N° 27337 del 2 de agosto del año 2000 el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes con vigencia desde el 28 de junio de 1993.

De esta manera, a partir ratificación por parte del Congreso de la Republica de la “Convención sobre los Derechos del Niño”²⁴, nuestra legislación incorporo el “interés superior del niño”²⁵ pero, el mismo no se vio materializado sino hasta la expedición del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, el cual lo consagra expresamente en el artículo IX del título preliminar al señalar “(...) En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del 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 del Adolescente y el respeto a sus derechos.”²⁶.

Dentro de este contexto jurídico, los miembros del poder judicial competentes para conocer de procesos en los que se encuentran en discusión derechos de los niños o adolescentes peruanos, deben propender por hacer efectivo el interés superior del niño en consecuencia, cuando uno de los padres de un menor, que se encuentran separados de hecho, inicia un proceso para obtener su tenencia y simultáneamente se establezca el régimen de visitas para el otro progenitor se debe resolver la solicitud acogiendo al padre que mejores condiciones físicas, psíquicas y psicológicas ofrezca al menor para que pueda disfrutar, de manera efectiva, sin ningún tipo de obstáculo, de los derechos de los que es titular y que la ley le reconoce, por ejemplo: el derecho a la familia, a su dignidad, a su educación, etc. Por ello, analizando los plazos señalados por el Código de los Niños y Adolescentes para el proceso de tenencia conforme al artículo 164 y siguientes, los que han sido establecidos para que, atendiendo las diferentes ocurrencias procesales que se puedan presentar durante su trámite se extiendan un plazo máximo de tres meses pero, en la práctica estos plazos no se cumplen y el proceso dura en promedio de 15 a 20 meses tal como se pudo establecer al analizar los procesos de tenencia conocidos y sentenciado por el Juzgado Segundo Especializado de

²⁴ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989

²⁵ Convención sobre los Derechos del Niño artículo 3

²⁶ Código de los Niños y Adolescentes, artículo IX del título preliminar.

Familia del Callao durante los años 2012 a 2014, circunstancia que genera el desconocimiento del llamado plazo razonable, principio conforme al cual los procesos deben tener una duración sensata, acorde con la actividad procesal desarrollada por las partes, sin exceder injustificadamente los plazos señalados por la ley.

Esta investigación se realizara con el objeto de establecer las causas por las cuales el Juzgado Segundo de Familia del Callo, en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo Especializado de Familia del Callao durante los años 2012 a 2014 excedió el plazo razonable, de manera que se pueda llegar a proponer soluciones para adecuar, en lo posible su actuación a los plazos previstos por el Código de los Niños y Adolescentes pues, esta circunstancia perjudica a los menores a quienes no se les define su situación legal en el tiempo esperado y a pesar de las medidas cautelares existentes; se ven privados del ejercicio de sus derechos.

En el caso concreto, analizando las causas por las cuales se produjo el exceso en el plazo razonable en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo Especializado de Familia del Callao durante los años 2012 a 2014, no resultan atribuibles a esta magistratura, por el contrario, obedecen a la demora con que los profesionales del grupo multidisciplinario presentan sus informes, en el plazo de cuatro o cinco meses después de ser evacuados, y también al retraso con que el Fiscal de familia presenta su dictamen, después de treinta días de ser requerido.

4. Planteamiento del problema de investigación

PROBLEMA PRINCIPAL:

¿De qué manera el desconocimiento del plazo razonable afecta el interés superior del niño en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014?

PROBLEMAS ESPECIFICOS:

1. ¿En qué forma afecta el plazo razonable en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al

2014, la demora en la presentación de los informes del Grupo multidisciplinario y del dictamen Fiscal?

2. ¿Qué derechos del niño y adolescente se puede afectar en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014 al desconocerse el plazo razonable?

5. OBJETIVOS

OBJETIVO PRINCIPAL

Establecer la manera como el desconocimiento del plazo razonable afecta el interés superior del niño en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014, mediante el análisis de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia para llegar a proponer soluciones en el derecho de familia.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

1. . Determinar la forma como se afecta el plazo razonable en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014, por la demora en la presentación de los informes del Grupo multidisciplinario y del dictamen Fiscal.
2. Señalar los derechos del niño y adolescente que pueden resultar afectados en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014 al desconocerse el plazo razonable.

6. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA Y TEÓRICA

JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA

Partiendo de la problemática existente, consistente en la afectación del interés superior del niño en los procesos de tenencia del Juzgado Segundo de Familia del Callao en los años 2012 a 2014, por desconocimiento del plazo razonable, se exponen los preceptos legales, las

soluciones jurisprudenciales, los contenidos de los Tratados y Convenciones Internacionales así como las opiniones de los estudios del derecho, analizándolos de manera que nos permitan hallar las soluciones dentro del ámbito del Derecho de Familia.

JUSTIFICACIÓN TEÓRICA

Teóricamente esta investigación se justifica, por ser una de las primeras en abordar la manera como el interés superior del niño se ve afectado en los procesos en los que se decide su tenencia por la excesiva duración del proceso o desconocimiento del plazo razonable.

7. IMPORTANCIA

Esta investigación es importante por cuanto, determina las causas que influyen en la afectación del interés superior del niño en los procesos de tenencia del Juzgado segundo de Familia del Callao durante los años 2012 a 2014 en la duración excesiva del proceso o desconocimiento del plazo razonable, de manera que permitirá al Presidente de la Corte Superior del Callao y a Fiscal General de la Nación diseñar políticas para que los informes de los grupos interdisciplinarios sean emitidos en un menor tiempo y los Fiscales de Familia presenten sus dictámenes en el plazo de cuarenta y ocho horas tal como lo exige el Código de los niños y adolescentes.

8. ALCANCES Y LIMITACIONES

DELIMITACION ESPACIAL

La presente investigación se realizó el Juzgado Segundo Especializado de Familia del Callao

DELIMITACION TEMPORAL

Esta investigación se prolongó desde el uno (1) de enero de dos mil doce (2012) a treinta (30) de diciembre de dos mil catorce (2014), aclarándose que conforme al objetivo propuesto se espera que sus resultados sean utilizados en la solución de la problemática propuesta.

DELIMITACION SOCIAL

En desarrollo de este proyecto nos relacionamos con el personal del Fiscales de Familia,

Jueces civiles, mixtos y de familia del distrito judicial del Callao y sus especialistas y

Tesis publicada con autorización del autor

No olvide citar esta tesis

secretarios, abogados, demandantes y demandados en procesos de tenencia en distrito judicial del Callao.

DELIMITACION CONCEPTUAL

- Interés superior del niño
- Plazo necesario
- Proceso de tenencia

LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Dentro de los obstáculos para realizar este estudio se destaca la carga procesal que posee el Juzgado Segundo de Familia del Callao dado que debe conocer de procesos de divorcio por causal, de tenencia, régimen de visitas, así como su variación, de modificación de tenencia, de adopción por excepción, de autorización de viaje de menor, autorización judicial para disponer de bien del menor, interdicción de menores, restitución de patria potestad entre otras, dificulta la consulta de los asuntos de tenencia.

9. DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE: EL PLAZO RAZONABLE

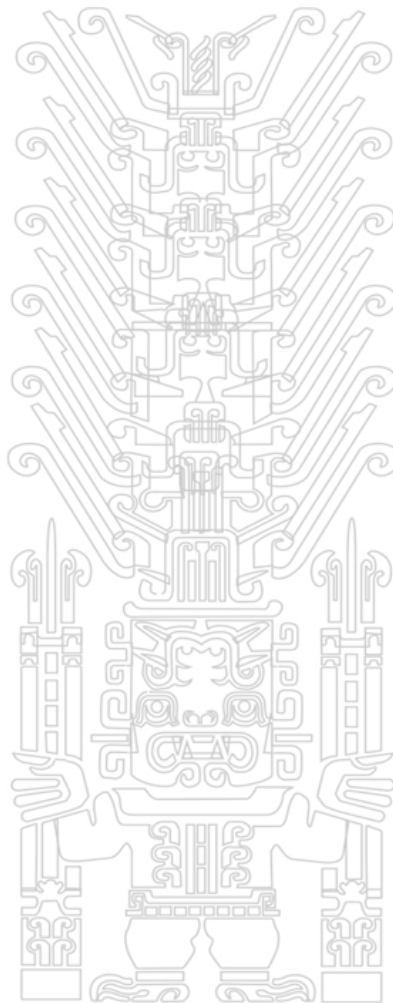
Tiempo requerido por el Juez para que, cumpliendo con el procedimiento señalado en la ley, atendiendo a las particularidades del caso y la actuación de las partes, sentencie un litigio sometido a su conocimiento.

VARIABLE DEPENDIENTE: EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Principio que debe ser observado obligatoriamente por las autoridades del Estado y en especial por los Jueces, quienes al momento de decidir situaciones en las que se encuentren involucrados niños y adolescentes deben hacerlo teniendo en cuenta lo más beneficioso para ellos.

VARIABLE INTERVINIENTE PROCESO DE TENENCIA

Proceso establecido por la legislación de Familia, mediante el cual el Juez especializado de Familia, concede al padre que mejores condiciones ofrezca el cuidado y protección de los sus hijos menores.



CAPITULO II:

MARCO TEORICO

1. Interés Superior del niño. Antecedentes históricos

Revisando la literatura existente se ha podido establecer que “ (...) solo hasta la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en 1989, se introduce un nuevo status jurídico de la infancia y adolescencia”²⁷, en la antigüedad los derechos de los menores no gozaban de una protección real, un ejemplo lo constituye Roma, donde “(...) la patria potestad daba un poder tal al padre que éste podía disponer de la vida y futuro de sus hijos, incluso podía decidir si les aceptaba o no como tales”²⁸

Acorde con el desarrollo histórico la etapa en la que los derechos del niño no se protegían, se va superando, como consecuencia se empieza a incentivar el interés por los derechos de los niños, ubicándose su génesis en el Derecho anglosajón y francés. (...) 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- pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio.”²⁹. Ahondando en el contenido de la legislación británica, el interés por los derechos de los niños se concreta en la regulación de “(...) los derechos de los padres no casados, y buscaban proteger a sus hijos de las consecuencias sociales y jurídicas derivadas de esa situación.”³⁰

²⁷ Hierro Sánchez-Pescador, L., (2007) El niño y los derechos humanos en Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas, Campoy Cervera, I., (ed.), Dykinson, Madrid, págs. 17 - 36

²⁸ Petit, E., (1999). Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Universidad, Reimpresión, Buenos Aires, pág. 118.

²⁹ Cillero Bruñol, Miguel. (1999). “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en Justicia y Derechos Del Niño Número 1. UNICEF. Santiago, Chile: Nuevamérica Impresores. pág. 52. Disponible en

https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf

³⁰ McGinnis, S., (2007) You Are Not the Father: How State Paternity Laws Protect (and Fail To Protect) the Best Interests of Children, publicado en Journal of Gender, Social Policy and Law, Volúmen 16, Número 2, pág. 321

Ahora bien, su desarrollo en Estados Unidos, se conoce como la doctrina de los años tiernos la cual fue adoptada, tal como lo expone Klaff “(...) la recepción de la doctrina de los años tiernos se produce a partir del caso *Commonwealth vs. Addicks* en 1813, en el cual el juez resolvió una disputa de custodia en favor de una madre, citando a *Lord Mansfield* en su razonamiento, e invocando al mejor interés del niño en la fundamentación de dicha decisión. Esta doctrina se empieza a extender desde entonces a toda la Unión por vía de práctica judicial, o incluso en el estado de la decisión y sus estados fronterizos mediante leyes explícitas.”³¹

En Inglaterra por su parte, continua el autor “(...) es hasta 1836 a partir del caso *Rex vs. Greenhill* y con la posterior intervención de la Cancillería, que se llevó a cabo una reforma de la Ley de Custodia de Menores de 1839, que consagra en el *common law* la teoría de los años tiernos. Esta le concedía facultades a los tribunales para presumir que la custodia de la madre correspondía al mejor interés de cualquier niño menor a siete años, lo cual se amplió hasta los 16 años en 1873. Este principio del mejor interés del niño una vez gestado, le permitió al Estado, en ejercicio de su poder *parens patriae* (padre de la patria en latín), colocar al menor con cualquier progenitor, atendiendo al bienestar de este como única consideración, obviando los respectivos derechos de custodia de los padres. En otros contextos, le permitió al Estado resolver disputas entre padres biológicos y terceros a favor de estos últimos, a sustraer a menores de la custodia de sus padres, a subrogar o invalidar derechos parentales y en el caso de adopción, a crear nuevos derechos parentales.”³²

En los inicios del Siglo XX, la regla de la “preferencia materna”³³ en defensa del interés del niño, conforme a la cual se considera que el interés del niño va a estar mejor protegido, en su primera infancia por la madre encargada de su cuidado; “(...) cambia, los jueces toman decisiones más precisas en cada caso, lo que implica un análisis de las circunstancias que rodean a la vida de los niños, esto da origen a la consideración de los interés del niño frente a los intereses de sus progenitores. Se reconoce que el principio del interés del menor surge en el derecho angloamericano³⁴, vinculado a decisiones –judiciales o cuasi judiciales- sobre matrimonio, adopción, hogares sustitutos, guarda y tutela en los que el menor de edad está

³¹ Klaff, Ramsay Laing. (1982). "The Tender Years Doctrine: A Defense." California Law Review. pág 335

³² Idem

³³ Breen, C., (2002). The standard of the best interests of the child: a western tradition in international and comparative law. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, pág. 44.

³⁴ Idem

involucrado³⁵, y se globaliza a raíz de su incorporación en el texto de la CDN, instrumento esencial para su estudio y análisis. En este sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que existe un “(...) *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efecto jurídico distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones); así como las decisiones adoptadas por los órganos internacionales. Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”³⁶

2. Desarrollo internacional

A. Declaración de Ginebra (1924)

Al terminar la Primera Guerra Mundial y en el marco de la formación de la Sociedad de Naciones, las manifestaciones en torno al desarrollo del interés superior del niño empiezan a plasmarse en el ámbito jurídico, específicamente en la Declaración de Ginebra de 1924, la cual constituye el primer esbozo a nivel internacional en procura de universalizar la protección hacia los niños y destacándose que en su preámbulo, contiene formulaciones importantes tales como: el “reconocimiento de que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma”³⁷ y, en su artículo tercero, dispone que “el niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.”³⁸

B. Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (1959)

Este Instrumento internacional, no vinculante, es decir no obligatorio para los estados firmantes. También hace referencia al interés superior del niño enunciándolo de manera general en su Principio II de la siguiente manera:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física,

³⁵ Ídem

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16, párrafo 115

³⁷ Sociedad de Naciones (SDN). Declaración de los Derechos del Niño 1924 preámbulo

³⁸ Ídem artículo 3°.

mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgarse leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.”³⁹

De la misma manera, en el tercer párrafo del Séptimo principio, referido al derecho a la educación, establece que “El interés superior debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, dicha responsabilidad incumbe en primer término a su padres.”⁴⁰

De acuerdo con el contenido de la declaración se ha señalado que “La Declaración de los Derechos del Niño restringe el principio a dos ámbitos: a) la formulación de leyes para asegurar la protección especial necesaria para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad y, b) en relación a la educación.”⁴¹

C. Convención (CEDAW)⁴²

Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979, vigente desde el 3 de septiembre de 1981. Reconoce el principio del interés superior del niño en el literal d, numeral 1, del artículo 16, en los siguientes términos “(...) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial.”⁴³

D. Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños.

Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986. Contempla en el artículo 5 el principio del interés superior del niño en la regulación de la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos Nacional e Internacional, formulado de la siguiente forma: “En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño

³⁹ Declaración de los Derechos del Niño (1959). Organización de las Naciones Unidas Principio II

⁴⁰ Ídem Principio VII 3er párrafo.

⁴¹ Simón Campaña, Farith (2013) ob. Cit. pág. 7

⁴² Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) Organización de las Naciones Unidas (1979).

⁴³ Ídem artículo 16 numeral 1

por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental.”. De la misma manera en el párrafo 5 del preámbulo señala “Teniendo presente que, en todos los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda, los intereses del niño deben ser la consideración fundamental”; en igual sentido en el artículo 9, “Los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño”; también en el artículo 21, “En los casos de adopción en otro país que se tramiten por conducto de personas que actúen como agentes de los probables padres de adopción, se tomarán precauciones especiales para proteger los intereses jurídicos y sociales del niño”; finalizando en el artículo 24 al señalar: “Si la nacionalidad del niño difiere de la de los futuros padres adoptivos, se sopesará debidamente tanto la legislación del Estado de que es nacional el niño como la del Estado de que son nacionales los probables padres adoptivos. A este respecto, se tendrán debidamente en cuenta la formación cultural y religiosa del niño, así como sus intereses”.

E. Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)

Por su aporte en el desarrollo de los derechos del niño, la doctrina la ha denominado como “carta magna de la infancia y la adolescencia”⁴⁴, además es considerada como el instrumento fundamental en la evolución de los derechos de los niños y menores de edad a nivel mundial.

Se origina en la propuesta de Convención acerca de los derechos del niño que en el año 1978, la delegación Polaca ante las Naciones Unidas presentó, a la Comisión de Derechos Humanos⁴⁵, con el propósito de que fuera adoptado el año siguiente, el cual había sido declarado por esta organización internacional como el Año Internacional del Niño.

⁴⁴ Salado Osuna, A. (2010). “Los derechos del niño ante la administración de justicia, publicado en “La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales”: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño”; Aldecoa Luzárraga, F., y Forner Delaygua, J. (Directores); González Bou, E., y González Viada, N. (coord.), Marcial Pons, Madrid, pág. 73

⁴⁵ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1988/WG.1/WP.1/ Rev.2. La propuesta contó con el apoyo de Austria, Bulgaria, Colombia, Jordania, Senegal y Siria.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el año 1979, decidió examinar el texto presentado⁴⁶ por la delegación Polaca, para ello se creó el llamado “Grupo de trabajo abierto para la cuestión de una convención sobre los derechos del niño”.

Al año siguiente, en 1979, Polonia presentó un nuevo documento⁴⁷, basado en la Declaración de los Derechos del Niño, de manera tal que, el interés del menor estaba regulado del mismo modo que en ese instrumento. El artículo II reiteraba su importancia para la aprobación de leyes, de la misma manera, se lo considera en el numeral 2 del artículo VII, que se refiere al derecho a la educación⁴⁸. Esta propuesta fue finalmente aprobada por unanimidad el 20 de noviembre de 1989, fecha en la que se abrió para la firma de los Estados (miembros y no miembros de las Naciones Unidas) el 26 de enero de 1990 y en septiembre 2 del mismo año entró en vigor, conforme lo preceptuó el artículo 49 de la propia Convención al disponer que “(...) entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.”⁴⁹

De esta manera la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas se convierte en el primer instrumento internacional de naturaleza vinculante que contiene normas que significan un gran avance en cuanto a los derechos de los menores así: un artículo específico en el que se consagra el interés del niño, obligando a los Estados parte a utilizarlo en su legislación interna como principio guía en los asuntos que afecten a niños, además de “(...) considerar a los niños como sujetos de derecho, integralidad (la CDN contiene en su texto tanto derechos económicos, sociales y culturales como derechos civiles y políticos), (...)”⁵⁰

⁴⁶Naciones Unidas documento E/CN4/1349 ONU

⁴⁷ Naciones Unidas documento A/C3/36/6

⁴⁸ Anexo a la Resolución E/1978/34, capítulo XXVI, sección A, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 8 de marzo de 1978.

⁴⁹ Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas artículo 49

⁵⁰ Farith Simon Campaña (2008) Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales. Quito: Editorial Cevallos, pág. 132

Protocolos facultativos

De acuerdo con su contenido se convierten en normas dirigidas a fortalecer y proteger el interés superior del niño contenido en la CDN. Entre los que se destacan, los protocolos facultativos:

Protocolo I:

Referente a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁵¹ entró en vigor el 18 de enero del 2002, treinta días después de que fue ratificado por diez países. Se evidencia su contribución a la prevalencia del interés superior del niño al contemplar una serie de disposiciones dirigidas a la investigación y sanción de las personas responsables de la venta, prostitución y utilización de niños en la pornografía.

Protocolo II:

Referente a la participación de niños en los conflictos armados⁵². En vigor desde el 12 de enero del 2002, contribuye a la protección y fortalecimiento del interés superior del niño al establecer la prohibición de reclutamiento forzoso por las fuerzas armadas de niños menores de 18 años, aceptando el reclutamiento voluntario a partir de los 15 años, pero estableciendo el compromiso de que todo miembro de las fuerzas armadas menor de 18 años no participe directamente en las hostilidades.

Protocolo III:

“Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones”. Aprobado el 19 de diciembre del 2011 por la Asamblea General de Naciones Unidas⁵³. Introduce la posibilidad de que se presenten ante el Comité de los Derechos del Niño comunicaciones individuales sobre posibles violaciones a cualquiera de los derechos enunciados en la CDN o sus protocolos adicionales. Se permite al Comité, antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, solicitar a los Estados la adopción de medidas provisionales para evitar “posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la presunta violación.

⁵¹ Resolución A/RES/54/263

⁵² Resolución A/RES/54/263

⁵³ Resolución A/RES/66/138.

Cambio en el paradigma

Resulta pertinente señalar que en apariencia la CDN no aportaría elementos nuevos en torno a la estructuración del interés superior del niño toda vez que, contiene dispositivos previstos en otros instrumentos, resulta importante anotar que ella representa un cambio de paradigma en la manera en la que se atiende a la situación de los niños, considerado doctrinalmente como “(...) uno de los grandes avances que se le atribuyen al consenso ético expresado en la amplia aceptación de la CDN: el haber logrado la instalación de un nuevo paradigma en la materia de políticas públicas y de decisión de asuntos de la infancia, que se traslada desde la doctrina de la situación irregular a una función adjudicativa y de distribución, protección y promoción de derechos (...)”⁵⁴, gracias a este instrumento, se superó la doctrina de la situación irregular del menor por la de la protección integral vigente y aplicable en la actualidad.

Se recurre a la doctrina de la “situación irregular” del menor cuando se presenta un evento que permite evidenciar: su falta de protección, su abuso, su incursión en actos de delincuencia, etc., es decir, esta doctrina no pretende asegurar que los niños o niñas como personas gocen de sus derechos, la intervención en defensa de sus derechos se produce solamente en el momento en que se encuentran amenazados, limitada únicamente a conjurar la situación irregular del menor o menores a quienes “(...) se los protegerá y controlará su conducta a través de los mecanismos judiciales y administrativos creados por la Ley, que vienen a compensar las debilidades del sistema social y familiar”.⁵⁵

Bajo este modelo la función de la autoridad en cualquiera de sus manifestaciones: administrativa, judicial o legislativa; se limita es la de dar “protección especial”, como consecuencia se “(...) permite que el Estado tome las medidas que considere necesarias para ejecutarlas sin considerar ningún límite en particular, en la práctica aparece que el “derecho” más importante de niños, niñas y adolescentes es la posibilidad de intervención del Estado en su vida y su familia sin reconocer garantías mínimas actuando “*in loco parentis*”, es decir, en reemplazo de los progenitores teniendo como consideración principal

⁵⁴ Garrido Álvarez, Ricardo. (2013). El interés superior del niño y el razonamiento jurídico. Problema anuario de filosofía y teoría del derecho, (7), pág. 121 disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872013000100006&lng=es&tlng=es

⁵⁵ Miguel Cillero Bruñol (2001) “Los derechos del niño: De la proclamación a la protección efectiva”. Justicia y Derechos del Niño Número 3. pag. 51.

un supuesto “cuidado y bienestar” de la persona menor de edad y no la garantía de sus derechos.”⁵⁶

Doctrinalmente se ha considerado que el interés superior del niño para esta doctrina, ha sido expresado como “(...) un concepto definitivamente arbitrario. Concede al juez la posibilidad de tomar decisiones solamente orientados por este principio pero sin límites jurídicos plausibles: 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.”⁵⁷

Atendiendo a que la actuación por parte del Estado en defensa de los derechos de los menores basada en la doctrina de la “situación irregular”, solo permitía su actuación en el evento de presentarse un evento que permitiera evidenciar alteraciones en su contexto que lo perjudicaran, se vio la necesidad de modificarla, adoptando una tendencia nueva, con una visión y orientación diferente en cuanto a la defensa de los derechos de los menores, contenida en la doctrina de la “protección integral” que constituye “(...) un cambio de óptica en la relación del Estado y los adultos con la infancia. En lugar que el niño se vea como un mero receptor o beneficiario de la asistencia social, él es concebido como un sujeto de derecho frente al Estado y la sociedad, una persona a la que se le reconoce el derecho a ser protegido integralmente en su desarrollo y frente al cual existen obligaciones muy concretas y específicas.”⁵⁸

El aporte fundamental de esta doctrina que, a la vez se constituye como el cambio más radical, lo constituye, la concepción del niño como sujeto de derecho. “(...) y no ya como objetos de derecho.”⁵⁹ en consecuencia, los niños son sujetos de derecho “(...) en el sentido de que como seres individuales tienen la titularidad de ellos. Los derechos del niño no son derechos de colectividades o grupos, sino derechos subjetivos imputados a ellos como

⁵⁶ Farith Simon Campaña.(2008) ob. cit. pág. 168.

⁵⁷ Miguel Cillero Bruñol (2010) “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Derechos y Garantías de la Niñez y la Adolescencia: Hacia la Consolidación de la Doctrina de Protección Integral. Santamaría Ávila Ramiro, Ledesma Corredores María Belén (Ed), Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, UNICEF y ACNUDH: pág. 9.

⁵⁸ Miguel Cillero Bruñol. (1997) “Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de Principios”. Boletín del instituto Interamericano del Niño, N° 234., Montevideo, pág. 7

⁵⁹ Weinberg, M Inés. (2002). Convención sobre los derechos del niño. Rubinal-Culzoni Editores. Buenos Aires: pags. 99, 100.

personas humanas”.⁶⁰ Es decir, al considerarse al niño como sujeto de derecho se le pueden imputar derechos, de los cuales son titulares por el simple hecho de ser niños. Con fundamento en esta doctrina pues, al niño se le deben reconocer sus derechos, independientes de los de sus padres o representantes legales, el Estado debe implementar políticas en todas las esferas: sociales, económicas, culturales y legales para hacer efectivos sus derechos, en materia legal por ejemplo “(...)se desjudicializa el trato con los niños, es decir, ya no solo se tienen medidas judiciales para las infracciones, sino que también se requiere del desarrollo de políticas sociales para dar efectividad a los derechos de los niños.”⁶¹, las normas no solo se deben dirigir a tratar las infracciones cometidas por los menores sino que, deben estar acompañadas de medidas que permitan proteger sus derechos por ejemplo: ante una infracción cometida por un menor, no se le sanciona, se entrega a sus padres o representantes legales pero, también se le somete a acudir a tratamiento psicológico para fortalecer su autoestima, ya que debido a su baja estima fue influenciado para cometer el ilícito, etc.

Tal como fue concebida la doctrina de la protección integral, resulta acertado sostener, tal como lo hace la doctrina en general que, se fundamenta y retroalimenta en la CDN, la cual contiene cuatro principios básicos que guían la normativa que se constituyen en obligaciones para los Estados parte: “(...) 1.La no discriminación, o universalidad (Artículo 2) 2.La dedicación al interés superior del niño (Artículo 3) 3.El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (Artículo 6) 4.EL respeto por los puntos de vista del niño (Artículo 12).”⁶²

Concretándose, conforme lo expone la UNICEF que los principios que orientan la CDN hacen relación a la no discriminación exigiendo “(...) que todos los derechos que están consagrados en la CDN deban ser aplicados a todos los niños sin excepción, de manera universal y además el proteger a niños en situaciones de disparidad o de discriminación.”. De la misma manera, en cuanto o a la dedicación al interés del niño preciso que “(...) el principio del interés superior del niño exige que se deberá en general, motivar todas las actuaciones públicas o privadas que conciernan a niños, niñas y adolescentes, tanto en lo

⁶⁰ Miguel Cillero Bruñol. (2001) “Los derechos del niño: De la proclamación a la protección efectiva”. Justicia y Derechos del Niño Número 3. Pág. 55.

⁶¹ Ídem pág. 177.

⁶² Convención sobre los Derechos del Niño pág. 4 disponible en https://www.unicef.org/peru/spanish/convencion_sobre_los_derechos_del_nino_final.pdf

judicial como en políticas públicas. En cuanto al derecho al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el cual está ligado a poder alcanzar un nivel de vida adecuado, poder disfrutar de sus derechos y acceder a salud y educación, entre otros. Finalmente, la opinión del niño se debe tomar en cuenta en cualquier proceso que les afecte, y aunque está plasmado en el Artículo 12 de la CDN, dicho instrumento prevé que se deberán respetar varias libertades civiles como la libertad de expresión, la libertad de pensamiento y religión o el acceso a la información.⁶³

Definitivamente la doctrina de la protección integral ha constituido un gran aporte en el desarrollo y protección de los derechos del niño, conforme a la cual los Estados, entre los que se incluye Perú, implementan políticas para ser aplicadas en todos los ámbitos en que se desarrolla el niño, término que dentro de nuestra legislación comprende a los niños, niñas y adolescentes, con el fin de hacer efectivos sus derechos, es así como a nivel de la educación por ejemplo prevé la educación básica gratuita para garantizar su derecho a la educación, a nivel de salud estableció la atención pública gratuita en sus primeros años de vida, a nivel legal por ejemplo, estableció la obligación de escucharlo en los procesos en los que sea objeto etc.

El interés superior Convención de los Derechos del Niño (CDN)

Tal como se enuncio en el apartado anterior, la convención de los Derechos del Niño reglamenta “(...) el interés superior (artículo 3.1) (...) considerado uno de los principios generales del instrumento⁶⁴, en efecto el artículo 3.1 señala: “(...) 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.”⁶⁵

Atendiendo a la manera como a consagrado este instrumentos internacional, el principio del interés superior del niño, importa la obligación para todos los involucrados en situaciones en las que se deba definir una situación en la que hayan niños involucrados que “atiendan a su interés superior”, término que a pesar de ser haberse constituido en la piedra angular en la defensa de los derechos de los niñas y niño adolescentes (tal como lo prevé nuestra

⁶³ Ídem págs. 8 y 9.

⁶⁴ Orientaciones generales para los informes periódicos: 22/11/96. CRC/C/58.

⁶⁵ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) artículo 31

legislación), no ha sido objeto de una precisión conceptual por este instrumentos internacional es decir, existe una indeterminación del concepto, sobre la cual se ha estructurado una posición que sostiene que esta circunstancia promueve la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los menores, pues no existen criterios básicos que las guíen pudiendo aplicarse de acuerdo a consideraciones subjetivas y hasta arbitrarias, en este sentido Cillero manifiesta: “Generalmente, 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.”⁶⁶ Añade además que este carácter indeterminado de la noción del principio del interés superior del niño ha sido un impedimento para la interpretación uniforme del mismo, y que debido a esto, las exigencias de la seguridad jurídica no se han cumplido cuando se ha aplicado este principio, basadas las autoridades en un marco ampliamente discrecional y arbitrario.

Esta posición ha sido criticada con fundamento en el hecho de que, si bien es cierto, la falta de comprensión informe del concepto por parte de quienes deben definir situaciones de los menores, ha generado en el abuso del mismo, el principio en sí no es por su propia naturaleza tan ambiguo y arbitrario como se le ha atribuido, si bien es “(...) un concepto jurídico indeterminado por la doctrina, lo cual no significa que no tenga contenido, sino que debe ser interpretado de manera dinámica y flexible.”. Con el fin de evitar esta situación problemática, se ha propuesto la iniciativa de crear un concepto que permita la utilización uniforme de este principio, basado en que “(...) el interés superior del niño consistiría en la más amplia satisfacción de los derechos a los que la convención se refiere en el resto de tratado”⁶⁷ de esta manera, se evita que su aplicación quede sujeta a la arbitrariedad y subjetividad del funcionario que debe tomar la correspondiente decisión.

Prosiguiendo a con la indeterminación del concepto de Interés Superior del Niño, se debe tener presente que el Comité de los Derechos del Niño (CRC) acepta este análisis y

⁶⁶ Cillero Bruñol, Miguel. (1999). “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” ob. cit. pág. 46

⁶⁷ Garrido Álvarez, Ricardo. (2013). El interés superior del niño y el razonamiento jurídico. Problema anuario de filosofía y teoría del derecho. ob. cit. pág. 120.

considera que el principio del interés superior del niño es un concepto triple, como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo y como norma de procedimiento, :

- A. “Un derecho sustantivo:** El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se podrán en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños en concreto o genérico o a los niños en general (...).
- B. Un principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- C. Una norma de procedimiento:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.⁶⁸

Bajo los parámetros señalados, al aplicar estas tres dimensiones el interés superior del niño se podría conjurar la pretendida arbitrariedad que se presentado en su aplicación. La consideración del interés superior del niño en los temas relacionados a la infancia debe estar orientado a la satisfacción plena de los derechos del niño, niña o adolescente en cuestión, utilizando los derechos contenidos en la CDN como el marco de derechos en el cual se debe justificar la decisión del juez o autoridad que está tomando las decisiones.⁶⁹

⁶⁸ Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1). 29 de mayo, párr. 6.

⁶⁹ Cillero Bruñol, Miguel (2010) “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Derechos y Garantías de la Niñez y la Adolescencia: Hacia la Consolidación de la Doctrina de Protección Integral. Santamaría Ávila Ramiro, Ledesma Corredores María Belén (Ed), Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, UNICEF y ACNUDH pág. 11

Dentro de este contexto, teniendo en consideración los criterios expuestos debemos tener presente que, los funcionarios y en especial los jueces en el momento de tomar decisiones que afecten a los niños o niñas no se pueden guiar o fundamentar, en su consideración personal a cerca de lo que él piensa o considera es lo mejor para el niño, centrado en la situación de violación de sus derechos, de carencia de protección o de amenaza a su integridad; su decisión, por el contrario, debe estar fundamentada dentro del marco de derechos reconocidos en favor del niño, buscando su respeto y valorando la opinión del niño en cada caso particular.

La Además CDN no solo contempla el interés superior del niño como principio general, también lo menciona en varias de sus disposiciones, así: en el artículo 9, al tratar sobre la separación del niño de sus padres, cuando ésta sea “(...) necesaria para el interés superior del niño (...)”; en el artículo 18 al referirse a la obligación conjunta de los padres en la crianza y el cuidado de los niños y que su “(...) preocupación fundamental será el interés superior del niño”; en el artículo 20 al tratar sobre niños cuyo “interés superior” exija que estén privados de su medio familiar; en el artículo 21 respecto a que los Estados que permitan la adopción “(...) cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial (...)”. También se utiliza este principio en el artículo 37 literal c, al referirse a que “(...) todo niño privado de su libertad será separado de los adultos, (...) a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño (...)”⁷⁰; y en el artículo 40.2 b. iii como excepción a la presencia de sus padres o parientes en la audiencia que se debe llevar a cabo con menores de edad.

F. Declaración y Programa de Acción de Viena

Aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, denominada así por la ciudad en la que se celebró, en el párrafo 21 recoge el principio del interés superior del niño relacionándolo con la no discriminación y la opinión de los niños, al señalar que: “[L]a no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados.”⁷¹

G. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre del 2006, entró en vigor el 3 de mayo del 2008. Esta convención desarrolla el interés superior del niño en condición de discapacidad. En este sentido expone el interés superior del niño como la “consideración primordial” que debe observarse en todas las actividades “(...) relacionadas con los niños y niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.” (Párrafo 2, del artículo 7). Este criterio es reiterado al abordar situaciones específicas como: las normas que regulan el “Respeto del hogar y de la familia” de las personas con discapacidad (artículo 23.2.b) se establece que se deberá garantizar los derechos y obligaciones de adopción de niños o instituciones similares” se debe velar “al máximo por interés superior del niño: “Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos”. Al igual que En el caso de la posible separación de los niños y niñas con discapacidad de sus padres, se exige que la medida sea necesaria en su interés superior, artículo 23.4 “ Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos”.

H. Convenios de la Haya

Sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores.

Este convenio del 5 de octubre de 1961, establece en el inciso primero del artículo 4, que

“Si las autoridades del Estado de que es nacional el menor consideran que el interés de éste

lo exige, podrán adoptar, según su ley interna, previa notificación a las autoridades del Estado de su residencia habitual, medidas para proteger a la persona o bienes del menor”.

Sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores el convenio del 25 de octubre de 1980, declara que “(...) los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”.

En el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 29 de mayo de 1993⁷², el cuarto párrafo de su preámbulo declara “Convencidos de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños (...)”, en el mismo sentido también lo contienen los artículos: 1.a, 4.b. 16.1.d, 21.1 y 24.

Sobre jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación con respecto a la responsabilidad paterna y medidas para la protección de menores.

De 19 de octubre de 1996, establece en el párrafo cuarto del preámbulo que “(...) los mejores intereses de los menores deben ser una consideración fundamental”, al igual que en los artículos que contienen referencias al principio son los artículos 8.1, 8.4, 9.1, 10.1.b, 22, 23.2.d, 28 y 33.2

3. Instrumentos continentales

A. América

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, en su artículo 17.4 in fine establece que “En caso de disolución [del matrimonio] se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y la conveniencia de ellos”.

La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, de 24 de mayo de 1984, determina que la nulidad de la adopción será decretada “velando por los intereses del menor”.

La Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, de 18 de marzo de 1994, establece que es uno de los principales objetivos del instrumento (artículo 1) es la “(...) protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor”. Además se hace referencia al principio en el preámbulo (párrafo quinto) y en los artículos 6, 11, 14 y

B. Europa

La Carta Europea de los derechos del niño⁷³ se refiere al principio en el artículo 8.14 “Toda decisión familiar, administrativa y judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guarda y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. A este respecto, en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño.”.

La Convención Europea sobre el ejercicio de los Derechos del Niño de 1996, Aprobado el 25 de enero de 1996 desde el preámbulo establece que debe promoverse los “derechos y el interés superior del niño”, reconociendo la importancia de los padres en su protección y promoción. De igual forma se contiene el principio en los artículos 1, 6 y 10.

El Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y el restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980, contiene la referencia a los intereses del niño en artículo 5, pero al mismo nivel que el interés de los solicitantes.

El Convenio Europeo sobre adopciones, aprobado inicialmente en el año 1967 y revisado el 27 de noviembre del 2008, establece en su preámbulo que “el interés superior del niño es la

⁷³ Parlamento Europeo Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992 página Web Observatorio Internacional de Justicia Juvenil en <http://www.oijj.org/es/docs/general/resolucion-a3-017292-de-8-de-julio-de-1992-del-parlamento-europeo-sobre-una-carta-europ>

consideración primordial”, y desarrolla el mismo en varios artículos: 4.1, 6, 9 numerales 1 y 2, 14.1 y 19.

El Convenio sobre la visita a menores, de 15 de mayo del 2003, reconoce ampliamente el interés superior en su preámbulo y a lo largo de su texto, así los artículos 4.2, 5.1, 6.1, 7.c y 8.2.

La Carta Europea de Derechos Fundamentales del 2010105, en su artículo 24.2 (Derechos del Niño) establece que “En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por las autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.”⁷⁴

C. África

La Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño, de 11 de julio de 1990, recoge el principio ampliamente. En la primera parte del artículo 4 se determina que “En todas las acciones relativas al niño que sean emprendidas por cualquier persona o autoridad, el interés superior del niño será la principal consideración”. Otras disposiciones que contienen referencias al principio son los artículos 9, 19, 20, 24 y 25.

Este es el primer instrumento regional específico sobre derechos de la infancia y es obligatorio para los 35 estados de la Unión Africana desde noviembre de 1999.

4. Jurisprudencia internacional

A. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La primera oportunidad en que la Corte examinó, aspectos específicos de la aplicación del interés superior del niño fue en el año vez en el año 2012 en la sentencia del Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile.⁷⁵

El caso resuelto se refiere a las decisión tomada por la Corte Suprema de Chile de conceder la tenencia de las tres hijas de la señora Atala Riffo al padre en base a las siguientes consideraciones: “i) la orientación sexual de la señora Atala; ii) la personalidad de la señora

⁷⁴ Carta Europea de Derechos Fundamentales artículo 24.2

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239.

Atala; iii) los presuntos daños que se habrían ocasionado a las niñas, y iv) la alegada prevalencia que daría la señora Atala a sus intereses personales (...)”⁷⁶

La determinación del interés superior, en los casos de cuidado y custodia de menores de edad, debe hacerse (i) a partir de la determinación de daños o riesgos reales y probados, no especulativos e imaginarios por lo que no son admisibles “las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales”⁷⁷; (ii) el interés superior, en abstracto, es un fin legítimo e imperioso, pero la sola referencia al mismo sin probar en concreto los riesgos o daños que podría conllevar cierta situación no puede servir para la restricción de un derecho protegido⁷⁸; (iii) los daños alegados deben ser concretos, específicos y sustentarse en evidencia técnica, en dictámenes de expertos e investigadores⁷⁹; (iv) se resalta la importancia de la participación del niño en la determinación de su interés superior⁸⁰, para ello debe darse la oportunidad al niño o niña que exprese su opinión y que esta sea valorada de acuerdo a su edad y madurez; y, (v) debe demostrarse una relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (el retiro de la custodia) y el fin perseguido (la protección del interés superior del niño), en particular cuando la medida implique la restricción del derecho o derechos de sus progenitores.⁸¹

De lo expuesto por la Corte se puede concluir que: el interés superior se sustenta en la dignidad del niño como ser humano y en concordancia con sus características propias; la aplicación del interés superior del niño debe estar dirigida a propiciar su desarrollo y el pleno aprovechamiento de sus potencialidades, de manera que se materialice la prevalencia de sus intereses en la satisfacción de todos sus derechos.

En los casos precisos en que se aplica el interés superior del niño, es necesario evaluar los daños concretos, demostrados o probados por medios técnicos o científicos, a los que se enfrentan los menores de edad, no daños especulativos, especialmente si esta circunstancia implica la limitación de otros de sus derechos, pues debe existir una relación de proporcionalidad entre la medida tomada y el fin perseguido. Resulta obligatorio para las

⁷⁶ Ídem párrafo 64.

⁷⁷ Ídem párrafo 109.

⁷⁸ Ídem párrafos 108 y 110

⁷⁹ Ídem., párrafo 131

⁸⁰ Ídem, párrafo 199

⁸¹ Ídem, párrafos 131 y 166.

autoridades dar la oportunidad a los niños y niñas para emitir su opinión y que la misma sea considerada en función de su edad y madurez.

El interés superior del niño, conlleva obligaciones adicionales para el Estado sustentadas en la situación específica en la que se encuentran los niños, en consideración a su debilidad, inmadurez o inexperiencia, con la correlativa obligación de ponderar, no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en las que se halla el niño toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho.

B. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Respecto a la opinión que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos Presno Linera⁸² afirma que “(...) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conformado un derecho de familia “egocéntrico”, es decir, fundamental dentro de su actividad jurisprudencial, esto pese a que el Convenio Europeo de los Derechos Humanos no contiene una norma específica referida a los derechos de los niños.”

A pesar de la inexistencia de regulación concreta a cerca de los derechos de los niños, el Tribunal Europeo en 1979 resolvió un conflicto en el que se vieron involucrados estos derechos, al pronunciarse en el sentido de que “(...) la diferencia de estatus legal de los hijos nacidos fuera de matrimonio era una violación al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que trata sobre el derecho a la vida en familia, y que la aprobación por parte del Consejo de Europa de la Convención Europea sobre la situación legal de los hijos nacidos fuera de matrimonio en el año 1975 demostraba que existía un reconocimiento cada vez mayor de la igualdad de derechos entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio.”⁸³

Ha sido una constante del TEDH acudir de manera permanente a la CDN para interpretar el CEDH, esto por la amplia ratificación de ese instrumento muchos de los casos relacionados

⁸² Presno Linera, M.A. (2008). Derecho europeo de familia, publicado en Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, No. 22, Pamplona, pág. 14, disponible en http://www.unioviado.es/constitucional/miemb/presno/Derecho_europeo%20de_familia.pdf

⁸³ SSTEDH, caso Marckx c. Bélgica, Sentencia de 13 de junio de 1979.

al niño y su familia, los castigos físicos o a la justicia penal juvenil ponen de relieve la importancia del interés superior del niño para la protección de los derechos.⁸⁴

De la misma manera en sus decisiones el TEDH considera que la CEDH⁸⁵; debe interpretarse de conformidad con los principios del derecho internacional, en particular de la CDN, instrumento que desde su aprobación ha convertido al “interés superior del niño” en el objetivo principal de todas las cuestiones que le conciernen.

Respecto al contenido concreto del interés superior del niño el TEDH ha considerado que puede comprender varios elementos. Al tratar temas vinculados a la custodia de los hijos considera que tiene un doble sentido: en primer lugar, la obligación de garantizar que el niño se desarrolle en un medio ambiente sano y que los padres no pueden tomar medidas que perjudiquen su salud y desarrollo; en segundo lugar, para mantener sus lazos con su familia, excepto en los casos en que la familia ha demostrado no son particularmente aptos, ya que cortar esos lazos significa quitar al niño de sus raíces.⁸⁶

Al igual que la CDN el TEDH ha establecido que el “interés superior del niño debe ser la consideración primordial”⁸⁷ en los casos en que debe decidirse sobre su custodia o los temas relacionados a la familia por ello: determinar “lo que es el mejor en el interés del niño es de vital importancia en todos los casos de este tipo”⁸⁸, encontrándose ese interés por encima de cualquier otra consideración.⁸⁹

En sentido similar a las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene en cuenta que para “La determinación de los “mejores intereses” del niño que debe hacerse en cada caso, teniendo el Estado un cierto margen de apreciación para evaluarlos⁹⁰. Y para realizar esta determinación las “autoridades nacionales deben establecer un justo

⁸⁴ Kilkelly, U. (2001). The best of both world's for children's rights? Interpreting the European Convention on the Human Rights in the light of the UN Convention on the Rights of the Child, publicado en Human Rights Quarterly, Vol. 23, No. 2, Mayo págs. 308-326.

⁸⁵ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convenio o Convención Europea de Derechos Humanos.

⁸⁶ SETDH, Caso Maumousseau and Washington C. France, Sentencia de 6 de diciembre 2006, párrafos 65-68.

⁸⁷ *Ibíd.*, párrafo 134. En el mismo sentido: Gnahoré c. Francia, Sentencia de 19 de septiembre del 2000, párrafo 59; Caso Veljkov c. Serbia, Sentencia de 19 de abril del 2011, párrafo. 94.

⁸⁸ STEDH, Caso Sommerfeld c. Alemania, de 8 de julio del 2003, párrafo 62.

⁸⁹ STEDH, Caso Johansen c. Noruega, de 7 de agosto de 1996, párrafo 78; E. P. c. Italia, de 16 de noviembre de 1999, párrafo 62; Caso M.P. c. Bulgaria, Sentencia de 15 de noviembre 2011, párrafo 116.

⁹⁰ STEDH, Caso Neulinger y Shuruk, de 6 de julio del 2010, párrafo 138; Hokkanen c. Finlandia, Sentencia de 25 de septiembre de 1994, párrafo 55; Tiemann c. Francia y Alemania, Sentencia de 27 de abril del 2000

balance entre los intereses del niño y el de los padres y que, en el proceso de ponderación se debe dar especial importancia al interés superior del niño, él que por su naturaleza y seriedad puede anular al de los padres”⁹¹

Otro aspecto que aborda el Tribunal es el referido a la custodia de los menores, respecto el cual considera que el interés del menor tendría algunas finalidades: “(i) garantizarle un desarrollo en un ambiente sano, por lo que un progenitor no estaría autorizado a tomar medidas perjudiciales para su salud y desarrollo; (ii) mantener la relación con la familia, excepto en los casos que se haya demostrado ser particularmente indigna, ya que esta relación equivale a desarraigar al menor de edad⁹²; y, (iii) crecer en un entorno que le permita mantener un contacto regular con sus dos progenitores.”⁹³

Con fundamento en el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos el Tribunal, sostenido en recientes fallos, que esta norma es la que exige que“(…) las autoridades nacionales deben buscar el justo equilibrio entre los intereses del niño y los de sus progenitores y que, en este proceso de equilibrio, debe darse particular importancia al mejor interés del niño”⁹⁴

Siendo consecuente con la preeminencia que el Tribunal ha otorgado al interés superior del niño, en los casos *Moretti y Benedetti c. Italia*⁹⁵ y *Shwizgenel c. Suiza*⁹⁶ y *Saleck Bardi C. Vs. España*, reconoce lo difícil que puede ser, en ocasiones, conciliar los diferentes intereses en juego (en ese caso el de la menor, su madre y la familia de acogida), pero en el “ejercicio de ponderación de los distintos intereses, la consideración primordial ha de ser el interés superior del menor”⁹⁷,.

En otro de las situaciones problemáticas en que el Tribunal considera el interés superior del niño es en la relativa a la restitución internacional de menores de edad ha determinado en su

⁹¹ STEDH, Caso Sommerfeld c. Alemania, de 8 de julio del 2003, párrafo 64; Caso Elsholz c. Alemania, de 13 de julio del 2000, párrafo 50; TP y KM c. Reino Unido, de 10 de mayo del 2001, párrafo 71; Ignaccolo-Zenide v. Rumania, de 25 de enero del 2000, párrafo 94.

⁹² Ídem, párrafo 75

⁹³ Ídem, párrafo 91

⁹⁴ STEDH Caso M.P. c. Bulgaria, Sentencia de 15 de noviembre 2011, párrafo 128. En el mismo sentido Elsholz c. Alemania, 13 de Julio del 2000, párrafo 50 y Ignaccolo-Zenide c. Rumania, de 25 de enero del 2000, párrafo 94

⁹⁵ STEDH, Caso Moretti y Benedetti c. Italia, Sentencia de 27 de abril del 2010, párrafo 67:

⁹⁶ STEDH, Caso Shwizgebel c. Suiza, Sentencia del 10 de junio del 2010.

⁹⁷ STEDH, Caso Saleck Bardi c. España, Sentencia de 24 de mayo del 2011, párrafo 55

jurisprudencia que, la evaluación del interés superior debe hacerse desde “una perspectiva de desarrollo personal, que depende de una variedad de circunstancias individuales, en particular, su edad y nivel de madurez, la presencia o ausencia de sus padres y su entorno y experiencias”⁹⁸

Acorde con lo manifestado y teniendo en cuenta el especial desarrollo que el Tribunal Europeo en su jurisprudencia ha realizado en torno al interés superior del niño, abordando las diferentes situaciones en que se puede ver afectado y por ende necesita ser aplicado de manera correcta, tal como se mencionó en precedencia, se puede concluir que esta instancia a dejado en claro que el “«interés del superior del menor» es el objetivo central de protección de la infancia, que busca la plenitud del niño en el seno de la familia, ya que la familia constituye «un grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para [su] crecimiento y [su] bienestar», según los términos del preámbulo de esta Convención (...)”⁹⁹

5. Interés superior del Niño en Perú

A. Aplicación Convención Derechos del Niño

En la época en que se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)¹⁰⁰ en el Perú estaba vigente la Constitución Política del año de 1979, dentro de la cual se adjudicaba a los tratados internacionales en materia de derechos humanos un tratamiento especial: el artículo 101¹⁰¹ establecía que los tratados internacionales se incorporarían al ordenamiento Nacional con rango de Ley; y el artículo 105¹⁰² señalaba que los preceptos contenidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos se integrarían a la legislación con el rango de norma constitucional.

Esta prevalencia de los tratados sobre derechos humanos sobre la legislación interna del Perú, no resulta ser improvisada, por el contrario, esta consagración refleja la filosofía y el espíritu de valoración del ser humano que la orienta, tal como lo expone la doctrina al

⁹⁸ STEDH, Caso Neulinger y Shuruk c. Suiza, párrafo 138.

⁹⁹ STEDH, Caso Neulinger y Shuruk c. Suiza, párrafo 138.

¹⁰⁰ Asamblea General Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989.

¹⁰¹ Constitución Política 1979. **Artículo 101.** Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.

¹⁰² Ídem **Artículo 105.** Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

precisar que la “(...) Constitución de 1979 no sólo regulaba la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos, sino que su posición humanista se ve consagrada al declarar la primacía de la persona humana, recurriendo a diversas técnicas como la de incorporación de cláusulas declarativas, reconocedora de derechos implícitos, de actuación positiva para órganos estatales, de transferencia de competencia a organismos de supervisión internacional y jerárquicas.¹⁰³

Esta prevalencia de los tratados de Derechos Humanos cambio radicalmente al ser derogada por la Asamblea Nacional Constituyente la Constitución de 1979 y proclamarse la nueva Constitución en el año 1993.- En esta nueva Carta Fundamental la jerarquización de los tratados internacionales varió significativamente “La Constitución de 1993 suprimió dos disposiciones fundamentales de la Constitución de 1979, la que disponía la prevalencia del tratado sobre la ley en caso de conflicto con ésta, y la que confería un tratamiento especial a los tratados de derechos humanos que le otorgaba a sus preceptos rango constitucional, atribuyendo jerarquía legal —en principio— a todos los tratados sin distinción.”¹⁰⁴ Y posibilitando de acuerdo con el artículo 200¹⁰⁵ inciso 4, la Acción de Inconstitucionalidad

¹⁰³ Loayza Tamayo, C.: Seminario Internacional “Justicia y Reparación para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en contextos de Conflicto Armado Interno”

¹⁰⁴ Constitución de 1993, artículo 200 inciso 4, habilita la Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra las normas que tienen rango legal, incluyendo en su enumeración expresamente a los tratados.

¹⁰⁵ Acciones de Garantía Constitucional

Artículo 200.- Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.

No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.”

3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución.”

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 157 de la Constitución.

ante el Tribunal Constitucional contra las normas que tienen rango legal, incluyendo en su enumeración expresamente a los tratados.

Dentro de este contexto jurídico Perú firmó la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDN) el 26 de enero de 1990, comprometiéndose con la comunidad internacional a su futura ratificación, la cual se produjo “(...) mediante Resolución Legislativa N° 25278, del 4 de agosto de 1990, (...) integrando sus preceptos con jerarquía de norma constitucional en el derecho nacional..¹⁰⁶

Al haberse ratificado la CDN se incorpora a nuestra legislación interna con rango constitucional la doctrina de la protección integral de los niños y niñas, (toda vez que este principio caracterizó la CDN), este nuevo concepto jurídico incorporado a nuestra legislación acarreo la necesidad de derogar el Código de Menores de 1962 vigente durante 31 años, cuya aplicación giraba en torno a la tendencia de la “situación irregular del niño o niña” norma que durante su vigencia, conforme lo ha sostenido la doctrina, consagró un derecho inexistente en el país: el derecho de menores. Según Chunga Lamonja, el “Derecho de Menores” en el Perú surge en forma positiva y coherente con la entrada en vigencia del Código de Menores, el 2 de julio de 1962.

Para comprender la menara como operaba dentro de este modelo de justicia o derecho de menores, la actuación del Estado, en especial del órgano judicial, orientada por doctrina o tendencia “situación irregular del niño o niña” la doctrina ha señalado las características básicas del sistema en los siguientes términos: “Nuestro Código de Menores extendía la competencia de la Jurisdicción Judicial privativa, a los que requirieran de protección por su conducta irregular, inadaptación o situación desfavorable, comprendiéndolos en los estados calificados de “abandono” o “peligro moral”; siendo evidente que esos estados entrañan condiciones de orden jurídico que sólo a un organismo judicial puede competir. En efecto, el menor abandonado requiere de protección y no tiene padres o representante legal que haga valer sus derechos; el menor en peligro moral debe ser protegido, pero con resguardo

Quando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

¹⁰⁶ "Justicia y Derechos del Niño" (2009) UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Número 11
Pag. 146 disponible en www.unicef.cl

de sus derechos.”¹⁰⁷. Acorde con lo señalado, el objetivo y filosofía de esta norma, propendían por la protección de los niños o menores como los denominaba pero, el inconveniente radicaba en que “(...) las “medidas de protección” estaban dirigidas en general a la privación de su libertad, violando los derechos de los llamados “objetos de protección”.”¹⁰⁸

De esta manera se comprende la manera como el Código de Menores de 1962 diseñó e implementó un modelo de justicia de menores, conforme a la llamada “situación irregular del niño o niña”, en el cual el Juez intervenía en los eventos en que por alguna circunstancia un menor en particular, se encontrara dentro de una situación que permitiera suponer que se encontraba en riesgo: moral, familiar, legal, etc. aplicando una medida de protección para solucionarla, con el terrible error de que ellas se materializaban en la privación de la libertad del menor, la cual implicaba la violación y desconocimiento de todos sus derechos.

B. Código de los Niños y Adolescentes

Ante la imperiosa necesidad de adaptar la legislación de menores a los preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño, por Ley N° 25296 de diciembre de 1990 el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de aprobar, mediante Decreto Legislativo, un nuevo Código de Menores. Con este fin, se conformó una Comisión fue presidida por un especialista e integrada por senadores, diputados y representantes del Poder Judicial, Ministerio de Justicia, Ministerio Público, Colegio de Abogados de Lima y de la extinta Federación de Colegios de Abogados del Perú. Pero, al finalizar el plazo de trabajo otorgado a esta Comisión concluyó, sin lograr el objetivo propuesto.

Posteriormente en el año 1992 el Ministerio de Justicia ¹⁰⁹ nombró una Comisión multidisciplinaria Técnica¹¹⁰ integrada por miembros de instituciones públicas, universidades, colegios profesionales y organizaciones no gubernamentales generó el aporte de diversas experiencias de trabajo y enfoques sobre niños, niñas y adolescentes; facultada para que en el plazo de noventa días presentara el proyecto de Código sobre la Infancia en cuya redacción se deberían observar los preceptos de la Convención sobre los Derechos del

¹⁰⁷ Tamayo Vargas, M.: (1989) “El Ordenamiento Jurídico para el Menor”, ed. Bekos, Lima, pág. 35.

¹⁰⁸ “Justicia y Derechos del Niño” (2009) UNICEF ob. cit. Pág. 148

¹⁰⁹ Resolución Ministerial N° 505-92-MINJUS.

¹¹⁰ presidida por Enriqueta González e integrada por Jorge Valencia, Ana María Yáñez, Ana María Vidal, Luz María Capunay, María de Lourdes Loayza, Yalile Beltrán, Brisaida Galindo, Soledad Cisneros y Raúl Canelo

Niño. Debiendo tener en cuenta como antecedente el trabajo del Comité de Coordinación del Programa de Cooperación Perú-UNICEF¹¹¹ en el cual se estudió la legislación existente sobre la situación del menor y además se formularon alternativas de aplicación acordes con la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹² y la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño.¹¹³

Dentro del plazo de los noventa días otorgados y con el apoyo del UNICEF,“(…) los miembros de la Comisión revisaron todos los proyectos de reforma de los Códigos de menores, presentados ante el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo. Como parte de una labor de derecho comparado, se tomó en cuenta el Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil, los Códigos de Ecuador y de Colombia. Otra fuente de consulta de la Comisión fueron los libros de conocidos autores de la doctrina de la protección integral de la niñez, como Antonio Amaral Da Silva, Emilio García Méndez, Ubaldino Caliento y Francisco Pilloti, entre otros.”¹¹⁴

El anteproyecto del Código fue publicado en el mes de noviembre de 1992 en el diario oficial El Peruano, para ser sometido a la consideración jurídica del país. Luego de la realización de foros de debate y de la incorporación de los aportes de especialistas involucrados en la protección y promoción de los derechos del niño, el Gobierno derogó el Código de Menores de 1962 y aprobó el Código de los Niños y Adolescentes, el cual entró en vigencia el 28 de junio de 1993¹¹⁵.

Conforme a su estructura jurídica, se puede apreciar que este nuevo código mantiene la misma estructura del Código del 62, se encuentra dividido en un Título Preliminar y Cuatro Libros, aunque realiza una reforma parcial sobre aspectos específicos entre los que se destacan:

¹¹¹ Resolución Ministerial N° 313-91-JUS, en abril de 1991

¹¹² Asamblea General Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989

¹¹³ Aprobada el 30 de septiembre de 1990 en la Cumbre Mundial en favor de la Infancia

¹¹⁴ "Justicia y Derechos del Niño" (2009) UNICEF ob. cit. pág. 149

¹¹⁵ Valencia Corominas, J. Yáñez Malaga, A. & Capuñay Chávez, L.: (1997) "Los Derechos del Niño y el Adolescente. Compilación: Código de los Niños y Adolescentes, Exposición de Motivos y Convención sobre los Derechos del Niño". Edición Oficial. Ministerio de Justicia y Radda Barnen. Lima, pág. 14

a. Derogación la aplicación del Decreto Legislativo N° 895

El Decreto Legislativo 895, sancionado en marzo de 1998; regulaba el llamado Terrorismo Especial, tipificó que “(...) toda conducta que afecte la vida, el cuerpo, la salud, el patrimonio, la libertad individual o la seguridad pública perpetrada en banda, asociación o agrupación criminal, utilizando armas de guerra, será materia de aplicación de esta norma. Además de otras medidas, y sólo para efecto de este delito, redujo la edad de capacidad penal hasta los 16 años, asignándoles a los adolescentes una pena privativa de libertad no menor de 25 ni mayor de 35 años.”

Tal como se evidencia, esta derogatoria resultaba absolutamente necesaria de acuerdo con los fundamentos de la Convención de los Derechos del Niño, pues esta norma al reducir la capacidad legal penal para menores de 16 años contravenía sus principios. Esta derogación se materializó en el Nuevo Código en el artículo 235° al señalar que “(...) la internación es una medida privativa de libertad. Se aplicará como último recurso por el período mínimo necesario, el cual no excederá de tres años”.

Acorde con la normativa vigente, contenida en el Código de los niños, niñas y adolescentes, se debe tener claro que al menor adolescente infractor solo, se le puede imponer privación de libertad como medida de internamiento sin que en ningún caso pueda exceder el plazo de tres años.

b. Adopta el concepto de capacidad especial

Dentro de la teoría clásica del derecho civil, el menor de edad es considerado un incapaz absoluto; sin embargo, la “Convención sobre los Derechos del Niño” creó una nueva concepción de “capacidad” para los niños y niñas, que al ser incorporada en las legislaciones internas de los Estados partes de la Convención, produce cambios a nivel de su normativa sobre la infancia, tal como se evidencia en nuestra legislación.

Este concepto de “capacidad especial”, adoptado por Convención sobre los Derechos del Niño es reconocida como un novedoso aporte de la doctrina jurídica, siendo incorporado por los integrantes del grupo redactor en el título preliminar del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes en el año 2000, en artículo IV, cuando al referirse a la capacidad de los niños

niñas y adolescentes modifica la legislación civil sobre “incapacidades absolutas” de la infancia., al señalar:

“Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes (...).”

El termino de capacidad utilizado por la norma, debe entenderse como: la “aptitud legal” para adquirir y ejercitar los derechos civiles, de manera que se reconoce al niño y adolescente como sujeto de derechos, lo cual representa un gran avance, pues como consecuencia los niños y adolescentes adquieren capacidad especial ante la ley para actuar en defensa de sus derechos tradicionalmente no otorgados a los niños, como el derecho a la libertad, libertad de opinión, religión y asociación, como sucede en la legislación peruana.

c. Des judicialización de la competencia tutelar de los Juzgados de Familia

La desjudicialización de la competencia tutelar de los juzgados de familia puso fin a uno de los últimos rezagos de la doctrina de la situación irregular, que otorgaba competencia al juez de familia sobre niños y adolescentes en presunto estado de abandono, maltratados, olvidados o golpeados. Se encargó al Ministerio de la Mujer la competencia de desarrollar las investigaciones tutelares.

C. Tribunal Constitucional.

1. Contenido Constitucional

La protección del interés superior del niño, niña y adolescente como contenido constitucional

El Tribunal Constitucional, al resolver un recurso de agravio constitucional referido a un asunto en el que con fundamento en lo señalado por el artículo 203° del Código Procesal Civil, se archivó el proceso sobre alimentos promovido en favor de una menor por su madre y en contra de su progenitor expuso: Doctrina Jurisprudencial Vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional en materia de

alimentos pero, a la vez se refirió al asunto objeto de esta investigación, es decir el interés superior del niño. Sobre el particular preciso:

“(…) 14. En anterior oportunidad el Tribunal Constitucional [STC 02132-2008-PA/TC] ha precisado que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4° de la Norma Fundamental, en cuanto establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)". Tal contenido de fundamentalidad es reconocido a su vez por la "Convención sobre los Derechos del Niño" de 1989, 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 3 de agosto de 1990, publicada /11/el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990. El texto de la menciona convención se publicó en Separata Especial el 22 noviembre 1990 y mediante N.° 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente inter' nacional la difusión de la "Convención sobre los- Derechos del Niño".¹¹⁶

Continúa el máximo defensor de la Constitución exponiendo que:

“16. Teniendo en cuenta que el artículo 55° de la Constitución establece que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”¹¹⁷ no queda sino convenir en que los contenidos de tal Convención sobre los Derechos del Niño resultan vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano, conclusión resultante de la aplicación del control de convencionalidad al que estamos sujetos.”¹¹⁸

17. Este Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en anteriores oportunidades respecto del contenido constitucional del interés superior del niño, niña y adolescente, y en la exigencia de su atención especial y prioritaria en los procesos judiciales. Así, en la sentencia del Expediente N.° 03744-2007-PHC/TC estableció que:

¹¹⁶ Sentencia Tribunal Constitucional Exp. No. 0405 2012-PA/TC Huara fundamento 14

¹¹⁷ Constitución Política del Perú artículo 55

¹¹⁸ Sentencia Tribunal Constitucional Exp. No. 0405 2012-PA/TC Huara fundamento 16

(...) Es necesario precisar que, conforme se desprende la Constitución en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales debe procurar una atención *especial y prioritaria* en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos el artículo 4° de la Constitución que establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente **al niño, al adolescente** (...)”¹¹⁹, se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial del 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 del Adolescente y el respeto a sus derechos” (resaltado agregado).

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4°), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. (Resaltado agregado). Asimismo, tal atención deber ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.”¹²⁰

“18. Ahondando en ello, mediante la sentencia recaída en el Expediente N.º 06165-2005-HC/TC, este Tribunal reconoció que:

(...) La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en lo que se ha señalado como **interés superior del niño y del adolescente**, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo 4°, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los

Niños y Adolescentes y, **en el espectro internacional, gracias al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al artículo 3º, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño 1 [15] (...) (resaltado agregado).**”¹²¹

Estableciendo además como Doctrina Jurisprudencial Vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los siguientes fundamentos;

“(…) 19. De lo antes descrito se tiene que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales.”¹²²

25. En dicho contexto, conviene subrayar que el principio del interés superior del niño, comprende, entre otras cosas, una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable con el fin de dar solución a la controversia reclamada, siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata niños, niñas y adolescentes, que tienen especial cuidado y prelación de sus intereses frente al Estado.¹²³

26. La Constitución Política de Perú señala en su artículo 4º que “[l]a comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”. La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, precisándose que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo y Ministerio Público, entre otros, se

¹²¹ Sentencia Tribunal Constitucional Exp. No. 0405 2012-PA/TC Huara fundamento 18

¹²² Sentencia Tribunal Constitucional Exp. No. 0405 2012-PA/TC Huara fundamento 19

¹²³ Sentencia Tribunal Constitucional Exp. No. 0405 2012-PA/TC Huara fundamento 25

considerará prioritario el principio del interés superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

La posición de Tribunal Constitucional se complementa con los siguientes fundamentos expuestos al resolver una acción de habeas corpus el 9 de septiembre de 2010.

“11. (...) Por tanto, el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución otorga radica en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral, en tanto personas¹²⁴

Se debe indicar que el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes precisa que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. Por tanto, entendemos que cuando los instrumentos internacionales aluden al niño como sujeto de derechos (párrafo final del Fundamento 8), para nuestra legislación nacional comprende tanto a los niños como a los adolescentes, (...) (Fundamento 1).”¹²⁵

12. En esta línea, el Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del interés superior del niño en la sentencia recaída en el Expediente N.º 06165-2005-HC/TC (Fundamento 14), en la que precisó la responsabilidad de la salvaguardia del principio del interés superior de los niños y adolescentes, y su percepción al señalar:

La tutela que ha sido prevista en la Norma Fundamental es permanente, pero como se ha ido estableciendo, la responsabilidad no sólo es del Estado, pese a que siempre los reclamos son dirigidos a éste, sino de la comunidad toda.

Entonces, por más que se reconozca una protección superlativa a los niños y adolescentes (...), ello no es óbice para que este Colegiado acepte y apoye cualquier tipo de actividad que se realice para con ellos” (énfasis agregado).

¹²⁴ Sentencia Tribunal Constitucional. 3330-2004-AA/TC, caso Ludesminio Loja Mori.

¹²⁵ Sentencia Tribunal Constitucional PHC/TC EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC Lima fundamento 11

“13. En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, “(...) constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.”¹²⁶

“En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos.”¹²⁷ “Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa.”¹²⁸

6. El plazo razonable

1. Concepto

Respecto al plazo razonable o el derecho a que las controversias sometidas al aparato judicial se resuelvan sin dilaciones indebidas, debemos advertir que no resulta fácil de definir, si bien ha sido establecido como un derecho fundamental, son instrumentos internacionales y la jurisprudencia los que han contribuido a su estructuración y desarrollado, en los cuales no señalan definiciones, conceptos o requisitos, solo se limitan a

¹²⁶ Sentencia Tribunal Constitucional PHC/TC EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC Lima fundamento 13

¹²⁷ Sentencia Tribunal Constitucional PHC/TC EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC Lima fundamento 13

¹²⁸ Sentencia Tribunal Constitucional PHC/TC EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC Lima fundamento 13

establecer los elementos, cuya presencia debe contrastarse en cada caso concreto en aras de establecer su vulneración.

En consecuencia, el concepto del plazo razonable, ha sido elaborado por la doctrina, este sentido Joan Pico I Junoy lo define “(...) como aquél referido “no a la posibilidad de acceso a la jurisdicción o a la obtención práctica de una respuesta jurídica a las pretensiones formuladas sino a una razonable duración temporal del procedimiento necesario para resolver y ejecutar lo resuelto”¹²⁹ para que esta manifestación resulte más aproximada al concepto de plazo razonable debe tener en cuenta los factores que la jurisprudencia ha señalado como criterios para su valoración de manera que permita concebirlo como “la posibilidad que poseen las personas para acudir a la administración de justicia, en aras de que en un proceso sea desarrollado dentro del tiempo estrictamente requerido, respetando los derechos fundamentales, se resuelvan sus pretensiones y se cumpla con la sentencia, atendiendo a la actividad de las partes”.

2. Regulación

La Constitución Política del Perú no lo establece taxativamente como uno de los Derechos fundamentales de la persona el derecho a obtener una resolución judicial en un plazo razonable, este principio resulta regulado dentro del derecho a la tutela judicial prevista explícitamente en el artículo 139.3 de la Constitución Política¹³⁰ como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional. Para comprender la génesis del derecho al plazo razonable esta disposición debe interpretarse en concordancia con lo señalado por la cuarta disposición final transitoria de la Constitución referida a la Interpretación de los derechos fundamentales conforme a la cual “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”¹³¹

¹²⁹ Pico I Junoy, Joan cit. por Coaguila Valdivia, Jaime: “Derecho al proceso en un plazo razonable”, pág. 3 en: <http://drjaimecoaguila.galeon.com/articulo11.pdf>

¹³⁰ 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

¹³¹ Constitución Política del Perú Cuarta disposición final transitoria

Acorde con lo señalado debemos tener presente que el plazo razonable tiene reconocimiento expreso en “Tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ratificados por el Perú y que tienen rango constitucional. Este derecho es propiamente una manifestación implícita del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva reconocida en la Carta Fundamental¹³² (artículo 139 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana”.¹³³

Es decir, el plazo razonable en el Perú se encuentra implícito dentro de los derechos debido proceso y a la tutela jurisdiccional y debido a que su desarrollo ha sido eminentemente foráneo, a través de instrumentos internacionales: tratados y convenciones la Cuarta disposición penal transitoria de la Constitución, permite su incorporación a nuestra práctica legal.

Dentro de este contexto, tenemos que la el plazo razonable se ha derivado del contenido de varios tratados internacionales, referidos a continuación.

A. Declaración Universal de Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos, reconoció, en el art. 10, que “(...) toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”¹³⁴. En este tratado, por vez primera, de modo concreto pero sin especificar se amplía el principio de legalidad a otras materias.

B. Declaración Americana Derechos y Deberes

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes¹³⁵, reconoce, en el art. XVIII, “(...) a toda persona que puede ocurrir a los tribunales para hacer valer su derecho y disponer de un procedimiento sencillo y breve para tener amparo contra actos de autoridad que violen sus

¹³² Ídem artículo 139

¹³³ Sentencia recaída en el Expediente N° 00465-2009-PHC/TC. F.j.8. Citado por Torres Zúñiga, Natalia, Comentarios al Caso Chacón (2009) ¿Puede el TC excluir del proceso a un acusado por afectación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable?. En Gaceta Constitucional Tomo 24, Lima, diciembre.

¹³⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos artículo 10

¹³⁵ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

derechos fundamentales. Se completa la garantía de legalidad en los arts. XXV y XXVI siguiendo los criterios clásicos.”

C. Convenio Europeo de Derechos Humanos¹³⁶

Este instrumento internacional su Artículo 6.1. prevé que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”¹³⁷

D. Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos

En el pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (1966), en el inc.1 del art. 14, se remarca que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia y, a continuación, se reitera la fórmula de la Declaración Universal antes transcrita, pero se especifica que es para la "determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil". A su vez, para el ámbito penal, incorpora, como nota destacada, en el inc. 3. c) que la persona acusada de un delito tiene derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas.

E. Pacto de San José de Costa Rica

Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8 se especifica en el punto “1. Que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”¹³⁸. La preocupación por incorporar el tiempo en el concepto del derecho de defensa en juicio queda evidentemente marcada, en el inc. 5 del art. 7 donde se instituye que toda persona tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.

¹³⁶ Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) Roma el 4 de noviembre de 1950.

¹³⁷ Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) artículo 6.1.

¹³⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 8.1.

Además de estos preceptos generales “(...) el principio ha sido objeto de regulación, especialmente en materia Penal en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -arts. XXIV y XXV-, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura -art. 8-, la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas -art. X y XI-, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas Crueles, Inhumanos o Degradantes - art. 6, 12 y 13-, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 9 y 14- y la Convención de los Derechos del Niño -art. 37.”¹³⁹

Como se puede verificar el desarrollo de este principio por parte de los Tratados Internacionales, por la importancia y trascendencia que posee, ha sido orientado al ámbito del Derecho Penal, en aras de procurar que el imputado por una conducta delictual posea la garantía de obtener una pronta solución de su situación en cada una de las diversas etapas del proceso penal, previniéndose la posibilidad de permanecer indefinidamente en situación de investigado. Sin embargo, como se señaló este principio tiene plena aplicabilidad en otras áreas del derecho como el civil, laboral, administrativo, etc., tal como lo ha señalado la doctrina “Ahora bien, cabe indicar que si bien el derecho al plazo razonable constituye una manifestación o contenido implícito del debido proceso en general, por ende, perfectamente invocable en procesos de naturaleza civil, laboral y/o penal entre otros, este *derecho* es aplicado o invocado *generalmente* durante el curso de investigaciones preliminares y particularmente durante la prosecución de procesos penales.”¹⁴⁰

3. Facetas

Doctrinalmente se ha considerado que “(...) el derecho al proceso en un plazo razonable tiene una doble naturaleza jurídica, ya que por una parte comprende una **Faceta Prestacional** consistente en el derecho a que los jueces resuelvan en un plazo razonable, y de otra parte una **Faceta Reaccional** que implica la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones indebidas”¹⁴¹.

¹³⁹ Toricelli, M. El plazo razonable. En Silvia B. Palacio de Caeiro (2015), Tratados de Derechos Humanos y su influencia en el Derecho Argentino, Tomo III. Buenos Aires: La Ley. ISBN: 978-987-03-2805-6 Pág. 2428

¹⁴⁰ Amado Rivadeneyra, Alex (2011) El Derecho al Plazo Razonable como contenido implícito del Derecho al Debido Proceso: Desarrollo Jurisprudencial a nivel Internacional y Nacional. En Revista Internauta de práctica Jurídica Núm. 27, pág. 3

¹⁴¹ Urdaneta Sandoval, Carlos Alberto: “Garantía del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en sede contencioso-administrativa: ¿pretensión de carencia o amparo constitucional?”. Disponible en:

Esta posición ha sido asumida por el Tribunal Constitucional Español en la sentencia STCE 302/2002 recaída en un Recurso de Amparo del 11 de diciembre del 2002 al señalar:

“Juntamente con la autonomía del derecho fundamental en cuestión, a la que se ha hecho referencia, se ha destacado su doble faceta prestacional y reaccional. La primera, cuya relevancia fue resaltada en la STC 35/1994 del 31 de enero (fj. 2), consiste en el derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable y supone que los ‘jueces y tribunales deben cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de la tutela (...) A su vez la faceta reaccional actúa en el marco estricto del proceso y se traduce en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas.”¹⁴²

4. Desarrollo Jurisprudencial

“En aplicación del Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950) “en los casos: Rigiesen (16 de junio de 1971) Konnig (8 de junio de 1978), Eckle (15 de julio de 1982) y siguientes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEHD) “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado en claro que el concepto de plazo razonable no resulta de sencilla definición. Para establecer un lapso preciso que constituya el límite entre la duración razonable y la prolongación indebida de un proceso, la Corte ha señalado que es necesario examinar las circunstancias particulares de cada caso. En este sentido ha manifestado, compartiendo el criterio establecido por la Corte Europea de Derechos humanos, que para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla un proceso se deben tomar en cuenta: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales”¹⁴³

¹⁴² En www.boe.es

¹⁴³ El Debido Proceso en las decisiones de los órganos de control constitucional de Colombia, Perú y Bolivia.

Comisión Andina de Juristas Perú. Disponible en

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_60.pdf

5. Criterios para determinar el plazo razonable

A. Internacionales

Dentro de los criterios para determinar si un proceso se ha ritualizado dentro del plazo razonable, la doctrina ha acogido los criterios esbozados por la jurisprudencia internacional sobre la materia, estableciendo de manera general que “(...) para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla un proceso se deben tomar en cuenta: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales”¹⁴⁴.

Sin embargo, como complemento de los anteriores criterios se han expuesto otras circunstancias que pueden influir en la duración razonable del proceso conforme con las cuales: “(...) se entenderá tal luego de confrontar el efectivo cumplimiento de los plazos procesales con otras circunstancias; por ejemplo, con la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración según las circunstancias específicas de cada controversia, la conducta procesal del litigante –y la de sus letrados-, la de las autoridades –incluyendo la actividad del juez-, la acumulación de trabajo, la consideración de los medios disponibles, etc.”¹⁴⁵ Es decir además de la conducta de las partes (incluida la autoridad judicial), de la complejidad del asunto, existen otras circunstancias que pueden influir en la duración razonable del proceso: la carga laboral, la posibilidad de utilizar recursos técnicos, entre otros

En ámbito de la jurisprudencia latinoamericana la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no ha tenido un criterio estático, su posición ha ido variando, es así como sus primeras manifestaciones sobre el tema, considero que para apreciar el plazo necesario de un proceso se requiere además analizar “(...) otro criterio desarrollado por la Corte Europea para determinar la razonabilidad del plazo de duración de un proceso: el análisis global del procedimiento. La Corte, en consecuencia, no opta por precisar un plazo determinado en días calendarios o naturales como el máximo de duración aplicable a un proceso sino que brinda unos criterios a ser evaluados por la judicatura para precisar si se afecta o no el

¹⁴⁴ Rodríguez Bejarano, Carolina (2011) “El Plazo Razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia.”. pág. 115 Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851181.pdf>

¹⁴⁵ Bielsa, Rafael y Graña, Eduardo: “El tiempo y el proceso”, disponible en: www.argenjus.org.ar/argenjus/articulos/granabielsa.pdf

derecho a la duración de un proceso en un plazo razonable, según las características de cada caso»¹⁴⁶

Consideramos que estos criterios resultan ser suficientes para que luego de analizarlos en cada caso concreto, se pueda llegar a determinar si el proceso se desarrolló dentro del plazo requerido, sin dilaciones injustificadas pues, éstos corresponde a situaciones generales dentro de las cuales se pueden incluir otras *verbi gatia*: excesiva carga laboral que se puede incluir en la conducta de las autoridades, etc.

I. Complejidad del caso o asunto

En cuanto a la complejidad del asunto resulta necesario tener en cuenta que, no todos lo asunto sometidos a decisión judicial previo adelantamiento de un proceso, tienen la misma dificultad o complejidad, cada caso es único, de manera que tal como lo dejó entrever la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta imposible señalar para cada caso a priori un plazo preciso para que, dentro de los plazos fijados por la legislación procedimental necesariamente se resuelva o sentencie un asunto particular dado que, uno tiene sus propias dificultades por ejemplo: desde el punto de vista probatorio, de la naturaleza de la pretensión, cuando las partes están integradas por varias personas, la destreza y lealtad con que cada una de ellas actúe en el procedimiento, etc.

Atendiendo a estas particularidades en “(...) voto concurrente el Juez Sergio García emitido en la sentencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Valle Jaramillo el 27 de noviembre de 2008, se percibe que no son menos complejas las condiciones de facto cuando convergen el litigio múltiples relaciones que deben ser consideradas y aclaradas, junto con el número de participantes en las relaciones materiales y en el trámite procesal con sus respectivas posiciones, sus derechos, sus intereses llevados y elevados a juicio, sus argumentos y expectativas a los resultados del proceso”¹⁴⁷. En este sentido cabe mencionar que no es igual, adelantar un proceso de tenencia de menor referido a un solo menor sin ningún tipo de alteración psíquica que debe ser evaluada por perito que, uno en el que existan varios menores entre los que hay uno que por especial condición requiere una

¹⁴⁶ El Debido Proceso en las decisiones de los órganos...ob. cit.

¹⁴⁷ Rodríguez Bejarano, Carolina. (2011) “El Plazo Razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia”. pag. 117 Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851181.pdf>

evaluación de su desarrollo psicológico pues en este caso, el trámite sin lugar a dudas se dilataría justificadamente debido al tiempo que demora el peritaje requerido.

A pesar de lo indicado, se debe tener en cuenta que “(...) no basta la simple manifestación del Estado de que el asunto en cuestión es complejo, ya que recae sobre el propio Estado demostrar que se ha actuado con debida diligencia y celeridad, solo así será posible que resulte aceptable que un Estado desvirtúe este primer elemento. La Corte advierte que el retardo en el desarrollo de la Investigación no puede justificarse únicamente en razón de la complejidad del asunto.”¹⁴⁸

II. Actividad procesal del interesado

La actividad procesal del interesado, ha sido considerada como un criterio determinante en la determinación del plazo razonable pues en, muchas ocasiones la pronta solución de la controversia o su demora depende de la actividad procesal del interesado desarrollada por el interesado, es decir, su participación en el procedimiento permite claramente identificar y enmarcar su conducta dentro del marco de la diligencia procesal y simultáneamente establecer si la misma ha sido activa u omisiva. Por ello “(...) la Corte IDH ha establecido que de ninguna manera los interesados en sus actuaciones pueden desplegar acciones o conductas incompatibles con los fines de la justicia, o estar dirigidas a entorpecer la tramitación del proceso (Caso Genie Lacayo Vs Honduras, 1997. Párr 79)”¹⁴⁹

Lo anterior se debe evaluar sin olvidar que, quien acude ante la administración de justicia demandando la solución de una controversia, esta prevalida del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva en aras de lograr una pronta resolución “(...) como una garantía implícita del derecho al acceso a la justicia que goza de un doble sentido, uno formal y otro material, en primer lugar porque admite la posibilidad de requerir el pronunciamiento jurisdiccional, mediante actividad probatoria, presentación de alegatos y recurriendo la misma, y seguidamente otro material porque permite la obtención de una sentencia justa sin perjuicio del sentido del fallo. No obstante, en ciertos casos, es necesario asignar mayor jerarquía a uno de tales derechos para obtener con ese reconocimiento, una

¹⁴⁸ Sentencia Caso Garibaldi vs. Brasil, 2009. Párr 134 citado por Rodríguez Bejarano, Carolina (2011) “El Plazo Razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia.”. ob. cit. pág. 117

¹⁴⁹ Rodríguez Bejarano, Carolina (2011) “El Plazo Razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia.”. pág. 118 Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851181.pdf>

tutela material más completa y satisfactoria para la persona, porque la irrazonabilidad de un plazo se predica tanto del que es excesivamente largo, como del que es excesivamente breve.”¹⁵⁰

Es decir, al momento de evaluar la actitud del interesado dentro del plazo razonable se debe tener presente que su actividad no solo se limita a su actuación puramente procedimental, interrogando a testigos, presentado recursos, contestando la demanda por ejemplo sino que además, se debe tener en cuenta su expectativa de que se resuelva el asunto, de manera pronta y sin dilaciones indebidas.

III. Comportamiento de las Autoridades Judiciales

El comportamiento de las autoridades judiciales durante el desarrollo del procedimiento, resulta ser indicador valioso al momento de evaluar el plazo razonable del proceso toda vez que, si bien es cierto en el desempeño de sus funciones el Juez resulta obligado a actuar con precaución ésta no puede ser utilizada como excusa para justificar la tardanza en la resolución de un litigio o, a la inversa para resolver muy rápidamente el asunto, respecto a este punto la doctrina ha señalado que “En el desarrollo de las funciones que se despliegan en el proceso, es necesario distinguir la actividad ejercida con reflexión y cautela justificables, y la desempeñada con excesiva parsimonia, exasperante lentitud y exceso de formalismo. El desempeño y rendimiento obtenido de un tribunal o autoridad en la solución de los conflictos que se le someten, es fundamental para quien aguarda su pronunciamiento, esta labor puede verse empañada o perturbada por la insuficiencia de los mismos, la complejidad del régimen procedimental, su antigüedad o la abundante carga de trabajo que puede afectar a tribunales y autoridades que realizan un serio esfuerzo de productividad entre otros. Estas situaciones se dotan de relevancia en la ponderación de la razonabilidad del plazo y por ningún motivo deben de ser descartada en el análisis de la razonabilidad de los procesos, y lo ideal sería que no incidiera desfavorablemente sobre los derechos del individuo”.¹⁵¹

¹⁵⁰ Rodríguez Bejarano, Carolina (2011)“El Plazo Razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia.”. pág. 115 Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851181.pdf>

¹⁵¹ Rodríguez Bejarano, Carolina (2011)“El Plazo Razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia.”. pág. 119 Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851181.pdf>

Este criterio no solo se refiere a la manera cómo actúan los jueces en desarrollo del procedimiento, de acuerdo con la jurisprudencia internacional se hace extensivo a la “(...) a la imparcialidad de los jueces como un elemento vital para el desarrollo y conducción de las investigaciones, “el juez que interviene en una contienda particular debe aproximarse a los hechos de la causa de modo imparcial, es decir, “careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio personal y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.(Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, 2009. Párr 77)”¹⁵²

IV. La afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso

Es a partir de lo señalado por García Ramírez en el año 2006 cuando al referirse a la manera como debe computarse el plazo razonable en una actuación judicial tuvo en cuenta un nuevo aspecto “(...) no excluye ni sustituye los anteriores en la determinación de si una conducta es o no violatoria del plazo razonable, es justamente la afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes, es decir, la situación jurídica del individuo”¹⁵³ que se encuentra comprendida en el proceso ya sea como: demandante, demandado, *litis* consorte (activo o pasivo), etc. Sergio García Ramírez precisa que “En ocasiones, es irrelevante el tiempo transcurrido para la ponderación del daño; en otras, es muy lesivo para la víctima. Por ello, los otros elementos de apreciación de la razonabilidad - complejidad del asunto y conducta de autoridades y particulares--deben ponderarse igualmente a la luz del perjuicio que se está causando a la víctima. El tiempo no corre igual para todos, ni los elementos considerados tradicionalmente para fijar la razonabilidad del plazo afectan a todos igualmente. Me percaté de que puede haber flancos débiles en esta argumentación, pero también sostengo que la inclusión de este nuevo dato contribuye a perfilar mejor y precisar con mayor hondura el concepto de plazo razonable.”¹⁵⁴

¹⁵² Rodríguez Bejarano, Carolina (2011)“El Plazo Razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia.”. pág. 120 Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851181.pdf>

¹⁵³ Rodríguez Bejarano, Carolina (2011)“El Plazo Razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia.”. pág. 120 Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851181.pdf>

¹⁵⁴ Rodríguez Bejarano, Carolina (2011)“El Plazo Razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia.”. pág. 120 Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851181.pdf>

B. A nivel Nacional

En concreto, de acuerdo a la jurisprudencia internacional que el Tribunal Constitucional del Perú ha hecho suya, es necesario expresar que “el plazo razonable (...) no puede traducirse en números fijo de días, semanas, meses o años, o en varios periodos dependiendo de la gravedad del delito”.¹⁵⁵ Ahora bien, como bien lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, dicha imposibilidad para establecer plazos fijos no impide tener criterios o pautas que, aplicadas a cada situación específica, permitan al juez constitucional determinar la afectación del derecho constitucional a ser juzgado más allá del tiempo razonablemente necesario.¹⁵⁶

A nivel nacional el Tribunal Constitucional se ha manifestado sobre los criterios para fijar o señalar el plazo razonable de un proceso, acogiendo los criterios señalados por la jurisprudencia internacional, al precisar que “(...) el carácter razonable de la duración de un proceso se debe apreciar según las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta: a) La complejidad del asunto, b) El comportamiento del recurrente, c) La forma en que el asunto ha sido llevado por las autoridades (es decir, lo que ordinariamente se demora en resolver determinado tiempo de procesos)”¹⁵⁷ precisando cada uno de ellos de la siguiente manera:

1. La complejidad del asunto. En el caso Berrocal Prudencio (STC Expediente N° 2915-2004-HC/TC), se precisó que este se consideraba a partir de los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados.

2. Actividad procesal del interesado. Aquí es necesario tener en cuenta que el uso regular de los medios procesales y la falta de cooperación mediante pasividad absoluta del imputado se distinguen de la defensa “obstruccionista” (signo inequívoco de la mala fe del procesado). Una defensa obstruccionista es aquella dirigida a obstaculizar las celeridad del proceso, sea la interposición de recurso que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación; así por ejemplo, las contantes y premeditadas

¹⁵⁵ STC Expediente 3509-PHC/TC, f.j.20.

¹⁵⁶ STC Expediente N° 549-2004-HC/TC ff.jj7-9.

¹⁵⁷ Amado Rivadeneyra, Alex (2011) El Derecho al Plazo Razonable como contenido implícito del Derecho al Debido Proceso: Desarrollo Jurisprudencial a nivel Internacional y Nacional. En Revista Internauta de Práctica Jurídica Num. 27, pag. 3

faltas a la verdad que desvían el adecuado curso de las investigaciones, entre, otros. (STC Expediente N° 07624-2005-HC/TC).

De otro lado, hay que tener en cuenta que para evaluar la razonabilidad de las posibles demoras en las diversas etapas de un proceso se debe recurrir a lo que ha sido llamado por la Corte IDH y el TEDH, globalidad del proceso o análisis global del proceso. En otras palabras, para determinar si se ha vulnerado el principio del plazo razonable se deben tener en cuenta todos los periodos, es decir, desde que se inició el proceso con el auto de apertura de instrucción.¹⁵⁸

8. Actuación de los órganos judiciales. En el caso Berrocal Prudencio, el Tribunal Constitucional del Perú señaló que se debe tener en cuenta el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso. En concreto, algunos actos censurables pueden ser la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones; los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia general.¹⁵⁹

Atendiendo a expuesto, resulta pertinente señalar que, a la per de que se ha establecido criterios para evaluar si un procedimiento o actuación va en contra del plazo razonable, también se han expuestos situaciones que justifican el desconocimiento del plazo razonable, en este sentido Coaguila señala que “(...) existen otros factores para determinar los criterios de razonabilidad del plazo, también que existen atenuantes de la dilación, así el mencionado autor establece que “otros factores importantes consisten en “las circunstancias del caso concreto”, “la materia debatida”, “la situación laboral” o “la salud del denunciante”; y del otro lado como causales atenuantes de la dilación se encuentran “el exceso de trabajo del órgano jurisdiccional”, “la defectuosa organización, personal y materiales de los Tribunales”.

C. Importancia

En atención a los criterios expuestos podemos concluir que el plazo razonable tiene íntima relación con el principio de la celeridad procesal así como los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva ya que, las personas demandan de la judicatura la pronta resolución de una controversia, en este sentido García Ramírez¹⁶⁰ señala “Para el principio de celeridad procesal, reviste importancia capital el concepto de plazo razonable, que se aplica a la solución jurisdiccional de una controversia –lo que a su vez significa que haya razonabilidad en el trámite y la conclusión de las diversas etapas del procedimiento que llevarán a la sentencia definitiva. En rigor, la duración de los procesos es asunto que atañe al debido proceso mismo, tiene que ver con la seguridad jurídica y toca el propio tema de la justicia”. De la misma manera vale la pena destacar el criterio de la doctrina anglosajona al sostener que “(...) el derecho a ser juzgado sin dilaciones contribuye al debido proceso, previniendo una opresión indebida sobre personas que se presumen inocentes (Cfr. Darren Allen, “The constitutional Floor Doctrine and the right to a Speedy Trial”, 26 Campell L. Rev. 101).

6. Proceso de tenencia en el Perú

A. Concepto de tenencia

Dentro del derecho de familia la figura de la tenencia reviste vital importancia dentro de la realidad de la familia en la actualidad, toda vez que con el paso del tiempo en nuestro país la institución de la familia se ha ido disgregando, son cada vez mucho más frecuentes los divorcios, separaciones de hecho de personas casadas o que como convivientes han procreado hijos, los cuales ante la falta de acuerdo sobre quién de ellos debe brindarle su atención, cuidado y protección se ven inmersos en numerosas situaciones de maltrato físico y psicológico pues, en la mayoría de los casos son disputados por sus progenitores como “trofeos de guerra”, involucrándolos en sus conflictos de pareja como objeto para hacerle daño al otro. Es en este contexto que, el Estado interviene previendo la posibilidad en favor del padre que desea se reconozca legalmente el derecho de tenencia del menor y consiguiente obligación alimentaria y derecho de vistas de su pareja para acudir ante la

jurisdicción de familia en procura de solucionar el conflicto presentado. Motivo por el cual resulta fundamental establecer el concepto de tenencia.

Es así como Chunga Lamónja considera que “Desde el punto de vista jurídico la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de los padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía”¹⁶¹ no se comparte esta posición por cuanto, a nuestro juicio, resulta incompleta dado que no incluye dentro de su contenido un elemento que a nuestro juicio es esencial, referido a que la tenencia corresponde a un derecho fundamental del menor a tener una familia que le brinde su protección y amparo.

Para Varsi Rospigliosi la tenencia o custodia es la institución por lo que se legitima la posesión que tiene un padre respecto de sus hijos cuando hay una separación de hecho. Este no vendría a ser un derecho del padre sino un derecho del hijo de contar con un protector adecuado (que cumpla los requisitos). En todo proceso de tenencia debe fallarse el régimen de visitas que tendrá la otra parte restringida de la tenencia.¹⁶² Si bien, este doctrinante enmienda la falencia esgrimida en cuanto a que se trata de un derecho del menor, su manifestación igualmente resulta incompleta pues, la limita únicamente a la separación de hecho desconociendo que también se origina en el divorcio, etc.

Sobre la tenencia expone Chaves Bustamante¹⁶³ “(...) La tenencia es una institución que tiene como finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor en busca de su bienestar. Se trata de un cuidado directo e inmediato que ejerce uno de los padres respecto de su hijo menor de edad (niño o adolescente).” Este enfoque, define la tenencia de acuerdo a la situación fáctica que se persigue con ella, no se comparte por cuanto no hace referencia al hecho de que el padre que no tenga bajo su cuidado al menor no pierde la patria potestad sobre él.

¹⁶¹ Chunga Lamónja, F. (2000) Derecho de Menores. Editorial Jurídica Grijley. Lima. 2000.4ª ed. Pág. 350 citado por Ling, Freddy /2011)“Resumen - La Tenencia en el Código Del Niño y el Adolescente Perú” página Web Estudio Jurídico Ling Santo. Reflexiones y Comentarios Jurídicos disponible en <http://www.estudiojuridicolingsantos.com/2011/08/la-tenencia-en-el-codigo-del-nino-y-el.html>

¹⁶² Varsi Rospigliosi, Enrique (2011). Tratado de Derecho de Familia. La teoría jurídica e institucional de la familia. Tomo I. Lima. Gaceta Jurídica S.A. pág. 274

¹⁶³ Chávez Bustamante, Anita Susana (2012). Un reparto equitativo de la autoridad paternal. La viabilidad de la tenencia compartida a la luz de la Ley 29269. En diálogo con la jurisprudencia Actualidad, análisis y criterio jurisprudencial No. 161 Enero. Año 17. Lima Gaceta Jurídica pág. 124-125

Atendiendo a los planteamientos esbozados, podemos considerar a la tenencia como una institución jurídica, que persigue asignar el cuidado de los hijos menores de padres separados o divorciados o uno de ellos, atendiendo a las circunstancias que resulten más favorables para el menor, constituye además un derecho en favor de los padres divorciados o separados de hecho que no están de acuerdo en cuanto a determinar quién ejercerá su cuidado y custodia personal, para solicitar ante el órgano judicial se le ordene el cuidado personal de sus hijos menores y correlativamente se reglamente el derecho de visitas del otro padre y la pensión alimenticia a la vez que, se constituye en derecho para el menor.

B. Tipos

Dependiendo de la actitud de los padres divorciados o separados de hecho hacia sus menores hijos, la doctrina ha establecido la existencia de “(...) tres tipos de tenencia que son: i) la tenencia negativa, es cuando ninguno de los padres desea hacerse cargo de los menores, quedando estos bajo la responsabilidad de un tercero; ii) la tenencia personal o exclusiva, implica una cuota de poder relacionado a la parentabilidad; y iii) la tenencia compartida, donde la patria potestad sigue correspondiendo a los dos progenitores.”¹⁶⁴

Revisando la literatura existente, se ha podido establecer que hay un grupo de doctrinantes que incluyen dentro de las clases de tenencia las llamadas provisoria y definitiva, posición que no se comparte dado que tal como lo aclara López del Carril referido por Jara y Gallegos estas corresponden a las etapas de la tenencia “(...) En realidad de verdad, la denominada definitiva no es tal, puesto que el principio consubstancial de la tenencia es su transitoriedad. Es que se halla sujeta a su modificación cuando el principio fundamental en materia de tenencia que es el interés del menor así lo aconseje (...)”¹⁶⁵

¹⁶⁴ Chunja Lamonja, F. (2000) Derecho de Menores. Editorial Jurídica Grijley. Lima. 2000.4ª ed. Pág. 350 citado por Ling, Freddy /2011)“Resumen - La Tenencia en el Código Del Niño y el Adolescente Perú” página Web Estudio Jurídico Ling Santo. Reflexiones y Comentarios Jurídicos disponible en <http://www.estudiojuridicolingsantos.com/2011/08/la-tenencia-en-el-codigo-del-nino-y-el.html>

¹⁶⁵ Idem pag. 445

C. Aspectos procesales Código de niños y adolescentes

La tenencia se encuentra regulada en el Libro Tercero de las Instituciones Familiares; Título I: La familia y los adultos responsables de los niños y adolescentes; Capítulo II del Código de niños y adolescentes con el *nomen iuris* de Tenencia del Niño y del Adolescente, artículos 81 al 87.

Tenencia

En nuestro país de acuerdo con el contenido del Código de niños y adolescentes se puede concluir que, esta normativa no proporciona una definición legal de lo que se debe entender por tenencia sin embargo, en su artículo 81 menciona que:

“Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.”¹⁶⁶

Juez Competente

De acuerdo a lo señalado por los artículos 133¹⁶⁷, 137¹⁶⁸ incisos a) y 160 inciso ¹⁶⁹ b), Jara y Gallegos exponen, se colige que el Juez competente para conocer de la demanda de tenencia de menor es el Juez de Familia.

¹⁶⁶ Código de niños y adolescentes, artículo 81

¹⁶⁷ Código de niños y adolescentes Artículo 133.- Jurisdicción.-

La potestad jurisdiccional del Estado en materia familiar se ejerce por las Salas de Familia, los Juzgados de Familia y los Juzgados de Paz Letrados en los asuntos que la Ley determina. En Casación resolverá la Corte Suprema.

Los Juzgados de Familia asumen competencia en materia civil, tutelar y de infracciones y se dividen en tales especializaciones, siempre que existan como Juzgados Especializados.

¹⁶⁸ **Artículo 137.- Atribuciones del Juez.-**

Corresponde al Juez de Familia:

a) Resolver los procesos en materias de contenido civil, tutelar y de infracciones, en los que interviene según su competencia;

b) Hacer uso de las medidas cautelares y coercitivas durante el proceso y en su etapa de ejecución, requiriendo el apoyo policial si fuere el caso;

c) Disponer las medidas socio - educativas y de protección en favor del niño o adolescente, según sea el caso;

Legitimación

“En el proceso de tenencia de niños y adolescentes, cuenta con legitimación activa el padre o la madre que no tenga consigo al menor.” Es de destacar que el progenitor que sea mayor de catorce años se encuentra autorizado para demandar y ser parte dentro del proceso de tenencia referido a su hijo (art. 43 numeral 3 del C.C.). Por otro lado, no podemos dejar de mencionar que el progenitor que ha sido demandado por alimentos no puede iniciar un proceso de tenencia, salvo causa debidamente justificada (art. 97 del C.N.A.). La legitimación pasiva en el proceso aludido recae en el padre o la madre que tiene en su poder al niño o adolescente.”¹⁷⁰

Demanda

El código la denomina en su artículo 83 como petición “El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebató a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la Custodia y Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.”

Deber del Juez

Nuestra legislación establece, en desarrollo del derecho del Interés Superior del Niño, la obligación para el Juez de familia que conoce del proceso de tenencia “(...) debe escuchar

d) Remitir al Registro del Adolescente Infractor de la Corte Superior, sede del Juzgado, copia de la resolución que dispone la medida socio-educativa;

e) Aplicar sanciones sobre las contravenciones a los derechos del niño y del adolescente. La sanción podrá ser hasta de diez Unidades de Referencia Procesal; y

f) Cumplir las demás funciones señaladas en este Código y otras leyes.

El Juez está facultado para fijar la pensión de alimentos, dentro del mismo proceso, en los casos de litigios por Patria Potestad, Tenencia y Régimen de Visitas.

¹⁶⁹ Artículo 160.- Procesos.-

Corresponde al Juez especializado el conocimiento de los procesos siguientes:

a) Suspensión, pérdida o restitución de la Patria Potestad;

b) Tenencia;

c) Régimen de Visitas;

d) Adopción;

e) Alimentos; y

f) Protección de los intereses difusos e individuales que atañen al niño y al adolescente.

Jara Quispe, Rebeca S. & Gallegos Canales, Yolanda. Ob. cit. pág. 446

la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”¹⁷¹, tal como lo manda el artículo 85 del C.N.A.

“(…) En las entrevistas a los menores cuya tenencia o régimen de visitas se solicita, se es oye manifestar con quien viven y con quien desean vivir, con quien se sienten más identificados en su vida diaria, con qué padre se llevan mejor, qué sanciones reciben ante un hechos negativo, o qué estímulo ante algún acierto.”¹⁷²

Tenencia provisional

El C.N.A. prescribe en su artículo 87, la tenencia provisional “(…) si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el Juez resolver en los plazo de veinticuatro horas. En los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal. En esta acción, la legitimación por activa la tiene el progenitor que no es titular de la custodia del menor. No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso.” Es decir que esta medida no se puede conceder sino dentro de un proceso iniciado conforme a las reglas anteriores.”¹⁷³

Variación de la Tenencia

“Si resulta necesaria la variación de la tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario (Equipo que trabaja en el Poder Judicial, comprende psicólogos y asistentes sociales, quienes se encargan de complementar las investigaciones y pruebas necesarias para que el Juez determine la tenencia y el régimen de visitas correspondientes: art. 149 C.N.A.), que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno. Así lo determina al artículo 82 –primer párrafo- del C.N.A.

Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato. (art. 82 –parte final- del C.N.A.)¹⁷⁴

¹⁷¹ Código de niños y adolescentes, artículo 85

¹⁷² Ídem

¹⁷³ Código de niños y adolescentes, artículo 87

Ídem pag. 447

Resolución sobre tenencia

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 84 Código de los Niños y Adolescentes “En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

“ a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas. En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.”¹⁷⁵

“Puntualizamos que el Juez está facultado para fijar pensión de alimentos, dentro del mismo proceso, en el caso de litigio por tenencia (art.137 –in fine- del C.N.A.)¹⁷⁶

Modificación resolución de tenencia

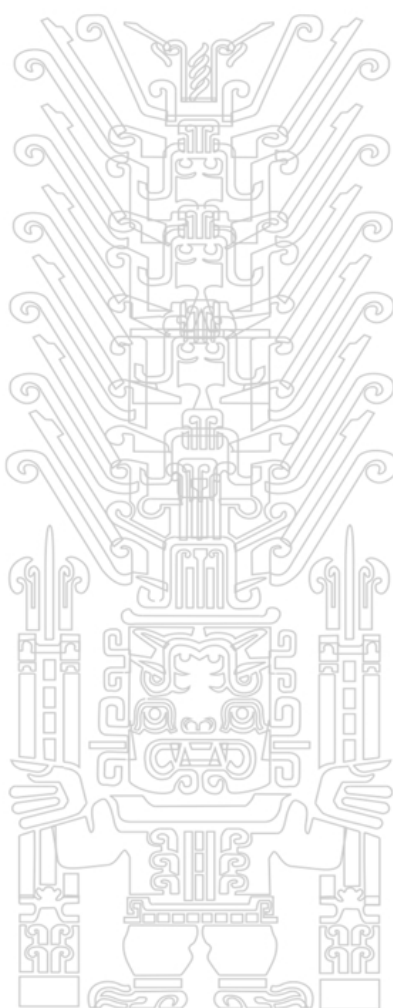
De acuerdo a lo prescrito por el artículo 86 del C.N.A. “La resolución sobre Tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como una nueva acción.

Esta acción podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente.”

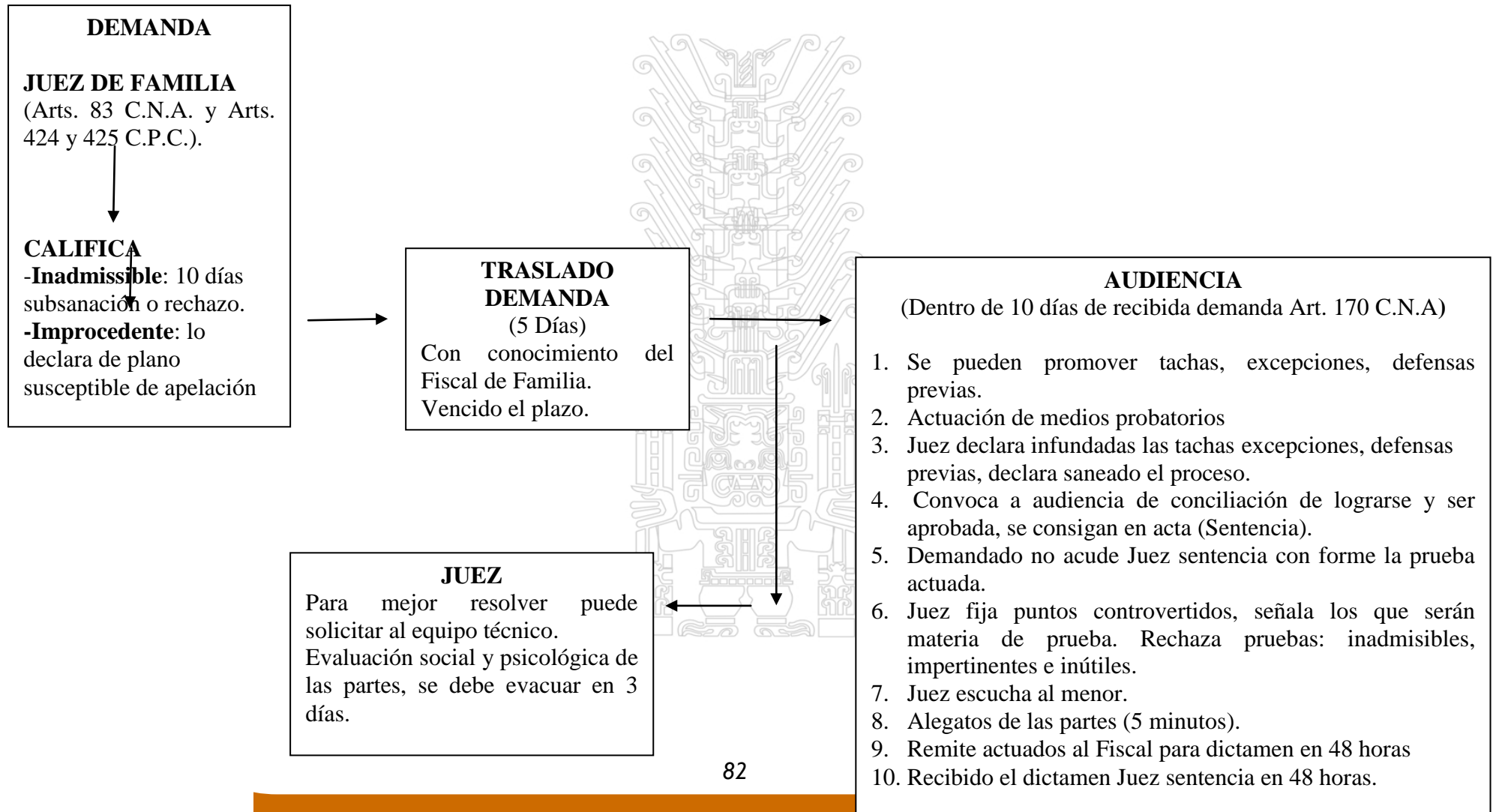
Tramite del proceso

“Conforme se desprende del artículo 160 –inciso b- del Código de los Niños y Adolescentes, corresponde al Juez especializado (Juez de familia) el conocimiento del proceso de tenencia de niños y adolescentes. El Juez especializado, para resolver, toma en cuenta las disposiciones del proceso único establecido en el Capítulo II (“Actividad Procesal”) del libro Cuarto (“Administración de justicia especializada en el niño y el adolescente”) del Código de los Niños y Adolescentes, en los arts. 164 al 182, y, en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil (art. 161 del C.N.A.). Los artículos 164 al

182 del Código de los Niños y Adolescentes, deben tenerse presentes tratándose del trámite en que se sustancia el proceso de tenencia de niños y adolescentes.”¹⁷⁷



PROCESO DE TENENCIA TRAMITE



SENTENCIA
Apelación, dentro de los tres días de notificada, efecto suspensivo.
Resoluciones dictadas en audiencia apelables en calidad de diferido.



TRAMITE APELACION
SALA DE FAMILIA
Se envía dentro de los días de haber concedido.
Sala envía al Fiscal para dictamen en 48 horas.
Vista de la causa (5 Días)
Resuelve (3 Días)

Fuente de diseño propio

D. Principales Derechos del Niño y Adolescente

El derecho a tener una familia y a no ser separado de ella

Dentro de los derechos que tienen los niños y los adolescentes está el de tener una familia, el cual ha sido reconocido por parte del Tribunal Constitucional, en este sentido podemos citar el habeas corpus EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC, 6 de diciembre de 2010 sostuvo:

“5. Este Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho del niño a tener una familia como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar consagrados en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución. Se trata de un derecho reconocido implícitamente en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual *“el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”*, así como en su artículo 9.1, que establece que *“los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”*, derecho reconocido también expresa en el artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes, que señala que *“el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”*.¹⁷⁸

“6. Asimismo, este Colegiado ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud. En este sentido, el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirlo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede

suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia. (Cfr. Exp. N.º 1817-2009-HC, fundamentos 14-157).”¹⁷⁹

El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material

“7. Asimismo el Tribunal Constitucional, sobre la base del derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el “niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de 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 seguridad moral y material”, ha entendido que el Estado, la sociedad y la comunidad asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social.”¹⁸⁰

“8. Así, la eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado. En este sentido, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes tiene el deber de respetar “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”. Al respecto es necesario precisar que el deber de respeto referido no sólo debe ser cumplido por el Estado, sino también por la familia, la sociedad y la comunidad. (Cfr. Exp. N.º 1817-2009-HC, fundamentos 18-20).”¹⁸¹

¹⁷⁹ Sentencia Tribunal Constitucional EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC fundamento 6

¹⁸⁰ Sentencia Tribunal Constitucional EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC fundamento 7

¹⁸¹ Sentencia Tribunal Constitucional EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC fundamento 5

8. Definición de términos

Coparentabilidad: La modalidad de custodia de los hijos que tiene como principal objetivo que éstos sigan manteniendo un contacto asiduo con ambos progenitores.

Crianza: Proceso en el tiempo y en el espacio que permite tener cuidado del niño hasta que se hace adulto, lo que implica un esfuerzo físico y emocional.

Custodia: es un atributo inherente a la patria potestad, definida como el control físico que tienen los padres sobre los hijos.

Desarrollo Integral: Proceso continuo, permanente y participativo que busca desdoblarse armónica y coherentemente todas y cada una de las dimensiones del ser humano, a fin de lograr su realización plena en la sociedad.

Dictamen Fiscal: Documento contentivo de la opinión del Fiscal de Familia, sobre la pretensión de la demanda.

Grupo multidisciplinario: conjunto de personas, con diferentes formaciones académicas y experiencias profesionales, que operan en conjunto, durante un tiempo determinado, abocados a resolver un problema complejo, es decir tienen un objetivo común.

Informe psicológico. Es un documento, que plasma de manera detallada el estado psicológico de los niños o adolescentes, de familiares y/o de terceros. Es entendida como la descripción, análisis y comprensión particular de la situación psico-afectiva, proceso de desarrollo, tendencias y aspectos relevantes de comportamiento, recursos y debilidades personales y características de la red vincular (familia, parientes, personas significativas) de cada niño, niña o adolescente.

Informe social Es un documento formal donde se plasman las acciones, actividades, diligencias y coordinaciones que realiza el Trabajador (a) Social, dirigidas a ubicar a evaluar la dinámica familiar, situación económica, vivienda, sanitaria y educativa, considerando también el entorno social.

Investigación Tutelar es el procedimiento indagatorio del presunto estado de abandono de un niño, niña o adolescente, que puede ser promovido por el Ministerio Público u otras

instituciones como la Policía Nacional, Centros Hospitalarios, Defensorías, Poder Judicial, etc.

Menor de Edad: Es aquel individuo que aún no ha alcanzado la edad adulta; comprendida por la infancia y parte de la adolescencia.

Patria Potestad: Es el conjunto de derechos y deberes que ejercen de manera paritaria la madre y el padre al momento que se configura la filiación de la prole.

Progenitores: Antepasado directo de una persona y en especial el padre y la madre.

Tenencia Compartida: Situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o conyugal, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos.

Tenencia Monoparental: Modalidad en que la custodia de los hijos recae en uno de los progenitores mientras que el otro tiene un régimen de visitas con los hijos.

9. HIPOTESIS

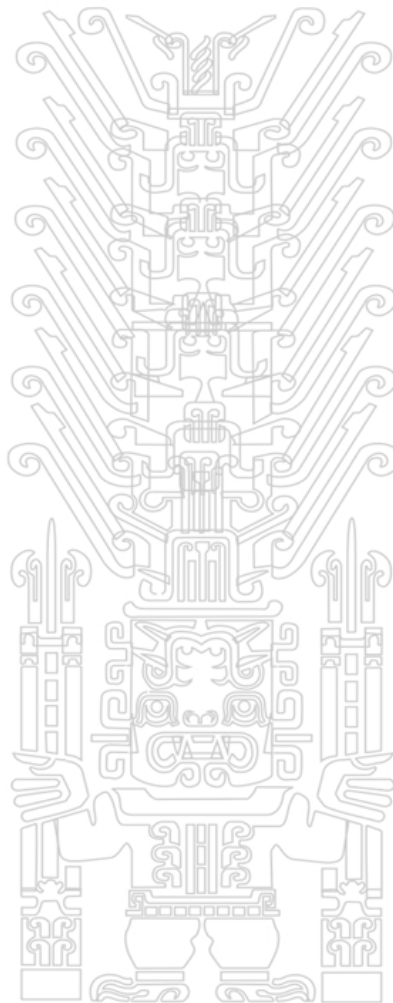
Hipótesis Principal

El desconocimiento del plazo razonable afecta el interés superior del niño en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014 por cuanto el proceso se prolonga en el tiempo mucho más del plazo previsto legalmente y de esta mera, no se pueden hacer efectivos derechos del menor como: a la familia, a la educación, a la dignidad, etc.

Hipótesis Específicas

- 1) El plazo razonable en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014, se afecta por la demora en la presentación de los informes del Grupo multidisciplinario y del dictamen Fiscal por que prolongan el proceso en cinco meses en promedio.
- 2) Al desconocerse el plazo razonable en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al

educación, a la dignidad, etc., toda vez que, no puede disfrutarlos de manera inmediata de manera que les permita tener una estabilidad emocional.



CAPITULO III:

METODO

1. TIPO

La tesis se desarrolló acuerdo al tipo aplicada, se adelantó conforme al contenido del marco teórico sobre las variables de la investigación: Plazo razonable e interés superior del niño, pero proyectada a que sea considerada por presidente de la Corte Superior del Callao para ampliar el número de miembros del grupo o equipo multidisciplinario que realizan los informes social, psicológico, etc. dentro de los procesos de tenencia de menores en ese distrito judicial, de manera que los informes se puedan presentar en un plazo menor y por el Fiscal General de la Nación para tomar medidas dirigidas a los Fiscales de Familia que interviene en los procesos de tenencia, emitan su dictamen Fiscal dentro del plazo previsto por el Código de los Niños y Adolescentes.

2. NIVEL

Al describirse los aspectos relevantes para esta investigación en torno a las variables: Plazo razonable e interés superior del niño y luego se explicarse la manera como la inobservancia del plazo razonable por parte de los miembros del grupo multidisciplinario encargados de realizar los informes sociales, psicológicos, etc. y los Fiscales de Familia al momento de emitir su dictamen Fiscal, afectan el interés superior del niño en los procesos de tenencia adelantados por los Jueces de Familia del Distrito Judicial del Callao se evidencia que en ella se aplicó un nivel de investigación descriptivo-explicativo.

3. MÉTODOS

Dada la naturaleza jurídica de esta tesis de investigación se utilizaron:

Exegético. Para realizar el estudio del plazo razonable e interés superior del niño, tal como han sido consagrados por la Constitución, el Código de los Niños y Adolescentes, la jurisprudencia nacional e internacional.

Hermenéutico Para precisar los conceptos o principios elaborados por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia respecto del plazo razonable e interés superior del niño.

Método sistemático. El cual permite considerar las variables de la investigación: Plazo razonable e interés superior del niño conforme lo expresado o considerado por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional.

4. DISEÑO

En esta investigación se utilizó el diseño no experimental, correlacional-causal. No experimental porque no se manipulo ninguna de las variables de la investigación: interés superior del niño y plazo razonable, simplemente se observó su aplicación por parte del Juez Segundo de Familia del Callao en los procesos de tenencia entre los años 2012 al 2014, afecta el interés superior del niño por desconocer el plazo razonable, al sentenciar el asunto, en promedio 15 meses después de iniciado, para luego analizar las causas.

En atención al correlativo-causal se pudieron relacionar los aspectos trascendentes de las variables plazo razonable e interés superior del niño, en el periodo comprendido entre 2012 a 2014 y que influyen en la problemática de la investigación.

5. ESTRATEGIA DE PRUEBA DE HIPÓTESIS

Para probar la hipótesis de la investigación se siguió el siguiente procedimiento:

- a) Indicar la muestra de personas a ser encuestadas, es decir 49.
- b) Señalar el 5% como margen de error del trabajo
- c) Definir la hipótesis alternativa y la hipótesis nula en la tesis
- d) Se realizó la encuesta y se proporcionaron los resultados.
- e) Ingresar los resultados al software SPSS a nivel de variables, el que suministro las tablas de: estadísticos, correlación, regresión, anova y coeficiente. En las que se analizara el grado de significancia de manera que si resulta ser menor que el margen de error permite aceptar la hipótesis alternativa, lo cual permite sustentar la investigación realizada.

6. VARIABLES DE LA INVESTIGACION Y OPERACIONALIZACION

- **INDEPEDIENTE**

X. PLAZO RAZONABLE

INDICADORES:

X.1. Reconocido para todo tipo de proceso.

X.2. Exceso de plazos

X.3. Sobre carga laboral

- **DEPENDIENTE**

Y. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

INDICADORES:

Y.1. Menor como sujeto de derecho

Y.2. Observancia obligatoria

Y.3. Garantiza derechos

- **INTERVINIENTE**

Z. PROCESO DE TENENCIA

7. POBLACIÓN DE LA INVESTIGACION

Para esta tesis la población estuvo conformada 60 individuos así: Jueces Civiles, Especializados en Familia y Mixtos del Distrito judicial del Callao, Especialistas y Secretarios de los juzgados Civiles, Especializados en Familia y Mixtos del Distrito judicial Callao, Fiscales de Familia del Distrito judicial Callao, Abogados patrocinantes en procesos de familia en el Distrito judicial del Callao, Demandantes y Demandados en procesos de tutela ante los Jueces de Familia Distrito judicial del Callao.

8. MUESTRA DE LA INVESTIGACION

49 Personas conformaron la muestra discriminadas así: Jueces Civiles, Especializados en Familia y Mixtos del Distrito judicial del Callao, Especialistas y Secretarios de los juzgados Civiles, Especializados en Familia y Mixtos del Distrito judicial Callao, Fiscales de Familia del Distrito judicial Callao, Abogados patrocinantes en procesos de familia en el Distrito judicial del Callao, Demandantes y Demandados en procesos de tutela ante los Jueces de Familia Distrito judicial del Callao.

Para definir el tamaño de la muestra se ha utilizado el método no probabilístico y aplicando la siguiente formula:

$$n = \frac{n_0}{1 + \frac{n_0}{N}}$$

Donde

$$n_0 = p * (1 - p) * \left[\frac{z \left(1 - \frac{\alpha}{2} \right)}{d} \right]^2$$

Total Población	N
0.05	$1 - \frac{\alpha^2}{2}$
1.64	$z(1 - \alpha/2)$
proporción esperada 0.5	P
nivel de confianza 90%	Z
Precisión (d).	5%

Conformación de la muestra:

INDIVIDUO	NÚMERO	%
Jueces Civiles, Especializados en Familia y Mixtos del Distrito judicial del Callao	09	18.36
Especialistas y Secretarios de los juzgados Civiles, Especializados en Familia y Mixtos del Distrito judicial Callao	12	24.48
Fiscales de Familia del Distrito judicial Callao	05	10.20
Abogados patrocinantes en procesos de familia en el Distrito judicial del Callao	15	30.61
Demandantes y Demandados en procesos de tutela ante los Jueces de Familia Distrito judicial del Callao	08	16.32
TOTAL	49	99.97

9. Técnicas e instrumentos de Recopilación de Datos

Para recopilar los datos en esta investigación se recurrió a:

- 1) La encuesta. Realizada a las personas que conforman la muestra para conocer su opinión sobre plazo razonable e interés superior del niño, a través del instrumento cuestionario.
- 2) Toma de información. Permitió aprehender la información existente en el internet, libros, legislación, jurisprudencia, normas y otras fuentes de información sobre las variables de la investigación: plazo razonable e interés superior del niño, a través del instrumentos fichas bibliográficas.
- 3) Análisis documental. Permitió ordenar de acuerdo a la importancia y contribución con la investigación la información que se poseía sobre plazo razonable e interés superior del niño, todo a través del instrumento guía de análisis documental.

10. Técnicas de procesamiento de información

La información proporcionada por las fuentes de información de la investigación se manipuló utilizando las técnicas de:

- 1) **Ordenamiento.** Esta técnica permitió organizar la información sobre el plazo razonable e interés superior del niño desde lo cualitativo y cuantitativo de manera que facilitara su consulta.
- 2) **Registro manual.** A través del registro manual se digitalizó la información sobre plazo razonable e interés superior del niño de manera que, permitiera conocer su contenido.
- 3) **Proceso computarizado con SPSS.** Para obtener los resultados en las tablas de estadísticos, anova, coeficientes sobre el plazo razonable e interés superior del niño.

11. Técnicas de análisis de información

La información se analizó de acuerdo a las siguientes:

- 1) **Técnica de análisis documental.** Permite el análisis de la información contenida en las fuentes documentales sobre el plazo razonable e interés superior del niño.
- 2) **Técnica de análisis: indagación.** Por medio de ella se buscó la información relevante para la investigación sobre el plazo razonable e interés superior del niño.
- 3) **Técnica de análisis: conciliación de datos.** Los datos que proporcionan las fuentes de información utilizadas ajustados con los obtenidos en esta investigación para que sean tenidos en cuenta por el Presidente de la Corte Superior del Callao y por el Fiscal General de la Nación en cuanto a aumentar el número de profesionales del grupo multidisciplinario para que emitan sus informes en un plazo corto y de los Fiscales de Familia para que realicen su dictamen fiscal en el plazo señalado en el Código de los Niños y Adolescentes.

CAPITULO IV:

RESULTADOS

1. ANALISIS DE LA ENCUESTA

2. ¿Sabía Ud. qué el principio del plazo razonable significa que el proceso se debe resolver dentro del término estrictamente requerido, de acuerdo con la actuación procesal de las partes, evitando dilaciones injustificadas?

TABLA No. 1:

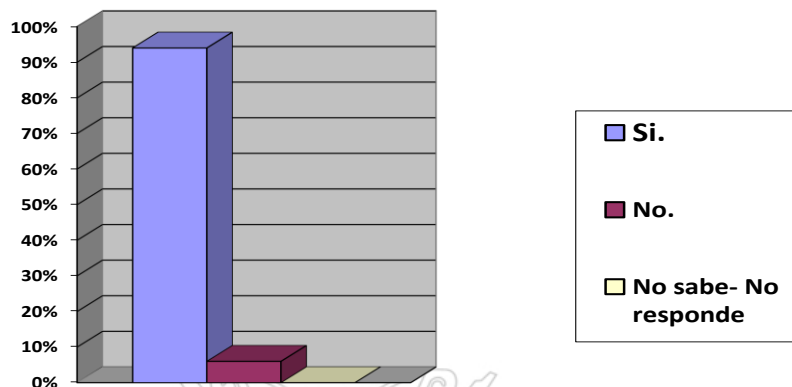
El plazo razonable significa que el proceso se debe resolver dentro del término estrictamente requerido, de acuerdo con la actuación procesal de las partes, evitando dilaciones injustificadas

OPCIÓN	No.	%
Sí.	94	94.00
No.	06	6.00
No sabe- No responde	00	00.00
TOTAL	100	100.00

Fuente: Encuesta realizada

GRAFICO No 1:

El plazo razonable significa que el proceso se debe resolver dentro del término estrictamente requerido, de acuerdo con la actuación procesal de las partes, evitando dilaciones injustificadas



Fuente: Encuesta realizada

3. ¿Estaba Ud. enterado que, el plazo razonable es un concepto que se aplica a todo tipo de proceso y no solo al penal?

TABLA No. 2:

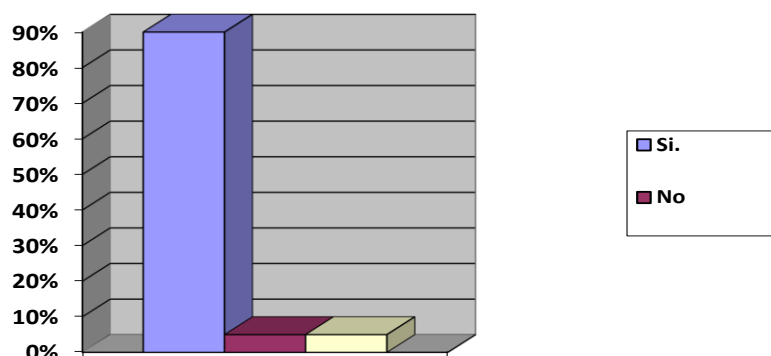
El plazo razonable es un concepto que se aplica a todo tipo de proceso y no solo al penal

OPCIÓN	No.	%
Sí	90	90.00
No	05	5.00
No sabe-No responde	05	5.00
TOTAL	100	100.00

Fuente: Encuesta realizada

GRAFICO NR 2:

- . El plazo razonable es un concepto que se aplica a todo tipo de proceso y no solo al penal



Fuente: Encuesta realizada

4. ¿Cree Ud. que el principio del plazo razonable se puede aplicar a los procesos de tenencia?

TABLA No. 3:

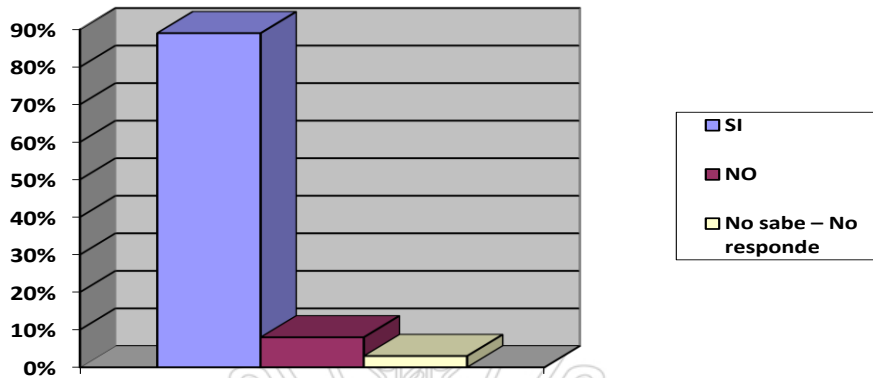
El principio del plazo razonable se puede aplicar a los procesos de tenencia

OPCIÓN	No.	%
Sí	89	89.00
No	08	8.00
No sabe – No responde	03	3.00
TOTAL	100	100.00

Fuente: Encuesta realizada.

GRAFICO No. 3:

El principio del plazo razonable se puede aplicar a los procesos de tenencia



Fuente: Encuesta realizada.

5. ¿Esta Ud. de acuerdo que el plazo razonable se configura cuando en un proceso se exceden los plazos señalados por la Ley?

TABLA No. 4:

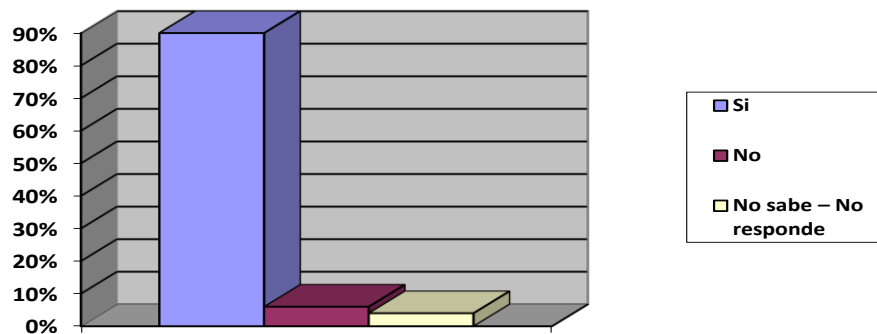
El plazo razonable se configura cuando en un proceso se exceden los plazos señalados por la Ley

OPCIÓN	No	%
Sí	90	90.00
No	06	6.00
No sabe – No responde	04	4.00
TOTAL	100	100.00

Fuente: Encuesta realizada

GRAFICO No.4:

El plazo razonable se configura cuando en un proceso se exceden los plazos señalados por la Ley



Fuente: Encuesta realizada

6. ¿Considera Ud. que existen situaciones, o actuaciones dentro del proceso que justifican el exceso de los plazos señalado por la Ley?

TABLA No. 5:

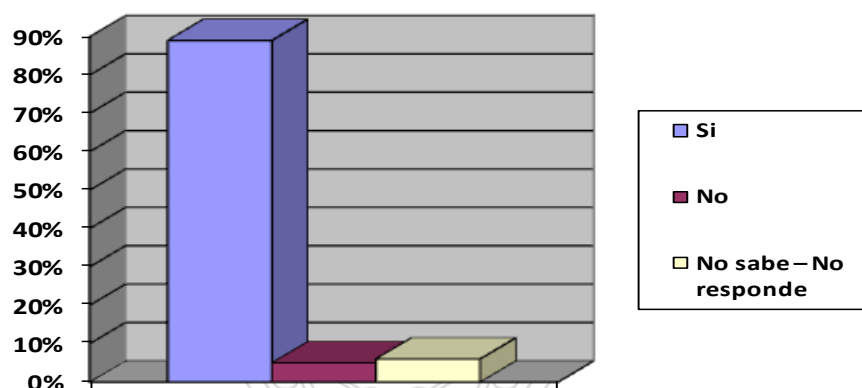
Existen situaciones, o actuaciones dentro del proceso que justifican el exceso de los plazos señalado por la Ley

OPCIÓN	No.	%
Sí	89	89.00
No	05	5.00
No sabe - No responde	06	6.00
TOTAL	100	100.00

Fuente: Encuesta realizada.

GRAFICO No. 5:

Existen situaciones, o actuaciones dentro del proceso que justifican el exceso de los plazos señalado por la Ley



Fuente: Encuesta realizada.

7. ¿Cree Ud. que la sobre carga laboral es una circunstancia que permite exceder el plazo razonable del proceso?

TABLA No. 6:

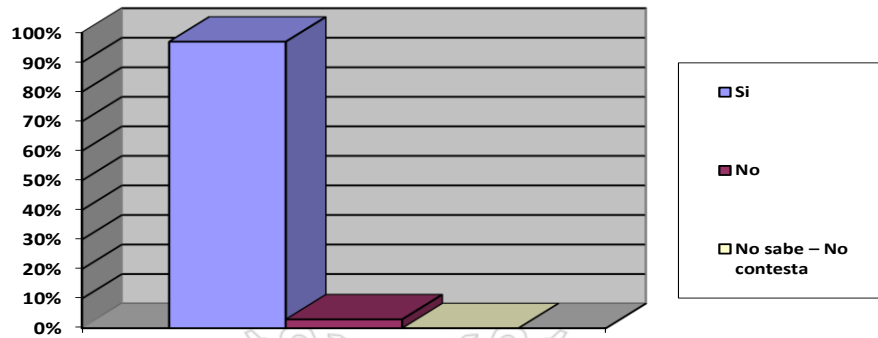
La carga laboral es una circunstancia que permite exceder el plazo razonable del proceso

OPCIÓN	No	%
Sí	97	97.00
No	03	3.00
No sabe – No contesta	00	00.00
TOTAL	100	100.00

Fuente: Encuesta realizada.

GRAFICO No. 6:

La carga laboral es una circunstancia que permite exceder el plazo razonable del proceso



Fuente: Encuesta realizada.

8. ¿Sabía Ud. que a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, al menor se le considera como sujeto de derecho, es decir como titular de derechos?

TABLA No. 7:

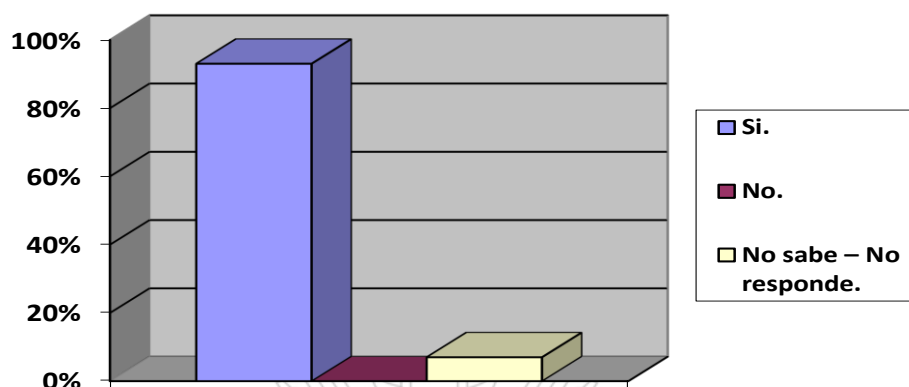
A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, al menor se le considera como sujeto de derecho, es decir como titular de derechos

OPCIÓN	No.	%
Sí	93	93.00
No.	00	00.00
No sabe – No responde.	07	7.00
TOTAL	100	100.00

Fuente: Encuesta realizada.

GRUPO No. 7:

A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, al menor se le considera como sujeto de derecho, es decir como titular de derechos



Fuente: Encuesta realizada.

9. ¿Está de acuerdo con que, por el hecho de ser considerado el menor como sujeto de derecho, también debe contar con mecanismos para la protección y defensa de esos derechos?

TABLA No. 8:

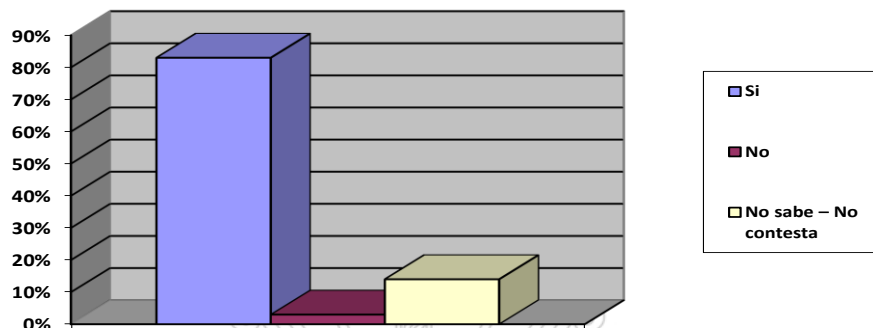
Por el hecho de ser considerado el menor como sujeto de derecho, también debe contar con mecanismos para la protección y defensa de esos derechos

OPCIÓN	No.	%
Sí	83	83.00
No	03	3.00
No sabe – No contesta	14	14.00
TOTAL	100	100.00

Fuente: Encuesta realizada.

GRAFICO No. 8:

Por el hecho de ser considerado el menor como sujeto de derecho, también debe contar con mecanismos para la protección y defensa de esos derechos.



Fuente: Encuesta realizada.

10. ¿ ¿Considera Ud. que el niño y adolescente es titular no solo de los derechos recogidos por el Código de los Niños y Adolescentes sino, de todos los reconocidos a las personas y que él pueda ejercer?

TABLA No. 9:

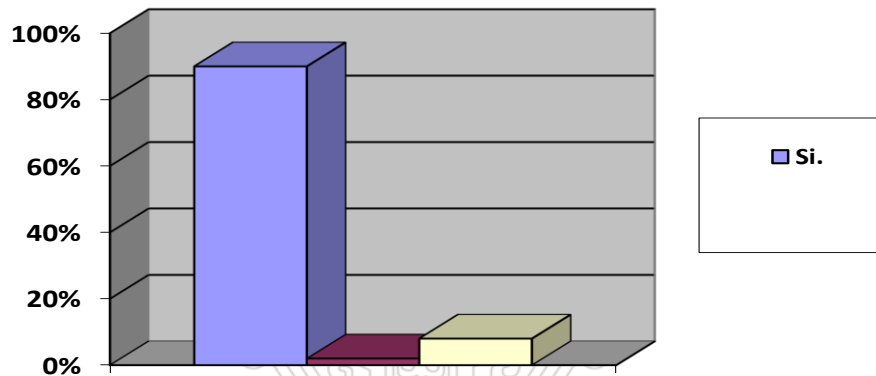
El niño y adolescente es titular no solo de los derechos recogidos por el Código de los Niños y Adolescentes sino, de todos los reconocidos a las personas y que él pueda ejercer.

OPCIÓN	No.	%
Sí.	90	90.00
No.	02	2.00
No sabe – No responde.	08	8.00
TOTAL	100	100.00

Fuente: Encuesta realizada.

GRAFICO No. 9:

El niño y adolescente es titular no solo de los derechos recogidos por el Código de los Niños y Adolescentes sino, de todos los reconocidos a las personas y que él pueda ejercer.



Fuente: Encuesta realizada.

11. ¿Cree Ud. que en los procesos en los que se vea involucrado un menor o adolescente resulta obligatorio aplicar el principio del interés superior del niño?

TABLA No. 10:

En los procesos en los que se vea involucrado un menor o adolescente resulta obligatorio aplicar el principio del interés superior del niño.

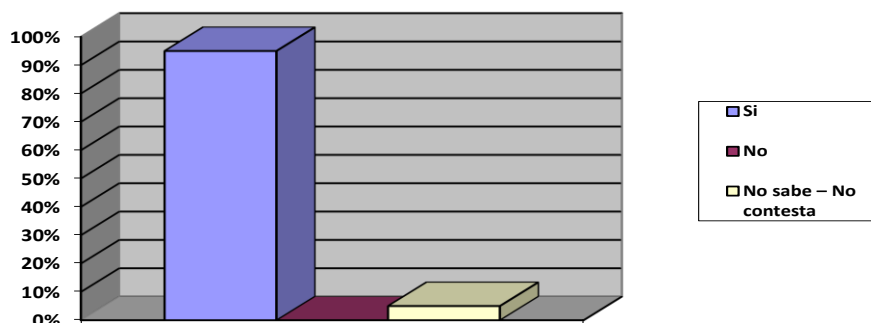
OPCIÓN	No.	%
Sí	95	95.00
No	00	00.00
No sabe – No contesta	05	5.00
TOTAL	100	100.00

Fuente: Encuesta realizada.

GRAFICO No. 10:

En los procesos en los que se vea involucrado un menor o adolescente resulta obligatorio

aplicar el principio del interés superior del niño.
 Tesis publicada con autorización del autor.
 No olvide citar esta tesis



Fuente: Encuesta realizada.

12. ¿Esta Ud. de acuerdo que al aplicar el interés superior del niño en los procesos se debe, decidir conforme lo que resulte mejor para el niño o adolescente?

TABLA No. 11:

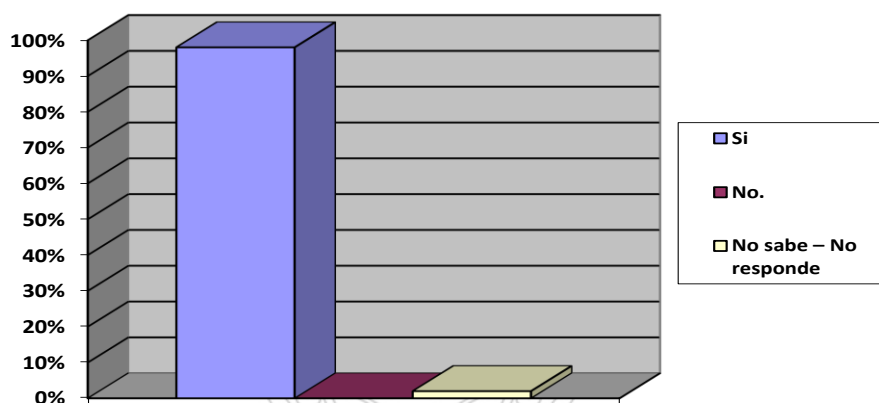
Al aplicar el interés superior del niño en los procesos se debe, decidir conforme lo que resulte mejor para el niño o adolescente.

OPCIÓN	No.	%
Sí	87	98.00
No.	13	00.00
No sabe – No responde	00	02.20
TOTAL	100	100.00

Fuente: Encuesta realizada.

GRAFICO No. 11:

Al aplicar el interés superior del niño en los procesos se debe, decidir conforme lo que resulte mejor para el niño o adolescente.



Fuente: Encuesta realizada.

13. ¿Considera Ud. que para hacer efectivo el interés superior del niño en un proceso de tenencia resulta fundamental escuchar la opinión del niño o adolescente?

TABLA No. 12:

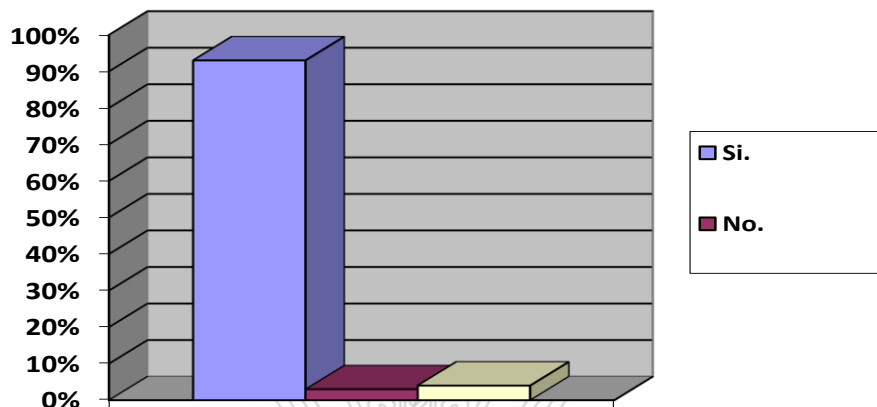
Para hacer efectivo el interés superior del niño en un proceso de tenencia resulta fundamental escuchar la opinión del niño o adolescente.

OPCIÓN	No.	%
Sí.	93	93.00
No.	03	3.00
No sabe – No responde	04	4.00
TOTAL	100	100.00

Fuente: Encuesta realizada.

GRAFICO No. 12:

La mayoría de abogados patrocinantes no conocen, que el Peligro de fuga no solo se refiere a la falta de arraigo del imputado



Fuente: Encuesta realizada.

14. ¿Cree Ud. que en los procesos de tenencia el interés superior del niño, se puede ver afectado por exceder el plazo legal para su resolución?

TABLA No. 13:

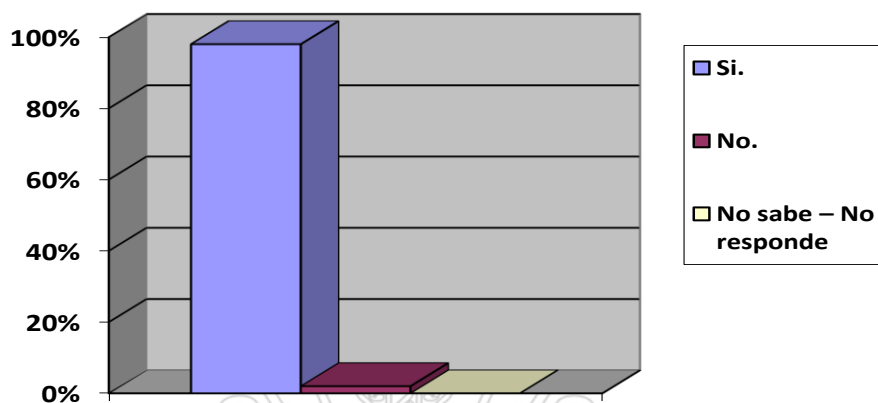
En los procesos de tenencia el interés superior del niño, se puede ver afectado por exceder el plazo legal para su resolución

OPCIÓN	No.	%
Sí.	98	98.00
No.	02	2.00
No sabe – No responde	00	00.00
TOTAL	100	100.00

Fuente: Encuesta realizada.

GRAFICO No. 13:

En los procesos de tenencia el interés superior del niño, se puede ver afectado por exceder el plazo legal para su resolución



Fuente: Encuesta realizada.

15. ¿Esta Ud. de acuerdo con que, la tardanza en la entrega de los informes del grupo multidisciplinario en el proceso de tenencia, afecta el interés superior del niño?

TABLA No. 14:

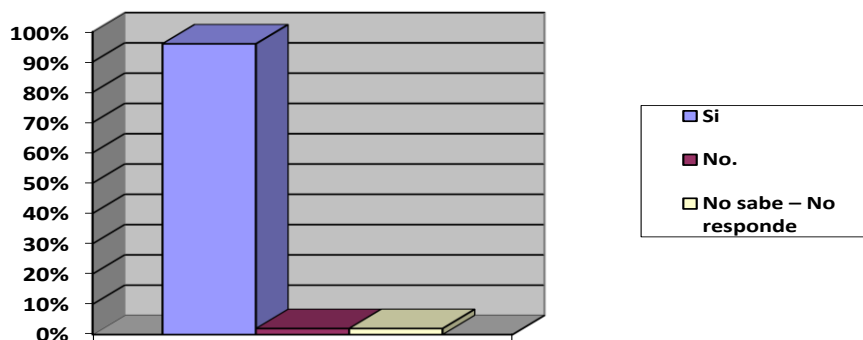
Acuerdo con que, la tardanza en la entrega de los informes del grupo multidisciplinario en el proceso de tenencia, afecta el interés superior del niño

OPCIÓN	No.	%
Sí	96	96.00
No.	02	2.00
No sabe – No responde	02	2.00
TOTAL	100	100.00

Fuente Encuesta realizada.

GRAFICO No. 14:

Acuerdo con que, la tardanza en la entrega de los informes del grupo multidisciplinario en el proceso de tenencia, afecta el interés superior del niño.



Fuente: Encuesta realizada.

16. ¿Cree Ud. que la entrega tardía del dictamen del Fiscal de Familia afecta el interés superior del niño y el plazo razonable en los procesos de tenencia?

TABLA No. 15:

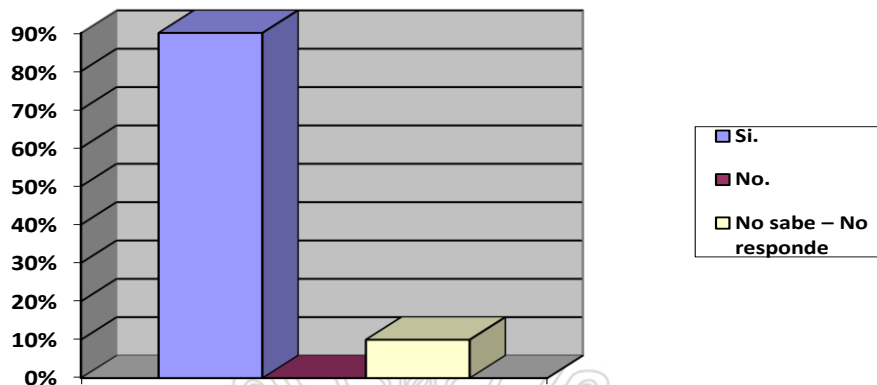
La entrega tardía del dictamen del Fiscal de Familia afecta el interés superior del niño y el plazo razonable en los procesos de tenencia.

OPCIÓN	No.	%
Sí.	90	90.00
No.	00	00.00
No sabe – No responde	10	10.00
TOTAL	100	100.00

Fuente: Encuesta realizada.

GRAFICO No. 15:

La entrega tardía del dictamen del Fiscal de Familia afecta el interés superior del niño y el plazo razonable en los procesos de tenencia.



Fuente: Encuesta realizada.

2. CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS

La contrastación de la hipótesis demanda precisar:

H₁ Hipótesis Alternativa:

- 1) **H₁:** El desconocimiento del plazo razonable afecta el interés superior del niño en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014 por cuanto el proceso se prolonga en el tiempo mucho más del plazo previsto legalmente y de esta mera, no se pueden hacer efectivos derechos del menor como: a la familia, a la educación, a la dignidad, etc.

H₀ HIPÓTESIS NULA:

H₀: El desconocimiento del plazo razonable NO afecta el interés superior del niño en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014 por cuanto el proceso se prolonga en el tiempo mucho más del plazo previsto legalmente y de esta mera, no se pueden hacer efectivos derechos del menor como: a la familia, a la educación, a la dignidad, etc.

A. CONTRASTACIÓN ESTADÍSTICA:

La hipótesis se contrasta a través del software SPSS. La contrastación tiene por objeto cotejar los enunciados plasmados por el investigador en la hipótesis con la realidad observada, de manera que si el resultado que se obtiene, es igual o menor al margen de error admitido se acepta la hipótesis alternativa, en caso de resultar superior se debe rechazar

Este resultado se haya teniendo los datos de las variables: independiente **EL PLAZO RAZONABLE** y dependiente **EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO**, arrojados por Sistema SPSS, los cuales son:

TABLA DE ESTADÍSTICOS:

ESTADÍSTICOS		EL PLAZO RAZONABLE	EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO
N	Válidos	100	100
	Perdidos	0	0
Media		93.8571	95.0000
Mediana		98.0000	96.0000
Moda		97.00	98.00
Desviación típica.		5.43471	7.38823
Varianza		20.667	41.810
Mínimo		85.00	88.00
Máximo		99.00	100.00

Fuente: Encuesta realizada

De acuerdo a la tabla tenemos:

La media o valor promedio de la variable independiente = 94%

La media o promedio de la variable dependiente = 95.00%.

De lo se sustrae que el promedio para la variable dependiente es más alto, atendiendo a que esta variable es la que se pretende solucionar apoya la investigación realizada.

Variable independiente = 5.43471%

Variable dependiente = 7.38823

De lo que se deduce que la concentración es más alta para en la variable dependiente, dato que también apoya la investigación.

TABLA DE CORRELACION ENTRE LAS VARIABLES:

VARIABLES DE LA INVESTIGACION	INDICADORES ESTADISTICOS	EL PLAZO RAZONABLE	EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO
EL PLAZO RAZONABLE	Correlación de Pearson	1	89.40%
	Sig. (bilateral)		4.30%
	Muestra	49	49
EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO	Correlación de Pearson	89.40%	1
	Sig. (bilateral)	4.30%	
	Muestra	49	49

Fuente: Encuesta realizada

El objetivo de esta tabla es el de medir el grado de relación existente entre las variables independiente y dependiente a través del Coeficiente de correlación (R), destacándose el coeficiente de correlación y el grado de significancia.

Dónde:

R = varía de -1 a 1 de manera que si se aproxima más a 1, la relación entre las variables es más alta. La tabla indica que en la investigación:

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

R = es igual a 0.90, es decir 89.40%, lo cual indica correlación aceptable.

La significancia estadística Sig. (bilateral) busca probar que existe una diferencia real, entre dos variables estudiadas, y además que esta diferencia no es al azar, se representa p.

Si el valor de p es menor significa que la probabilidad de que los resultados obtenidos en la investigación sean producto del azar, mayor será la tendencia a concluir que la diferencia existe en realidad.

En la investigación: $p = 4.30\% \geq 5\%$

Lo que implica que se debe aceptar la hipótesis alternativa.

TABLAS DE REGRESIÓN DEL MODELO:

VARIABLES INTRODUCIDAS/ELIMINADAS (b):

Modelo	Variables introducidas	Variables eliminadas	Método
1	EL PLAZO RAZONABLE	0	Estadístico

a. Todas las variables solicitadas introducidas

b. Variable dependiente: **EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO**

Fuente: Encuesta realizada.

RESUMEN DEL MODELO DE LA INVESTIGACION:

Modelo	R	R Cuadrado	R cuadrado corregida	Error típ. de la estimación
1	89.40% (a)	93.10%	65.70%	3.95%

a. Variable predictora: (Constante), **EL PLAZO RAZONABLE**

Fuente: Encuesta realizada.

Se trata de establecer que es posible identificar y cuantificar alguna Relación Funcional entre dos o más variables, donde una variable depende de la otra variable, para ello resulta fundamental que las variables estén determinadas, en nuestra investigación plazo razonable e interés superior del niño.

En el análisis de la relación funcional entre dos variables poblacionales:

Una variable X = independiente, explicativa o de predicción

Una variable Y = dependiente o variable respuesta

Representado $Y = a + b X + e$.

Dónde:

a= es el valor de la ordenada donde la línea de regresión se intercepta con el eje Y.

b=es el coeficiente de regresión poblacional (pendiente de la línea recta)

e=es el error

Este modelo relaciona la variable dependiente **EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO** con la información suministrada por la variable independiente **EL PLAZO RAZONABLE**.

La tabla indica:

El Coeficiente de correlación lineal corregido 65.70%, el cual, pese al ajuste que le da el sistema, significa una correlación aceptable.

El Coeficiente de Determinación Lineal = R cuadrado = 93.10%, variación se debe a la variable independiente: **EL PLAZO RAZONABLE** y el resto se atribuye a otros factores.

El Modelo también presenta el valor del Coeficiente de Correlación (R), igual al 89.40% (a) que indica una buena correlación.

Error típico de Estimación, el mismo que es igual al 3.95% valor que corresponde a la expresión de la desviación típica este resultado apoya la investigación pues es inferior al 5% como margen de error propuesto.

CAPITULO V:

DISCUSION

1. PRESENTACIÓN Y DISCUSION DE RESPUESTAS DE LA ENCUESTA

- 1) La Tabla No. 1, muestra que el 94% de los preguntados sabía que el plazo razonable significa que el proceso se debe resolver dentro del término estrictamente requerido, de acuerdo con la actuación procesal de las partes, evitando dilaciones injustificadas. No existen trabajos que permitan realizar la comparación de este resultado, pero el mismo se considera razonable.
- 2) La Tabla No. 2, muestra que el 90% de los preguntados acepta estar enterado que el plazo razonable es un concepto que se aplica a todo tipo de proceso y no solo al penal. No existen trabajos que permitan realizar la comparación de este resultado, pero el mismo se considera razonable.
- 3) La Tabla No.3, muestra que el 89% de los encuestados cree que el principio del plazo razonable se puede aplicar a los procesos de tenencia. No existen trabajos que permitan realizar la comparación de este resultado, pero el mismo se considera razonable.
- 4) La Tabla No.4, muestra que el 90% de encuestados está de acuerdo que el plazo razonable se configura cuando en un proceso se exceden los plazos señalados por la Ley. No existen trabajos que permitan realizar la comparación de este resultado, pero el mismo se considera razonable.
- 5) Según la Tabla No.5, muestra que el 89% de los encuestados considera que existen situaciones, o actuaciones dentro del proceso que justifican el exceso de los plazos señalado por la Ley. No existen trabajos que permitan realizar la comparación de este resultado, pero el mismo se considera razonable.
- 6) La Tabla No.6, muestra que el 97% de los encuestados cree que la carga laboral es una circunstancia que permite exceder el plazo razonable del proceso. No existen trabajos

que permitan realizar la comparación de este resultado, pero el mismo se considera razonable.

- 7) La Tabla No.7, muestra que el 93% de los encuestados acepto saber que a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, al menor se le considera como sujeto de derecho, es decir como titular de derechos. No existen trabajos que permitan realizar la comparación de este resultado, pero el mismo se considera razonable.
- 8) La Tabla No. 8 muestra que el 83%, de los encuestados está de acuerdo con que, por el hecho de ser considerado el menor como sujeto de derecho, también debe contar con mecanismos para la protección y defensa de esos derechos. No existen trabajos que permitan realizar la comparación de este resultado, pero el mismo se considera razonable.
- 9) La Tabla No. 9, muestra que el 90% de los encuestados, considera que el niño y adolescente es titular no solo de los derechos recogidos por el Código de los Niños y Adolescentes sino, de todos los reconocidos a las personas y que él pueda ejercer. No existen trabajos que permitan realizar la comparación de este resultado, pero el mismo se considera razonable.
- 10) La Tabla No. 10, muestra que el 95 % de los encuestados cree que en los procesos en los que se vea involucrado un menor o adolescente resulta obligatorio aplicar el principio del interés superior del niño. No existen trabajos que permitan realizar la comparación de este resultado, pero el mismo se considera razonable.
- 11) La Tabla No. 11, muestra que el 98 % de los encuestados está de acuerdo que al aplicar el interés superior del niño en los procesos se debe, decidir conforme lo que resulte mejor para el niño o adolescente. No existen trabajos que permitan realizar la comparación de este resultado, pero el mismo se considera razonable.
- 12) La Tabla No. 12, muestra que el 93 % de los encuestados considera que para hacer efectivo el interés superior del niño en un proceso de tenencia resulta fundamental escuchar la opinión del niño o adolescente. No existen trabajos que permitan realizar la comparación de este resultado, pero el mismo se considera razonable.

- 13) La Tabla No. 13, muestra que el 98 % de los encuestados cree que en los procesos de tenencia el interés superior del niño, se puede ver afectado por exceder el plazo legal para su resolución. No existen trabajos que permitan realizar la comparación de este resultado, pero el mismo se considera razonable.
- 14) La Tabla No. 14, muestra que el 96% de los encuestados está de acuerdo con que, la tardanza en la entrega de los informes del grupo multidisciplinario en el proceso de tenencia, afecta el interés superior del niño. No existen trabajos que permitan realizar la comparación de este resultado, pero el mismo se considera razonable.
- 15) La Tabla No. 15, muestra que el 90% de los encuestados cree que la entrega tardía del dictamen del Fiscal de Familia afecta el interés superior del niño y el plazo razonable en los procesos de tenencia. No existen trabajos que permitan realizar la comparación de este resultado, pero el mismo se considera razonable.

2. DISCUSION DE LOS RESULTADOS DE LA CONTRASTACION ESTADISTICA

La investigación realizada se encuentra apoyada porque:

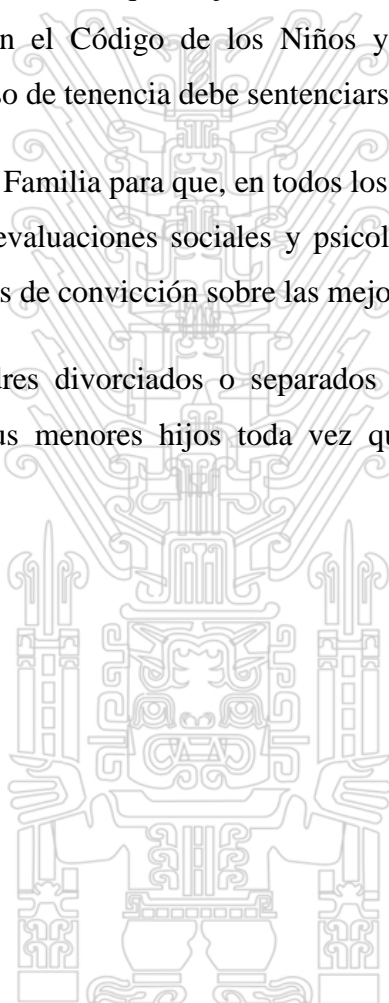
- 1) Los promedios estadísticos para las variables de la investigación son altos, sin embargo, resultan mejor para la variable dependiente.
- 2) La desviación típica obtenida manifiesta una alta concentración en los resultados para la variable dependiente.
- 3) En la correlación de variables el valor de significancia (p), igual a 4.30%, menor al margen de error propuesto del 5.00%, lo que genera que se rechace la hipótesis nula y se acepte la hipótesis alternativa, valor obtenido gracias a la lógica y sentido de la investigación.
- 4) El coeficiente de determinación obtenido el modelo de regresión explica que el 93.10% de la variación total se debe a la variable independiente: **EL PLAZO RAZONABLE.**

3. CONCLUSIONES

- 1) .La aplicación del interés superior del niño en el proceso de tenencia por mandato del artículo 4 de la Constitución Política, resulta imperativo, en busca de determinar qué padre ofrece las mejores condiciones para el cuidado y desarrollo físico, intelectual y emocional del menor.
- 2) El interés superior del niño en los procesos de tenencia depende del plazo razonable por cuanto, la tenencia del menor se concederá al padre que mejores condiciones ofrezca al menor una vez la sentencia se encuentre consentida.
- 3) Dentro del proceso de tenencia la evaluación social y psicológica de las partes por parte del equipo técnico no es obligatoria pero, se constituye en la prueba que aporta elementos científicos que contribuyen a establecer cuál de los padres ofrece un mejor ambiente para el menor.
- 4) A causa de la demora en la entrega del dictamen del Fiscal de familia y de los informes del grupo multidisciplinario el proceso de tenencia no puede ser resuelto dentro de los plazos previstos por el Código de los Niños y Adolescentes.
- 5) La demora en la presentación de: los informes de evaluación social y psicológica de las partes intervinientes en el proceso de tenencia y, del dictamen Fiscal se origina en el hecho de que, no existe en número de profesionales queridos y los encargados de su realización debido al cumulo de trabajo que tienen, no pueden cumplir con la obligación de presentarlos dentro de los plazos señalados por el Código de Niños y Adolescentes.
- 6) Los niños y adolescentes inmersos en un proceso de tenencia, se pueden ver afectados sus derechos a: tener una familia, a la educación, a la dignidad, etc., debido a la prolongación del plazo del proceso toda vez que, no se define con prontitud el padre que debe garantizárselos, en este interregno los padres trasladan al menor sus problemas.
- 7) Para garantizar que los padres del menor asuman sus derechos y obligaciones en forma igualitaria, en el proceso de tenencia se establece el régimen de visitas y (opcionalmente) la pensión alimentaria para el padre que no lo tendrá bajo su cuidado.

4. RECOMENDACIONES

- 1) Se recomienda al presidente del Poder Judicial realizar las gestiones necesarias para ampliar el número de profesionales para realizar las evaluaciones sociales y psicológicas en los procesos de tenencia para que los puedan presentar en los plazos del Código de los Niños y Adolescentes
- 2) Se exhorta al Fiscal de la Nación a que exija a los Fiscales de Familia el cumplimiento de los plazos establecidos en el Código de los Niños y Adolescentes para presentar su dictamen ya que, el proceso de tenencia debe sentenciarse sin dilaciones injustificadas.
- 3) Se exhorta a los Jueces de Familia para que, en todos los procesos de tenencia de menores, ordene la realización de evaluaciones sociales y psicológicas de las partes ya que ellas aportan mayores elementos de convicción sobre las mejores condiciones para su cuidado.
- 4) Se recomienda a los padres divorciados o separados de hecho, no hacer parte de su conflicto de pareja a sus menores hijos toda vez que, pueden afectar su integridad emocional.



5. BIBLIOGRAFÍA

1. Alegre Silvina, Hernández Ximena y Roger Camille (2014). “El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas”. Sistema de información sobre la primera infancia en América Latina, Cuaderno No. 5
10. Cillero Bruñol Miguel. (2001) “Los derechos del niño: De la proclamación a la protección efectiva”. Justicia y Derechos del Niño Número 3.
11. Cillero Bruñol, Miguel (2010) “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf
12. Cillero Bruñol, Miguel. (1999). “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en Justicia y Derechos Del Niño Número 1. UNICEF. Santiago, Chile: Nuevamérica Impresores. En https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf
13. Coaguila Valdivia, Jaime: “Derecho al proceso en un plazo razonable”, en: <http://drjaimecoaguila.galeon.com/articulo11.pdf>.
14. De Bartolomé Cenzano, José Carlos (2012). “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho Positivo Español”. Revista sobre la infancia y la adolescencia, 3 Septiembre ISSN 2174- 7210 en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=76662>
15. Defensoría del Pueblo. (2000) “El Sistema Penal Juvenil en el Perú”. Lima.
16. El Debido Proceso en las decisiones de los órganos de control constitucional de Colombia, Perú y Bolivia. : <http://190.41.250.173/guia/debi.htm>.
17. Escalante Barboza, Kattia, & Brenes Villalobos, Maria Esther. (2004). Nueva visión de la conciliación en materia de familia y su relación con el interés superior del

niño (a). *Medicina Legal de Costa Rica*, 21(2), 85-100. Disponible en http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152004000200010&lng=en&tlng=es

18. Farith Simon Campaña. (2008) *Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Quito: Editorial Cevallos.

19. Freedman, Diego (2011) “Consecuencias del interés superior del niño en los derechos sociales de la infancia”. En *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*. Disponible en <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/interes.htm>

2. Amado Rivadeneyra, Alex (2011) *El Derecho al Plazo Razonable como contenido implícito del Derecho al Debido Proceso: Desarrollo Jurisprudencial a nivel Internacional y Nacional*. En *Revista Internauta de Práctica Jurídica* Núm. 27, pág. 3

20. Garrido Álvarez, Ricardo. (2013). *El interés superior del niño y el razonamiento jurídico*. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, (7), 115-147. Recuperado en 27 de octubre de 2017, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872013000100006&lng=es&tlng=es.

21. González Nuria y Rodríguez Sonia, titulado “El interés superior del menor. Contexto conceptual”. “Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Disponible en <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2961/3.pdf>

22. Hierro Sánchez-Pescador, L., (2007) *El niño y los derechos humanos en Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Campoy Cervera, I., (ed.), Dykinson, Madrid.

23. Jara Quispe, Rebeca S. & Gallegos Canales, Yolanda (2015). Manual de Derecho de Familia. Jurista Editores. Lima. Perú.
24. "Justicia y Derechos del Niño" (2009) UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Número 11 Pág. 146 disponible en www.unicef.cl
25. Kilkelly, U. (2001). The best of both world's for children's rights? Interpreting the European Convention on the Human Rights in the light of the UN Convention on the Rights of the Child, publicado en *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, No. 2, Mayo.
26. KLAFF, Ramsay Laing. (1982). "The Tender Years Doctrine: A Defense." *California Law Review*.
27. Loayza Tamayo, C.: Seminario Internacional "Justicia y Reparación para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en contextos de Conflicto Armado Interno"
28. López Contreras, Rony Eulalio (2015) "El interés Superior de los niños y niñas: definición y contenido" *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13.
29. McGinnis, S., (2007) *You Are Not the Father: How State Paternity Laws Protect (and Fail To Protect) the Best Interests of Children*, publicado en *Journal of Gender, Social Policy and Law*, Volúmen 16, Número 2.
3. Ameghino Bautista Carmen Zoraida. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y funciones normativas del interés superior del niño". Disponible en <http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias2/pdf/AmeghinoBautistaCarmenZoraida.pdf>
33. Pascual Alferillo Eduardo (2005) *El Derecho a obtener Sentencia Civil en Plazo Razonable como Derecho Humano Fundamental* Disponible en www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-derecho-a-obtener-sentencia...plazo/.../file

34. Perea Astrada, Ana Inés y Lafèrriere, Lucia (2016). "La garantía del plazo razonable en el proceso Civil". En Revista Argumentos. Centro de perfeccionamiento Ricardo C. Núñez. Disponible en <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>
35. Petit, E., (1999). Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Universidad, Reimpresión, Buenos Aires.
36. Pico I Junoy, Joan cit. por Coaguila Valdivia, Jaime: "Derecho al proceso en un plazo razonable", pág. 3 en: <http://drjaimecoaguila.galeon.com/articulo11.pdf>
37. Plácido V., Alex F (2006) "El "Interés Superior Del Niño" en la interpretación del Tribunal Constitucional. En Cuadernos Jurisprudenciales Número 62.
38. Presno Linera, M.A. (2008). Derecho europeo de familia, publicado en Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, No. 22, Pamplona, pág. 14, disponible en http://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/presno/Derecho_europeo%20de_familia.pdf
39. Ricardo Garrido Álvarez, (2013). El Interés Superior del Niño y el Razonamiento Jurídico. Universidad Autónoma de México. México:
4. Angulo García, Dorennys (2011) Tesis "La duración excesiva del juicio, ¿un problema común en Latinoamérica?" presentada para optar el grado de Doctor en Derecho Público. Universidad De Salamanca Facultad De Derecho Departamento De Derecho Público General.
40. Rodríguez Bejarano, Carolina (2011) "El Plazo Razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia.". Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851181.pdf>

41. Rodríguez Bejarano, Carolina. El Plazo Razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia. En Revista Memorando de Derecho. Universidad Libre Seccional Pereira. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3851181.pdf>
42. Salado Osuna, A. (2010). “Los derechos del niño ante la administración de justicia, publicado en “La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales”: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño”, Aldecoa Luzárraga, F., y Forner Delaygua, J. (Directores); González Bou, E., y González Viada, N. (coord.), Marcial Pons, Madrid.
43. Simón Campaña, Farith (2013) Tesis “Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva”. Presentada para optar el grado de Doctor en la Universidad de Salamanca. España Departamento de Derecho Privado.
44. Tamayo Vargas, M.: (1989) “El Ordenamiento Jurídico para el Menor”, ed. Bekos, Lima.
45. Tomkin, Jean (2009). Huérfanos de la justicia Buscando el interés superior del menor cuando se encarcela a su progenitor(a): un análisis legal. Quaker United Nations Office. Publicaciones Sobre los Refugiados y los Derechos Humanos. Traducción de Gabriela. Revista Alegatos, núm. 65, enero/abril. Disponible en <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/59/65-06>
46. Toricelli, M. (2015). El plazo razonable. En Silvia B. Palacio de Caeiro, Tratados de Derechos Humanos y su influencia en el Derecho Argentino, Tomo III. Buenos Aires: La Ley.
47. Torres Zúñiga, Natalia (2009) Comentarios al Caso Chacón ¿Puede el TC excluir del proceso a un acusado por afectación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable? en Gaceta Constitucional, Tomo 2, diciembre.

48. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. Edición Especial. Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. UNICEF. Nueva York (2009).
49. Urdaneta Sandoval, Carlos Alberto: “Garantía del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en sede contencioso-administrativa: ¿pretensión de carencia o amparo constitucional?”. Disponible en: <http://www.zur2.com/fcjp/114/urdaneta.htm>
5. Bielsa, Rafael y Graña, Eduardo: “El tiempo y el proceso”, disponible en: www.argenjus.org.ar/argenjus/articulos/grañabielsa.pdf
50. Valencia Corominas, J. Yáñez Malaga, A. & Capuñay Chavez, L.: (1997) “Los Derechos del Niño y el Adolescente. Compilación: Código de los Niños y Adolescentes, Exposición de Motivos y Convención sobre los Derechos del Niño”. Edición Oficial. Ministerio de Justicia y Radda Barnen. Lima.
51. Varsi Rospigliosi, Enrique (2011). Tratado de Derecho de Familia. La teoría jurídica e institucional de la familia. Tomo I. Lima. Gaceta Jurídica S.A.
52. Velazco Rondón, David (2009) La violación del derecho al plazo razonable de juzgamiento y la indebida exclusión de del general E.P. (r) Walter Chacón Málaga del proceso penal por enriquecimiento ilícito. En Gaceta Constitucional Tomo 24, Lima, diciembre.
7. Breen, C., (2002). The standard of the best interests of the child: a western tradition in international and comparative law, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague.
8. Chávez Bustamante, Anita Susana (2012). Un reparto equitativo de la autoridad paternal. La viabilidad de la tenencia compartida a la luz de la Ley 29269. En dialogo con la jurisprudencia Actualidad, análisis y criterio jurisprudencial No. 161 Enero. Año 17.Lima Gaceta Jurídica.

9. Chunga Lamonja, Fermín (2003). Derecho de Menores. Editorial Griljey, Lima. Perú.

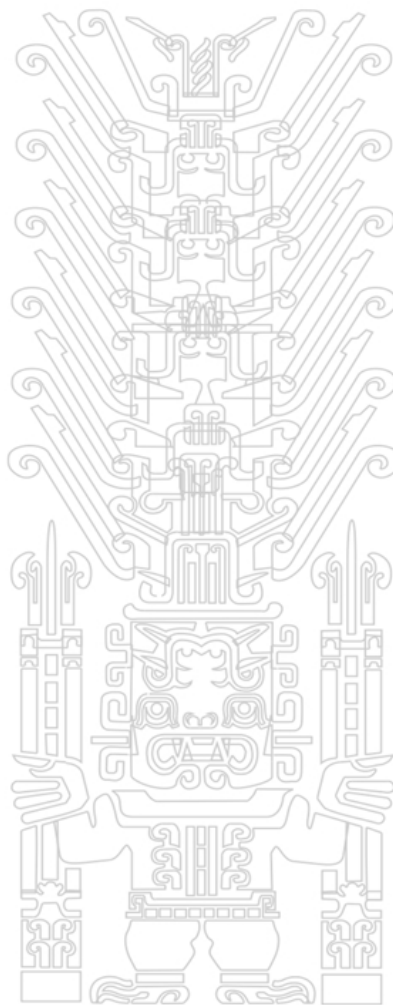
53. Weinberg, M. Inés (2002). Convención sobre los derechos del niño. Rubinal-Culzoni Editores. Buenos Aires.

Jurisprudencia

- Anexo a la Resolución E/1978/34, capítulo XXVI, sección A, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 8 de marzo de 1978.
- Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial 29 de mayo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16.
- Documento A/CONF.157/23 de 12 de junio de 1993
- EXP N 0405 2012-PA/TC HUAURA
- Naciones Unidas documento A/C3/36/6
- Resolución A/RES/54/263
- Resolución A/RES/54/263
- Resolución A/RES/66/138.

- Resolución Ministerial N° 313-91-JUS, en abril de 1991
- Resolución Ministerial N° 505-92-MINJUS.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso la cantuta, del 29 de noviembre de 2006 Voto razonado del juez Sergio García Ramírez
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Kawas Fernández vs. Honduras, del 3 de abril de 2009. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Valle Jaramillo y otros del 27 de noviembre de 2008. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez
- Sentencia de la corte interamericana De derechos humanos Sobre el caso López Álvarez vs. Honduras, Del 1 de febrero de 2006. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez.
- Sentencia del 29 de enero de 1997. Corte IDH Caso Genie Lacayo vs Nicaragua
- SETDH, Caso Maumousseau and Washington C. France, Sentencia de 6 de diciembre 2006.
- SSTEDH, caso Marckx c. Bélgica, Sentencia de 13 de junio de 1979.
- STC Expediente N° 2915-2004-HC-TC.
- STEDH, Caso Johansen c. Noruega, de 7 de agosto de 1996, párrafo 78; E. P. c. Italia, de 16 de noviembre de 1999, Caso M.P. c. Bulgaria, Sentencia de 15 de noviembre 2011.
- STEDH, Caso Moretti y Benedetti c. Italia, Sentencia de 27 de abril del 2010.

- STEDH, Caso Neulinger y Shuruk c. Suiza.
- STEDH, Caso Neulinger y Shuruk c. Suiza, Sentencia de 6 de julio del 2010.
- STEDH, Caso Neulinger y Shuruk, de 6 de julio del 2010, párrafo 138; Hokkanen c. Finlandia, Sentencia de 23 de septiembre de 1994; Tiemann c. Francia y Alemania, Sentencia de 27 de abril del 2000
- STEDH, Caso Saleck Bardi c. España, Sentencia de 24 de mayo del 2011.
- STEDH, Caso Shwizgebel c. Suiza, Sentencia del 10 de junio del 2010.
- STEDH, Caso Sommerfeld c. Alemania, de 8 de julio del 2003.
- STEDH, Caso Sommerfeld c. Alemania, de 8 de julio del 2003. Caso Elsholz c. Alemania, de 13 de julio del 2000; TP y KM c. Reino Unido, de 10 de mayo del 2001; Ignaccolo-Zenide v. Rumania, de 25 de enero del 2000.
- EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC LIMA
- Naciones Unidas documento E/CN4/1349 ONU
- Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1988/WG.1/WP.1/ Rev.2..
- STEDH Caso M.P. c. Bulgaria, Sentencia de 15 de noviembre 2011. En el mismo sentido Elsholz c. Alemania, 13 de Julio del 2000, párrafo 50 y Ignaccolo-Zenide c. Rumania, de 25 de enero del 2000.
- STC Expediente 3509-PHC/TC.
- STC Expediente N° 549-2004-HC/TC.



ANEXOS:

**ANEXO UNO: MATRIZ DE CONSISTENCIA
“EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PROCESO DE TENENCIA”**

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES
<p>PROBLEMA PRINCIPAL:</p> <p>¿De qué manera el desconocimiento del plazo razonable afecta el interés superior del niño en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014?</p> <p>PROBLEMAS SECUNDARIOS:</p> <p>1. ¿En qué forma afecta el plazo razonable en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014, la demora en la presentación de los informes del Grupo multidisciplinario y del dictamen Fiscal?</p> <p>2. ¿Qué derechos del niño y adolescente se puede afectar en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014 al desconocerse el plazo razonable?</p>	<p>OBJETIVO PRINCIPAL:</p> <p>Establecer la manera como el desconocimiento del plazo razonable afecta el interés superior del niño en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014, mediante el análisis de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia para llegar a proponer soluciones en el derecho de familia.</p> <p>OBJETIVOS SECUNDARIOS:</p> <p>1.. Determinar la forma como se afecta el plazo razonable en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014, por la demora en la presentación de los informes del Grupo multidisciplinario y del dictamen Fiscal.</p> <p>2. Señalar los derechos del niño y adolescente que pueden resultar afectados en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014 al desconocerse el plazo razonable.</p>	<p>HIPOTESIS PRINCIPAL:</p> <p>El desconocimiento del plazo razonable afecta el interés superior del niño en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014 por cuanto el proceso se prolonga en el tiempo mucho más del plazo previsto legalmente y de esta mera, no se pueden hacer efectivos derechos del menor como: a la familia, a la educación, a la dignidad, etc.</p> <p>HIPOTESIS SECUNDARIAS:</p> <p>1. El plazo razonable en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014, se afecta por la demora en la presentación de los informes del Grupo multidisciplinario y del dictamen Fiscal por que prolongan el proceso en cinco meses en promedio.</p> <p>2. Al desconocerse el plazo razonable en los procesos de tenencia conocidos y sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao durante el año 2012 al 2014, se pueden afectar los derechos del niño y adolescente a tener una familia, a la educación, a la dignidad, etc., toda vez que, no puede disfrutarlos de manera inmediata de manera que les permita tener una estabilidad emocional.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE <u>X. PLAZO RAZONABLE</u></p> <p>INDICADORES:</p> <p>X.1. Reconocido para todo tipo de proceso. X.2. Exceso de plazos X.3. Sobre carga laboral</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE <u>Y. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO</u></p> <p>INDICADORES:</p> <p>Y.1. Menor como sujeto de derecho Y.2. Observancia obligatoria Y.3. Garantiza derechos</p> <p>VARIABLE INTERVINIENTE <u>Z. PROCESO DE TENENCIA</u></p>

ANEXO DOS:
ENCUESTA

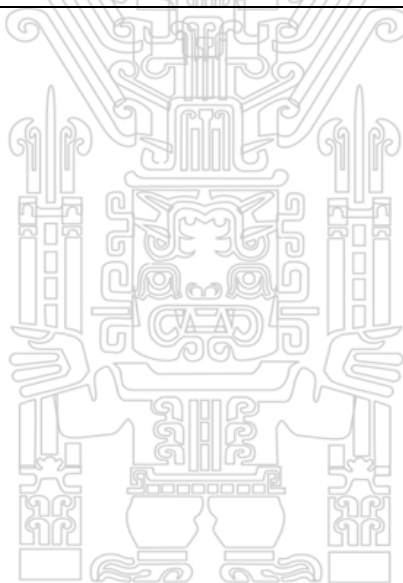
FICHA TÉCNICA

- TITULO DE LA TESIS : “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PROCESO DE TENENCIA”
- AUTOR: MIRIAM JULIA MORALES CHUQUILLANQUI
- ENTIDAD ACADÉMICA: UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLARREAL
- NIVEL ACADÉMICO: MAESTRIA
- ESPECIALIDAD: EN DERECHO CONSTITUCIONAL
- MARGEN DE ERROR ASUMIDO: 5%
- No. DE ENCUESTADOS: 49
- LUGAR DE APLICACIÓN: DISTRITO JUDICIAL DEL CALLAO
- TEMAS A EVALUAR: PLAZO RAZONABLE E INTERES SUPERIOR DEL NIÑO
- NUMERO Y TIPO DE PREGUNTAS: 15 CERRADAS

PREGUNTAS:

NR	PREGUNTA	SI	NO	N/R
PLAZO RAZONABLE				
1	¿Sabía Ud. Qué el principio del plazo razonable significa que el proceso se debe resolver dentro del término estrictamente requerido, de acuerdo con la actuación procesal de las partes, evitando dilaciones injustificadas?			
2	¿Estaba Ud. enterado que, el plazo razonable es un concepto que se aplica a todo tipo de proceso y no solo al penal?			
3	¿Cree Ud. que el principio del plazo razonable se puede aplicar a los procesos de tenencia?			
4	¿Esta Ud. de acuerdo que el plazo razonable se configura cuando en un proceso se exceden los plazos señalados por la Ley?			
5	¿Considera Ud. que existen situaciones, o actuaciones dentro del proceso que justifican el exceso de los plazos señalado por la Ley?			
6	¿Cree Ud. qué la sobre carga laboral es una circunstancia que permite exceder el plazo razonable del proceso?			
INTERES SUPERIOR DEL NIÑO				
7	¿Sabía Ud. que a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, al menor se le considera como sujeto de derecho, es decir como titular de derechos?			
8	¿Está de acuerdo con que, por el hecho de ser considerado el menor como sujeto de derecho, también debe contar con mecanismos para la protección y defensa de esos derechos?			
9	¿Considera Ud. que el niño y adolescente es titular no solo de los derechos recogidos por el Código de los Niños y Adolescentes sino, de todos los reconocidos a las personas y que él pueda ejercer?			

10	¿Cree Ud. que en los procesos en los que se vea involucrado un menor o adolescente resulta obligatorio aplicar el principio del interés superior del niño?			
11	¿Esta Ud. de acuerdo que al aplicar el interés superior del niño en los procesos se debe, decidir conforme lo que resulte mejor para el niño o adolescente?			
12	¿Considera Ud. que para hacer efectivo el interés superior del niño en un proceso de tenencia resulta fundamental escuchar la opinión del niño o adolescente?			
13	¿Cree Ud. que en los procesos de tenencia el interés superior del niño, se puede ver afectado por exceder el plazo legal para su resolución?			
14	¿Esta Ud. de acuerdo con que, la tardanza en la entrega de los informes del grupo multidisciplinario en el proceso de tenencia, afecta el interés superior del niño?			
15	¿Cree Ud. que la entrega tardía del dictamen del Fiscal de Familia afecta el interés superior del niño y el plazo razonable en los procesos de tenencia?			



ANEXO TRES:

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

Una vez analizado el instrumento de la tesis “El Interés Superior del Niño en el Proceso de Tenencia” lo evaluó de la siguiente manera:

No.	PREGUNTA	50	60	70	80	90	100
1	¿Cuál es porcentaje que permitirá alcanzar en la contrastación de la hipótesis con este instrumento?					X	
2	¿Cuál es el porcentaje en que se relacionan las preguntas con las variables de investigación?				X		
3	¿Cuál es porcentaje que las preguntas resultan idóneas para alcanzar el objetivo general de la investigación?				X		
4	¿Cuál es porcentaje en los interrogantes son de sencillo razonamiento?				X		
5	¿Cuál es porcentaje las preguntas formuladas de manera metódica?					X	
6	¿Cuál es porcentaje se puede utilizar este instrumento para obtener resultados semejantes?				X		

Fecha: 23 de Enero de 2017

Validado favorablemente por:

DR. EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI

Docente de la Universidad Nacional Federico Villarreal- Lima – Perú.

ANEXO CUATRO:

CONFIABILIDAD DE INSTRUMENTO

Se debe advertir que la expresión confiabilidad del instrumento se utiliza como sinónimo de estabilidad y predictibilidad de los resultados y significa que el instrumento puede ser utilizado en otra futura investigación, arrojando efectos análogos.

Atendiendo a estos planteamientos se ha determinado la confiabilidad del instrumento que se utilizará en este trabajo titulado “El Interés Superior del Niño en el Proceso de Tenencia” toda vez que:

Es posible que sea utilizado por otros investigadores.

Permite lograr seguridad en la medición de las variables de la investigación.

Su nivel de precisión es menor al margen de error establecido.

Establecida la confiabilidad del instrumento por:

Lima 23 de Enero de 2017

DR. EFRAIN JAIMEGUARDIA HUAMANI

Docente de la Universidad Nacional Federico Villarreal- Lima – Perú.