



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

“EXTENSIÓN DE LA PERMANENCIA EXCEPCIONAL DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS CENTROS DE ATENCIÓN RESIDENCIAL”

PRESENTADO POR:

HUGO VÍCTOR SUNI QUISPE

PARA OBTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

ASESOR METODOLÓGICO: PhD. Isaac Enrique Castro Cuba Barineza.

ASESOR TEMÁTICO : Mag. Jennifer K. Sánchez Farfán.

CUSCO, PERÚ

2017

DEDICATORIA

A quienes siempre me guiaron y me levantaron cuando desmaye, y quienes tienen un lugar especial en mi corazón; Nilda Escobar, Jeremy Cuba y las personas que me guiaron en mi paso por el Hogar de menores Elim-Cusco.

AGRADECIMIENTO

A mis profesores y guías para la elaboración del presente trabajo; el Ph. D. Isac Castro Cuba B., Dr. Mauro Mendoza Delgado, y Mr. Dick Van Der Veen quien por su gran corazón me ayudo a hacer realidad mi sueño.

RECONOCIMIENTO

A la Directora del Hogar Elim, Trabajadora Social: Nilda Escobar Loayza y todos los integrantes quienes forman parte de un grupo maravilloso por abrirme las puertas y brindarme todas las facilidades para poder llevar a cabo la presente investigación.

ÍNDICE

DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
RECONOCIMIENTO	
RESUMEN.....	5
ABSTRACT.....	7
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I.....	12
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	12
1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	12
1.2 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	18
1.2.1 DELIMITACIÓN SOCIAL.....	18
1.2.2 DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	18
1.2.3 DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	19
1.2.4 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.....	19
1.3 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	19
1.3.1 PROBLEMA PRÍNCIPAL.....	19
1.3.2 PROBLEMAS ESPEFIFÍCOS.....	20
1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	20
1.4.1 OBJETIVO GENERAL.....	20

1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	21
1.5 HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS DE ESTUDIOS.....	21
1.5.1 HIPÓTESIS GENERAL.....	21
1.5.2 HIPÓTESIS SECUNDARIA.....	22
1.5.3 CATEGORÍAS DE ESTUDIO (DEFINICIÓN CONCEPTUAL Y OPERACIONAL.....	22
1.5.4 IDENTIFICACIÓN DE CATEGORÍAS DE ESTUDIO.....	22
1.5.4.1 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS CATEGORÍAS DE ESTUDIO.....	24
1.6 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	25
1.6.1 TIPO Y NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN.....	25
1.6.1.1 TIPO DE LA INVESTIGACIÓN.....	25
1.6.1.2 NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN.....	25
1.6.2 MÉTODO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	25
1.6.2.1 MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN.....	26
1.6.2.2 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	26
1.6.3 POBLACIÓN Y MUESTRA DE LA INVESTIGACIÓN.....	26
1.6.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	27
1.6.5 JUSTIFICACIÓN, IMPORTANCIA Y LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....	28
CAPÍTULO II.....	31
2. MARCO TEÓRICO.....	31

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	31
2.1.1 TESIS.....	31
2.2 BASES LEGALES.....	38
2.3 BASES TEÓRICAS.....	41
2.3.1 NOCIÓN DE PRINCIPIO EN EL DERECHO.....	41
2.3.2 EL ORIGEN HISTÓRICO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	42
2.3.3 EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	44
2.3.4 LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE ESTABLECIDOS POR EL TC.....	49
2.3.4.1 EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN ESPECIAL DEL NIÑO.....	49
2.3.4.2 EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	53
2.3.4.3 EL DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA.....	57
2.3.4.4 EL DERECHO DE CRECER EN UN AMBIENTE DE AFECTO Y SEGURIDAD MORAL Y MATERIAL.....	60
2.3.4.5 EL DERECHO AL DESARROLLO ARMÓNICO E INTEGRAL.....	62
2.3.5 BREVE HISTORIA DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PERÚ.....	63
2.3.6 LA INSTITUCIONALIZACIÓN.....	64
2.3.6.1 CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN.....	66
2.3.6.2 CONSECUENCIAS POSITIVAS DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN.....	67
2.3.7 EL TEST DE PONDERACIÓN.....	70
2.3.7.1 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.....	72
2.3.7.2 LA LEY DE PONDERACIÓN.....	75
2.3.8 EL INSTITUTO NACIONAL DE BIENSTAR FAMILIAR (INABIF).....	79

2.3.8.1 OBJETIVOS DEL INABIF.....	83
2.3.9 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	84
2.3.10 CÓDIGOS REFERIDOS A LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DADOS EN EL PERÚ DESPUÉS DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	90
2.3.11 DEFINICIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA.....	91
2.3.12 EL ANTEPROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO DEL DERECHO DEL NIÑO Y ADOLESCENTES DEL MES DE JUNIO DE 2011.....	93
2.3.13 POLÍTICAS Y PROGRAMAS DE ATENCIÓN INTEGRAL AL NIÑO Y ADOLESCENTE.....	95
2.4 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS.....	97
CAPÍTULO III.....	103
3. PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	103
3.1 ANÁLISIS DE TABLAS Y GRÁFICOS.....	103
3.2 DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	112
3.3 PROPUESTA PARA MODIFICAR EL NUMERAL 1 DEL ARTº 2 DE LA LEY Nº 29174.....	119
3.3.1 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	119
3.3.2 SUSTITUCIÓN DEL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 2º.....	123
3.3.3 ANÁLISIS COSTO BENEFICIO.....	125
3.3.4 EFECTOS SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.....	126
3.4 PRUEBA DE HIPÓTESIS.....	127
3.4.1 CONTRASTACIÓN DE LOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	131
3.5 CONCLUSIONES.....	136
3.6 RECOMENDACIONES.....	139
3.7 FUENTES DE INFORMACIÓN.....	142

RESUMEN

La presente investigación lleva por título: *Extensión de la permanencia excepcional de los niños y adolescentes en los centros de atención residencial*, lo que se considera constituiría una medida adecuada para el desarrollo del niño, en tanto se verifique que las circunstancias que motivaron su ingreso en el Centro de Atención Residencial no se han modificado; posible solución que inspiró la presente investigación, tanto más que después de haber revisado lo que la doctrina, la jurisprudencia y la ley establecen respecto al interés superior del niño (en adelante ISN), y su prevalencia y protección preferente, se tiene que el interés superior del niño debe ser protegido primordialmente. En esa perspectiva, el ISN que ha sido catalogado por nuestro Tribunal Constitucional mediante jurisprudencia constitucional recaída en el expediente Nro. 01817-2009-PHC/TC como un principio rector del Derecho del Niño y Adolescente, claro está, junto con otros cuatro principios, y ello en vista de que el niño se encuentra en una situación natural de vulnerabilidad; y, no obstante anotado, actualmente el ISN viene siendo transgredido, ya que se continúa haciendo una aplicación e interpretación asistemática del derecho del niño y adolescente a tener una familia y no ser separado de ella –que se erige en uno de los principios establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia comentada- , inobservando los otros 4 principios rectores que informan el Derecho del Niño y Adolescente, siendo uno de ellos el principio del interés superior del niño.

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Código de los Niños y Adolescentes, la Ley N° 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia

contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar), la Ley N° 29174 (Ley general de Centros de Asistencia Residencial) y otros instrumentos normativos nacionales e internacionales reconocen al ISN como un principio rector que no se puede perder de vista en ninguna circunstancia, tal como lo prescribe el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

El trabajo de campo en la realización de entrevistas, observación y análisis de documentos que se aplicó a profesionales que conforman el equipo multidisciplinario del Centro de Atención Residencial Elim – Cusco, a seis menores resididos en el Centros de Atención Residencial Elim (en adelante CAR) y a dos jueces de familia del distrito de Cusco.

La presente investigación está estructurada en tres capítulos, en el capítulo I abordamos el planteamiento del problema, donde describimos la realidad problemática, señalaremos la delimitación de la investigación, señalaremos el problema principal y los problemas secundarios que han de abordarse en la presente investigación, el objetivo principal y los objetivos específicos, la hipótesis general y la hipótesis secundaria, establecemos las categorías de estudio, la metodología de la investigación, etc. En el capítulo II, se aborda el marco teórico, los antecedentes de la investigación, las bases legales y las bases teóricas que sirven de fundamento para una propuesta legislativa modificatoria. En el capítulo III se presenta, analiza e interpreta los resultados obtenidos, se analiza tablas y gráficos, se discute resultados, se presenta la propuesta para modificar el numeral 1 del art° 2 de la ley N° 29174, se presentan las conclusiones y recomendaciones, etc.

ABSTRACT

The present investigation is entitled: Extension of the exceptional permanence of children and adolescents in residential care centers, which is considered an adequate measure for the development of the child, as long as it is verified that the circumstances that motivated their entry into the Residential Care Center have not been modified; possible solution that inspired the present investigation, all the more so after having reviewed what the doctrine, jurisprudence and the law establish regarding the best interests of the child (hereinafter ISN), and its prevalence and preferential protection, the interest has to be The child's superior must be protected primarily. In this perspective, the ISN that has been cataloged by our Constitutional Court through constitutional jurisprudence relapsed in file No. 01817-2009-PHC / TC as a guiding principle of the Child and Adolescent Law, of course, along with four other principles, and this in view of the fact that the child is in a natural situation of vulnerability; and, notwithstanding, the ISN is currently being violated, since it continues to be an application and asystematic interpretation of the right of the child and adolescent to have a family and not be separated from it -which is one of the principles established by the Constitutional Court in the aforementioned sentence-, disregarding the other 4 guiding principles that inform the Right of Children and Adolescents, one of them being the principle of the best interests of the child.

In addition, the Convention on the Rights of the Child, the Code of Children and Adolescents, Law No. 30364 (Law to prevent, punish and eradicate violence against women and members of the family group), Law No. 29174 (General Law of Residential

Assistance Centers) and other national and international normative instruments recognize the ISN as a guiding principle that can not be lost sight of in any circumstance, as prescribed by art. 3 of the 1989 Convention on the Rights of the Child.

The fieldwork in conducting interviews, observation and analysis of documents that was applied to professionals who make up the multidisciplinary team of the Elim - Cusco Residential Care Center, to six minors residing in the Elim Residential Care Centers (hereinafter CAR) and two family judges from the district of Cusco.

The present investigation is structured in three chapters, in chapter I we approach the approach of the problem, where we describe the problematic reality, we will indicate the delimitation of the investigation, we will indicate the main problem and the secondary problems that have to be addressed in the present investigation, the main objective and the specific objectives, the general hypothesis and the secondary hypothesis, we establish the study categories, the methodology of the research, etc. In chapter II, the theoretical framework, the background of the investigation, the legal bases and the theoretical basis that serve as the basis for a legislative modification proposal are addressed. Chapter III presents, analyzes and interprets the results obtained, analyzes tables and graphs, discusses results, presents the proposal to modify numeral 1 of Article 2 of Law No. 29174, presents conclusions and recommendations, etc.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento del niño y adolescente como sujetos de derecho mediante el nuevo movimiento reformista en materia de los derechos del niño y adolescente que tiene su origen en la dación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 trajo consigo la doctrina de la protección integral que en la actualidad se viene aplicando; lo que significó que se dejara atrás la doctrina de la situación irregular que preponderó durante casi todo el siglo XIX en todo el mundo. Entonces, mediante esta revolución se les reconoció derechos a los niños y adolescentes aplicándose ya con la moderna doctrina el binomio protección-vigilancia dejando atrás al binomio compasión-represión aplicada con antigua doctrina. Es así que esta nueva doctrina surge dentro del marco de los derechos humanos, y su surgimiento es atribuible a la evolución de los derechos humanos.

Es así que nuestra Constitución Política del Estado de 1993 en su artº 4 establece: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)”*. Haciendo un especial énfasis en la protección especial al niño y adolescente cuando se encuentran en situación de abandono; debido a que con la doctrina de la situación irregular se consideraba en situación idéntica al abandono y a la criminalidad; por lo que a los niños y adolescentes que se encontraban en abandono se les internaba en establecimientos juntamente con menores que infringían la ley porque el rol del Estado era paternalista dando la potestad de actuar con discrecionalidad a los jueces en vista de que los niños eran objetos de derecho.

Es a través de su artículo 3 que Convención sobre los Derechos del Niño introduce esta expresión del Interés Superior del Niño que posteriormente sería reconocido como un principio rector del Derecho del Niño y Adolescente; de ésta forma el artº 3 inc. 1 de la Convención en mención dice a la letra: *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 condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*; por lo que nuestro Código de Niños y Adolescentes de 1993 recogió en su contenido lo que se había establecido en la Convención aludida. Y no fue ajeno a ésta influencia nuestro vigente Código de los Niños y Adolescentes del año 2000, dado que en su artº IX del Título Preliminar cuyo título es: *“El interés superior del niño y del adolescente”*. Se establece el mismo contenido del artº 3 de la CDN adicionando además a los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y a la sociedad acotando que nos sólo se debe considerar el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, sino que además se debe respetar sus derechos.

Finalmente y sin hacer mención aun a todos los cuerpos legales que como consecuencia de la CDN reconocieron al ISN como un principio rector, el máximo intérprete de la constitución –el Tribunal Constitucional, en adelante TC- ha establecido en la sentencia recaída en el expediente N° 01817-2009-PHC/TC-Lima que los principios rectores del Derecho del Niño y Adolescente son: 1) El principio de protección especial del niño, 2) El principio del interés superior del niño, 3) El derecho a tener una familia y no ser separado de ella, 4) El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y; 5) El derecho al desarrollo armónico e integral. En ese entendido y como es de verse, el ISN ha cobrado una gran importancia en lo que se refiere al Derecho de los Niños y

Adolescentes; es por ello que resulta contradictorio la aplicación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado, cuando dicha aplicación se realiza sin atender y considerar el principio de ISN y demás principios.

CAPÍTULO I

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

Éste proyecto de tesis nace de observar la problemática que existe en la interpretación y aplicación aislada y asistemática que efectúan los encargados en materia tutelar del contenido del Derecho del Niño, Niña y Adolescente de vivir en una familia, dejando de lado y sin hacer un test de ponderación respecto a los otros 4 principios rectores del Derecho del Niño y Adolescente que detallaremos más adelante. Y es que, en la actualidad como se sabe, en materia de Derecho de Niños y Adolescentes, se viene aplicando la doctrina de la protección integral; esto como consecuencia de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, dejando atrás la doctrina de la situación irregular que predominó en todo el mundo durante casi todo el siglo XIX.

Esta nueva doctrina, fue acogida por nuestro país un año después, vale decir, el 03 de agosto de 1990; por lo que nuestro Código de los Niños y Adolescentes de 1993 ya recogía lo dispuesto por este nuevo movimiento reformista, y que nuestro Código de los Niños y Adolescentes del año 2000, vigente a la fecha no es ajeno a ello.

En consecuencia, a raíz de todos estos cambios a nivel internacional y posteriormente nacional, se dejó de considerar al niño, niña y adolescente como objetos de derecho, como sí eran considerados por la antigua doctrina. En ese marco y desde entonces, los niños y adolescentes son considerados como sujetos de derecho, con plena capacidad de goce y de ejercicio de sus Derechos Civiles y Políticos, Derechos Sociales, Culturales y Económicos, aplicándose el binomio protección-vigilancia y ya no más, el binomio compasión-represión de la antigua doctrina.

La Convención sobre los Derechos del Niño que entro en vigor el 02 de septiembre de 1990, en su artº 3 establece que, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las Instituciones Públicas o Privadas, se debe considerar primordialmente, el interés superior del niño. Del mismo modo, nuestro vigente Código de los Niños y Adolescentes del año 2000 que fue aprobado por la Ley N° 27337, en su artº IX del Título Preliminar recoge lo establecido en la Convención en mención concerniente al interés superior del niño.

En ese entendido, el Interés Superior del Niño, es un principio rector del Derecho del Niño y Adolescente en la aplicación de la moderna doctrina. Entonces, ¿qué pasaría si nos tocara elegir entre el ISN y el derecho del niño de vivir en una familia y no ser separad de ella? Ésta pregunta formulo a raíz de lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 01817-2009-PHC/TC-Lima, puesto que dicho Tribunal estableció como principios rectores del Derecho del Niño y Adolescente los siguientes: **1) El principio de protección especial del niño, 2) El principio del interés superior del niño, 3) El derecho a tener una familia y no ser**

separado de ella, 4) El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y; 5) El derecho al desarrollo armónico e integral. Ahora bien, como he referido en el párrafo primero, en la actualidad los encargados en materia tutelar son los integrantes de la Unidad de Investigación Tutelar (en adelante UIT), institución que fue creada por la Dirección de Investigación Tutelar del MIMP -Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerable- (antes MINDES, y PROMUDEH respectivamente), que cuentan para realizar el procedimiento de investigación tutelar con equipos multidisciplinarios que están compuestos por los siguientes profesionales: Un sicólogo, un asistente social, un profesor y un abogado. El procedimiento de investigación tutelar se inicia para verificar el estado de abandono del niño, niña o adolescente conforme el artº 248 del Código de los Niños y Adolescentes; así como también por los casos previstos en el artº 1 de la Ley N° 29174 (Ley General de Centros de Atención Residencial de Niños, Niñas y Adolescentes), en los que la UIT conocido el hecho, inicia el procedimiento con la finalidad de adoptar una medida de protección dirigida a salvaguardar los derechos del niño y adolescente.

Una vez concluida su investigación, tienen la potestad de determinar si el niño o adolescente se encuentra carente de soporte familiar o comunal acompañados de situaciones que afecten su desarrollo integral y limiten el ejercicio de sus derechos o, se encuentren en un estado de abandono judicialmente declarado conforme a las causales previstas por el artº 248 del Código de los Niños y Adolescentes; por lo que de arribar a esas conclusiones, están obligados por Ley a disponer su albergamiento en un CAR (Centro de Atención Residencial) conforme lo dispuesto en el artº 1 de la Ley acotada.

De lo expuesto, el problema radica en que conforme lo establece el artº 14 de la Ley tantas veces anotada, la Unidad de Investigación Tutelar, así como dispone el albergamiento, también tiene la facultad de disponer el egreso del niño o adolescente del CAR; dado que por mandato legal un niño o adolescente no puede permanecer más de 6 meses albergado en un CAR, porque de otro modo se estaría afectando el derecho del niño de vivir en una familia. Como consecuencia de lo expresado, el artº 17 inc. 2 de la Ley en mención, prescribe que previo al egreso del niño del CAR, es el mismo CAR quien debe trabajar con la familia del niño primordialmente, o en su defecto con la familia sustituta que acogerá al niño o las personas que se harán cargo de él; hecho que en la práctica no ocurre, debido a la falta de participación de los padres, y en este caso es el equipo multidisciplinario de la UIT quien realiza este trabajo incluso apercibiendo a los padres. Y, consecuentemente califica a la familia pudiendo disponer si el niño es egresado o no, pero el egreso debe disponerse por prescripción legal en un plazo que no sea mayor a 6 meses sin observar si el trabajo con la familia del niño fue exitoso o no.

El grueso de los casos representan aquellos en los que el trabajo realizado con los padres no ha tenido resultados óptimos, o en otros casos, los padres de estos se desentienden peor aún, y ni siquiera asisten a los tratamientos realizados por los equipos multidisciplinarios de la Unidad de Investigación Tutelar. Entonces, disponer el egreso de un CAR de un niño en esas circunstancias únicamente porque de no hacerlo se estaría vulnerando su derecho a vivir en una familia, resulta más bien atentatorio al principio del ISN.

Sin embargo, el artº 18 del Decreto Supremo N° 008-2009-MINDES (Reglamento de la Ley N° 29174), prevé la permanencia excepcional, y está referida a que si un adolescente albergado en un CAR cumple la mayoría de edad, **éste puede permanecer excepcionalmente y con carácter transitorio en el CAR, cuando exista determinadas circunstancias, personales, familiares o sociales.** Claramente lo que se desprende de éste artículo es que, si existen circunstancias desfavorables que le impidan el goce y ejercicio de sus derechos al niño que alcanzo la mayoría de edad, éste podrá permanecer excepcionalmente más tiempo en el CAR hasta que estas circunstancias cambien y no se deje en desamparo al niño que apenas alcanzo la mayoría de edad. Si esto es así, del mismo modo se tendría que proteger a los niños que no alcanzan aun la mayoría de edad, pero que sin embargo están siendo externados sin antes observar sus circunstancias personales, familiares y sociales.

Son los motivos expuestos los que nos hacen proponer mediante la presente investigación una modificación al artº 2 numeral 1 de la Ley N° 29174 (Ley General de Centros de Atención Residencial de Niños, Niñas y Adolescentes), por cuanto en su texto dice: *Las niñas, niños, y adolescentes egresan de los Centros de Atención Residencial cuando se hayan modificado las condiciones que originaron su incorporación, asegurando que no exista riesgo para su desarrollo integral, se haya producido su adopción, o se haya logrado su reinserción familiar y/o social.* Nótese que el aludido artículo tiene tres condiciones en las que autoriza el egreso del menor, uno de ellos es que, las condiciones que hayan motivado el ingreso del niño hayan cambiado o se hayan modificado, las

segunda es que se haya producido su adopción y la tercer es que se haya logrado su reinserción familiar.

Respecto a ello, es claro que la Ley prescribe tres condiciones alternativas, al menos eso es lo que emerge de su texto, esto es, si se da cualquiera de estos casos, entonces el niño albergado puede ser egresado. Empero, yo creo que estas condiciones no deberían ser alternativas, en vista de que reinsertar a un niño a su familia de origen, nuclear o extensa, cuando las circunstancias que originaron el albergamiento del niño no han cambiado, significaría exponerlo a riesgo. En tal sentido, se debería previamente verificar con certeza si las condiciones que motivaron el ingreso del niño se han modificado, y después recién reinsertarlo a su familia. Por ello, siendo la reinserción la penúltima fase de atención conforme lo prevé el artº 28 del D.S N° 008-2009-MINDES, se debería verificar previamente si se ha cumplido la condición 1, para así recién reinsertar al niño a su familia. Porque de otro modo, así se haga el seguimiento que comprende la última fase de atención, -que en la praxis no se realiza por diferentes motivos - si no se verifica el cumplimiento de la condición 1, entonces estamos volviendo al niño al lugar donde sus derechos fueron vulnerados, y volverán a serlo pese a los intentos de seguimiento.

El citado numeral 1 del artº 2 de la Ley acotada, de manera somera establece las causales de egreso, por eso en el artº 18 del Reglamento de dicha Ley, se prevé una permanencia excepcional cuando se presente las circunstancias que ya hemos referido, y siendo estas las que frecuentemente se presentan, no entendemos porque no se reglamentó en el sentido de que en caso los niños albergados menores de 18 años de edad -p. ej. 8, 10 ó 12

años- que también presenten estos problemas o circunstancias puedan permanecer excepcionalmente en el CAR donde están albergados, vale decir, no se dispondrá su egreso. Entendemos que ello se regule de esa manera en el sentido de que el niño tiene derecho a una familia y no deber ser separado de ella, en buena cuenta, observando ese derecho principio del niño, pero inobservando otros principios ya mencionados y que fueron desarrollados por el TC y los contenidos en el CDN; de manera que se estableció que un niño no puede permanecer más de 6 meses o excepcionalmente 1 año en un CAR, porque ello atenta su derecho a la familia, y además implicaría su institucionalización que perjudicaría en gran medida su desarrollo integral.

Finalmente, el problema radica esencialmente en la redacción de la norma cuya modificación se propondrá mediante la presente investigación.

1.2 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1 DELIMITACIÓN SOCIAL

La presente investigación se llevara a cabo con tres niñas y tres niños albergados en los Hogares Elim de la ciudad de Cusco, dado que Elim es un Centro de Atención Residencial (en adelante CAR) que trabaja con niños, niñas y adolescentes que se encuentran en estado de abandono moral y material.

1.2.2 DELIMITACIÓN ESPACIAL

Esta investigación se materializara estrictamente en los locales de los Hogares Elim; en vista de que dicha institución al prestar albergue a niños y niñas, cuenta con dos locales –casas- que están ubicados en la ciudad de Cusco en diferentes distritos.

1.2.3 DELIMITACIÓN TEMPORAL

La presente investigación corresponde al 2016, la que se materializo en los cinco meses últimos del año inmediato pasado.

1.2.4 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

En ésta investigación principalmente vamos a estudiar lo que dispone nuestra Carta Magna vigente en torno a los derechos del Niño y adolescente, los principios rectores del Derecho del Niño y Adolescentes establecidos por el Tribunal constitucional, la Convención sobre los Derechos del Niño y, el Código de los Niños y Adolescentes vigente. Los demás instrumentos normativos sean nacionales o internacionales respecto al tema concreto objeto de investigación serán también revisados y analizados pero, sin mayor profundidad.

1.3 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.3.1 PROBLEMA PRINCIPAL

¿Qué argumentos justifican una propuesta legislativa para modificar el numeral 1 del Artº 2 de la Ley N° 29174, que posibilite la extensión de la permanencia excepcional de los niños y adolescentes en los Centros de Atención Residencial, hasta que se verifique de

manera indubitable que los padres del niño han logrado establecer un ambiente familiar adecuado para el desarrollo del niño?

1.3.2 PROBLEMAS ESPECIFICOS

1º ¿Cuál es el origen y naturaleza jurídica del Principio del Interés Superior del Niño?

2º ¿Qué fundamentos doctrinales, jurisprudenciales y legales sostienen la prevalencia del Principio del Interés Superior del Niño?

3º ¿Cómo se debe interpretar los 5 principios rectores del Derecho del Niño y Adolescente?

4º ¿Qué consecuencias negativas acarrea la interpretación asistemática de los 5 principios rectores del Derecho del Niño y Adolescente?

5º ¿Cuáles son las consecuencias negativas y positivas de la institucionalización de un niño o adolescente residido en un CAR?

6º ¿Cuándo se debe realizar un test de ponderación?

1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar qué argumentos justifican una propuesta legislativa para modificar el numeral 1 del Artº 2 de la Ley N° 29174, que posibilite la extensión de la permanencia excepcional de los niños y adolescentes en los Centros de Atención Residencial, hasta

que se verifique de manera indubitable que los padres del menor han logrado establecer un ambiente familiar adecuado para el desarrollo del niño y adolescente.

1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1º Determinar el origen y naturaleza jurídica del Principio del Interés Superior del Niño.

2º Establecer qué fundamentos doctrinales, jurisprudenciales y legales sostienen la prevalencia del Principio del Interés Superior del Niño.

3º Determinar cómo se debe interpretar los 5 principios rectores del Derecho del Niño y Adolescente.

4º Dilucidar cuáles las consecuencias negativas que acarrea la interpretación asistemática de los 5 principios rectores del Derecho del Niño y Adolescente.

5º Verificar cuáles son las consecuencias negativas y positivas de la institucionalización de un niño o adolescente que esta albergado en un CAR.

6º Determinar cuándo se debe realizar un test de ponderación.

1.5 HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS DE ESTUDIO DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1 HIPÓTESIS GENERAL

Existen argumentos doctrinarios, jurisprudenciales y legales que justifican una propuesta legislativa para modificar el numeral 1 del Artº 2 de la Ley N° 29174, que posibilite la extensión de la permanencia excepcional de los niños y adolescentes en los Centros de Atención Residencial, hasta que se verifique de manera indubitable que los padres del

menor han logrado establecer un ambiente familiar adecuado para el desarrollo del niño y adolescente.

1.5.2 HIPÓTESIS SECUNDARIAS

El presente estudio por ser dogmático de naturaleza cualitativa no requiere de hipótesis específicas y solo es necesario establecer una hipótesis general de trabajo. (SAMPIERI, 2010).

1.5.3 CATEGORÍAS DE ESTUDIO (DEFINICIÓN CONCEPTUAL Y OPERACIONAL)

1.5.3.1 IDENTIFICACIÓN DE CATEGORÍAS DE ESTUDIO

Las categorías de estudio de la presente investigación se definen de la siguiente manera:

Categoría de estudio (1)

Principios rectores del derecho del niño y adolescente

Categoría de estudio (2)

El test de ponderación.

Categoría de estudio (3)

El interés superior del niño.

Categoría de estudio (4)

La institucionalización

1.5.3.2 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS CATEGORÍAS DE ESTUDIO

CATEGORÍAS DE ESTUDIO	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	INDICADORES
<p>Categoría de estudio (1)</p> <p>Los principios rectores del derecho del niño y adolescente.</p> <p>Categoría de estudio (2)</p> <p>El test de ponderación.</p>	<p>1° Son aquellos que se deducen de la Convención sobre los Derechos del niño y de la ley de la materia, que sirven para orientar su aplicación e interpretación en cada caso concreto</p> <p>2° Sopesar o hacer prevalecer un principio cuando estos colisionan entre sí; es decir cuando existe una confronta entre estos y, se debe elegir el que tiene mayor alcance de protección.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Definición. - Ámbito de aplicación (Contenido y alcances). - El ordenamiento legal que la contiene - Frecuencia. - Circunstancias - Formas.
<p>Categoría de estudio (3)</p> <p>El interés superior del niño.</p> <p>Categoría de estudio (4)</p> <p>La institucionalización.</p>	<p>3° Es el principio primordial que trajo el movimiento reformista de la doctrina de la protección integral; y es que se entiende que es una garantía para la aplicación de todas las medidas que contribuyan al desarrollo integral del niño.</p> <p>4° Hacer que un niño permanezca en una institución por un tiempo considerado que inclusive excede lo dispuesto por ley respecto a la permanencia.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Definición. - Contenido y alcances - Aplicación. - Aspectos negativos. - Aspectos positivos. - Su legalidad e ilegalidad.

Fuente: Elaboración propia.

1.6 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

1.6.1.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación al que corresponde el presente estudio es el **Aplicado**, dado que se busca conocer la realidad para establecer una solución, en este caso de carácter normativo.

Por otro lado queremos hacer presente que en el contexto de la investigación jurídica el presente estudio tiene además las siguientes precisiones metodológicas:

Estudio de carácter Dogmático propositivo: El estudio busca establecer las justificaciones mediante sustento dogmático para proponer una modificación legislativa. (ARANZAMENDI, 2010).

1.6.1.2 NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El nivel al que se ajusta el estudio es el **Explicativo**, dado que se pretende fundamentar las razones de la propuesta legislativa que se propone como solución al problema de investigación.

1.6.2 MÉTODO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.2.1 MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN

Hipotético-Deductivo: Dado que el investigador establecerá la verificación de la hipótesis mediante el análisis y la argumentación jurídica.

1.6.2.2 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Diseño No Experimental: Puesto que no se pretende modificar las categorías de estudio, sino tan solo describirlas. Y es de carácter **analítico** puesto que se hace un análisis de la realidad problemática para poder establecer argumentos válidos que justifiquen la propuesta legislativa.

1.6.3 POBLACIÓN Y MUESTRA DE LA INVESTIGACIÓN

a) **Población:** La población la conforma el equipo multidisciplinario del Centro de Atención Residencial Elim, jueces de familia y, niños y niñas resididos en el CAR Elim.

b) **Muestra:**

Muestra N° 1: Conformada por tres niñas y tres niños albergados en los Hogares Elim – Cusco, a quienes se les realizara una entrevista con preguntas estructuradas con la debida confidencialidad por ser menores de edad, cuyas edades oscilan entre los 13 y 16 años de edad.

Muestra N° 2: Conformada por el equipo Multidisciplinario del CAR Elim, integrado por 4 a 6 personas, quienes son: trabajadores sociales, tutores y profesores; a quienes se les practicara una encuesta mediante cuestionarios.

Muestra N° 3: Conformado por dos jueces de familia del Cercado de Cusco, estando a cargo del ejercicio jurisdiccional del Distrito de Cusco solamente 4 Jueces de Familia.

La muestra para aplicar la entrevista y las encuestas está conformada por seis niños resididos en el CAR Elim-Cusco, el equipo multidisciplinario de dicho CAR y dos jueces de familia del Cercado de Cusco que se seleccionaron de manera aleatoria y siguiendo el muestreo no probabilístico por conveniencia. El propósito de las entrevistas es recoger la percepción de algunos menores y profesionales involucrados en el tema de estudio para que su posición constituya un argumento en favor de nuestra hipótesis (argumento Ad autotitatem).

1.6.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

a) TÉCNICAS

Fueron:

- a.** Observación.
- b.** Análisis documental.
- c.** Entrevista.

b) INSTRUMENTOS:

Se utilizaron:

- a. **Ficha de observación:** Empleado para verificar y constatar el desenvolvimiento y desarrollo de los niños y niñas albergados en el CAR Elim – Cusco, así como comprobar la posible afectación a su desarrollo normal debido a su institucionalización.
- b. **Ficha de análisis documental:** Utilizado para tomar conocimiento las circunstancias que motivaron el internamiento del niño o niña al CAR-Elim.
- c. **Ficha de entrevista:** Empleada para poder obtener testimonios de los niños y niñas resididos en el CAR – Elim respecto al desarrollo de su vida y vivencias durante su albergamiento; y, para poder recabar la percepción de los profesionales involucrados en el tema de estudio para que su posición constituya un argumento en favor de nuestra hipótesis

1.6.5 JUSTIFICACIÓN, IMPORTANCIA Y LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

a) **Justificación:** La justificación de la presente investigación radica principalmente en hacer un aporte de la aislada interpretación que en la actualidad se viene haciendo del derecho-principio del niño y adolescente de tener una familia y no ser separado de ella. Porque, como bien lo hemos señalado en líneas anteriores, existen cinco principios rectores del Derecho del Niño y Adolescente, y uno de estos es el derecho-principio mencionado, pero, incluso este debe ser interpretado sistemáticamente y aplicarse de acuerdo a cada caso concreto. El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha sostenido que tanto la interpretación de la constitución, así como de la ley, debe hacer de una manera integral y/o sistemática, en vista de que, de efectuarse una interpretación

asistemática o aislada de una determinada norma, incurriríamos en absurdos que definitivamente nos llevarían a una mala aplicación de la ley, y siendo que los principios se deducen de la ley; también confrontaríamos principios llegando a conclusiones erróneas.

Por ello, es importante delimitar el alcance de cada principio mencionado y hacer un juicio de ponderación de ser el caso; porque si se continúa con la práctica actual, lo que en definitiva se crea es un desamparo total a los niños y adolescentes que son el destinatario de la mala aplicación e interpretación de la norma que los operadores del derecho vayan a hacer. Por último, la presente investigación tiene evidentemente relevancia social, e implicancias prácticas.

b) Importancia: La presente investigación cobra importancia en su propuesta legislativa después de haber constatado el investigador el problema que se presenta en una no aplicación de una permanencia excepcional de los niños albergados en un CAR cuando se presentan circunstancias especiales como las descritas en el planteamiento del problema. Porque, como bien se sostendrá con los argumentos legales, jurisprudenciales y doctrinales, (argumentos dogmáticos) frente a circunstancias determinadas es imprescindible realizar un juicio o test de ponderación, en este caso, la ponderación de los principios rectores del Derecho del Niño y Adolescente establecidos por nuestro Tribunal Constitucional, los que emergen de la interpretación de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

c) **Limitaciones:** No existió mayores limitaciones que las de acceso a documentación pertinente concerniente a los niños y niñas resididos en el Hogar Elim-Cusco, y la posibilidad de entrevistarnos con los mismos; limitaciones que afortunadamente fueron superadas gracias a la buena voluntad de los directores.

CAPÍTULO II

1. MARCO TEÓRICO

1.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

1) TESIS

ANTECEDENTE 1º

El primer antecedente es la tesis realizada por Natalia Isabel Salgado Leiva cuyo título es: “*EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES SEGUIDOS ANTE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA*”, tesis que fue elaborada el año 2012, Santiago de Chile.

En esta tesis la autora se refiere respecto a la posibilidad de ejecución de la Convención de Derechos del Niño en Chile no es un tema menor pues ella consagra todos los derechos de los que son titulares los niños como sujetos de protección especial. Por lo tanto si eso no es así, estaríamos ante una gran vulneración de derechos humanos además de formalmente estar violando un tratado vigente. La realidad de esta problemática es la que intentaremos dilucidar en este trabajo, el cual no tiene más interés que el de dar cuenta de la existencia o no de una situación, para poder tener una posición y tomar cursos de acción ante cualquiera de los escenarios posibles. Para ello lo primero que se

hará ser, en un Primer Capítulo, analizar la Evolución del concepto de Interés Superior del Niño a través de cuatro puntos: La evolución histórica previa a la Convención de Derechos del Niño del Interés Superior del Niño. La recepción del Interés Superior del Niño en la Convención de Derechos del Niño.

ANTECEDENTE 2º

Este antecedente consiste en la tesis doctoral elaborada Farith Simon Campaña cuyo título es: “*INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: TÉCNICAS DE REDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ABUSIVA*”, tesis que fue elaborada el año 2013 en Salamanca España.

En la elaboración de esta tesis la autora hace propuestas doctrinales para establecer criterios de aplicación o determinación del interés superior. Asimismo, desarrolla el origen del Interés Superior y el rol que le toca al Derecho Internacional en la configuración del interés superior y la nueva condición jurídica de la infancia. Asimismo, aborda la interpretación, argumentación y fundamentación en la determinación del interés superior. Finalmente, concluye abordando las técnicas de regulación del interés superior.

Como es de apreciarse, el autor en primer lugar aborda lo que es el interés superior para luego ir aterrizando en el interés superior del niño.

ANTECEDENTE 3º

Este último antecedente es la tesis realizada por Edna Gabriela Delfina Pérez Toledo cuyo título es: “*ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA NIÑA CONTENIDO EN LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA*”; tesis que fue elaborada el año 2007 en Guatemala.

La autora de esta tesis desarrolla la evolución del interés superior del niño como producto de la nueva tendencia en el mundo de la doctrina de la protección integral. Asimismo, desarrolla los alcances del ISN y conceptualiza su contenido, sosteniendo que el ISN no tiene un contenido definido, por lo que abarca no un número definido de derechos del niño, niña y adolescente, sino todos los derechos que les son reconocidos por la Convención Internacional del derechos de los Niños y Adolescentes y demás instrumentos internacionales. Y finalmente sostiene que, para interpretar el ISN no solamente se debe tomar en cuenta los derechos ya reconocidos a los niños y adolescentes, sino incluso los que aún no se encuentran positivizados en un cuerpo legal, pero que sin embargo contribuyen a la protección integral de sus derechos.

ANTECEDENTE 4º

Este antecedente es la tesis realizada por Yolanda Coria Mirta, María Belén Quiroga y Natalia Vicencio Malvina cuyo título es: “*LAS MEDIDAS DE PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y EL TRABAJO SOCIAL*”, tesis que fue elaborada para optar el título de licenciadas en trabajo social en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyos – Mendoza Argentina el año 2015.

Los autores de esta tesis desarrolla el concepto de la niñez y adolescencia en el contexto histórico, social y cultural en la Argentina, y así también verifican los marcos normativos vigentes y anteriores relativos a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es decir, cómo con el transcurso del tiempo se les ha ido reconociendo más derechos a estos; pero sin embargo, señalan los tesistas que dichos derechos en muchas veces son meros enunciados no concretizándose en la realidad.

Además de lo señalado, también se aborda la intervención del profesional trabajador social en relación a las medidas de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes, esto es, verifican como es que el trabajador social contribuye a que éstos derechos que se les reconocen a los niños niñas y adolescentes tengan vigencia sociológica mediante la tutela y asistencia de la niñez y adolescencia en su entorno mediato.

Finalmente los tesistas pretenden conocer las distintas estrategias de intervención profesional del trabajador social y el proceso por el cual se lleva a cabo las medidas de protección de derecho de niños, niñas y adolescentes por las distintas instituciones tutelares de Provincia de Cuyos.

ANTECEDENTE 5º

Este antecedente es la tesis realizada por Jimena Beatriz Aliaga Gamarra cuyo título es: *“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL PERÚ”*, tesis que fue elaborada el año 2013 en Lima Perú.

La autora de esta tesis desarrolla una evaluación y aplicación del interés superior del niño en la adopción internacional en el Perú; en la que sostiene que el derecho peruano debe actuar activamente frente a las adopciones que se realizan en nuestro país, ya que en este ámbito propone la tesista no debe dejarse de observar el interés superior del niño, esto es, la respuesta tutelar del Estado Peruano.

ANTECEDENTE 6°

Este antecedente es la tesis realizada por Rocío Yanina Suero Miranda cuyo título es: *“ADOPCION DE MENORES POR PAREJAS HOMOSEXUALES EN CONTRAPOSICION AL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y SUS IMPLICANCIAS JURIDICAS EN EL DERECHO PERUANO”*, tesis que fue elaborada para optar el título profesional de abogado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Andina Néstor Cáceres Velázquez de Juliaca – Perú el año 2015.

La tesista después de abordar con amplitud el principio del interés superior del niño contenido en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. IX del Título Preliminar del Código de niños y adolescentes concluye que el aludido principio se vulnera si se permite la adopción de niño por parejas homosexuales, dado que los menores adoptados por parejas homosexuales sufren trastornos en su identidad sexual, tienen mayor comportamiento homosexual al llegar a la adolescencia; hasta siete veces más que un niño o niña criado por sus padres biológicos o una pareja de padres heterosexuales. Acotan además que, estas consecuencias generan trastornos de conducta, depresión, comportamientos agresivos, etc., que en definitiva causan daño al niño o niña.

Por último, aborda la falsa concepción de solucionar el problema de los niños abandonados so pretexto de proteger su interés superior dándoles en adopción a parejas homosexuales, ya que como ha verificado la tesista en el desarrollo de su trabajo de investigación, el porcentaje de posibilidad de que un niño criado por una pareja homosexual crezca con trastornos de identidad sexual es siete veces más; y, que el instrumento de la adopción no es para la satisfacción de los deseos o aspiraciones de los adoptantes, sino que esta constituye una institución de protección de menores necesitados de una integración definitiva. Y, por último resalta el carácter de internacional del principio del interés superior del niño.

ANTECEDENTE 7º

Este antecedente es la tesis realizada por Yarida Ticona Gonzales cuyo título es: *“MALTRATO INFANTIL Y AUSENCIA DEL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”*, tesis que fue elaborada para optar el título profesional de abogado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Andina Néstor Cáceres Velázquez de Juliaca – Perú el año 2015.

La tesista aborda el tema de la impunidad que existe en los procesos por violencia familiar, y que a la luz de ello es evidente que nuestros operadores jurisdiccionales no observan el principio del interés superior del niño. Y añade que también tiene culpa nuestros gobernantes de toda escala, tanto a nivel local, Regional y del Gobierno Central por la falta de adopción de políticas dirigidas a velar por el interés superior del niño.

Asimismo, invoco normas legales nacionales e internacionales que consagran el interés superior del niño, refiriendo que estas no son de data reciente, sin embargo ni siquiera

progresivamente son tomadas en cuenta. Por lo que queda crear políticas que estén dirigidas a trabajar con la persona, ya que solo el cambio de esta significara un inicio de cambio de nuestra sociedad, el reforzamiento de nuestras instituciones básicas como la familia y fomentar una cultura de paz.

ANTECEDENTES 8°

Este antecedente es la tesis realizada por Vanessa Pinella Vega cuyo título es: “*EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA VS PRINCIPIO AL DEBIDO PROESO EN LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL*”, tesis que fue elaborada para optar el título de abogado en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo – Perú el año 2014.

En esta tesis, se analiza lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el expediente Nro. 00550-2008-PA/TC, dado que el Tribunal otorga protección preferente al derecho a la identidad por sobre el derecho a un debido proceso, en este caso a la cosa juzgada. Y se interpreta que el derecho a la identidad de un niño o niña, también supone un fin para tangibilizar ese interés superior del niño; por ello, el Tribunal Constitucional hace prevalecer este derecho por sobre el derecho del padre.

Por ultimo añade, el interés superior del niño es un principio garantista, el cual se enfoca en proteger al menor para su correcto desarrollo personal, tanto físico como psicológico, y evitar así que circunstancias relacionadas a él trunquen su proyecto de vida o le causen daños difíciles de afrontar en el futuro. Es así que mediante el principio del interés superior del niño se logra la plena satisfacción de sus derechos.

1.2 BASES LEGALES

a). La Declaración de los Derechos del niño de 1924 (Declaración de Ginebra); art. Primero cuyo texto dice: *El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.*

b). La Declaración Universal de los Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948 que en su artículo 25, numeral 2 establece: *La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.*

c). Declaración de los Derechos del Niño de 1959 aprobada por la asamblea general de la ONU; principio 2 cuyo texto: *El niño gozara de protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.*

d). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y, entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, que en su artículo 24 dispone: *Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento,*

a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

e). La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, que fue celebrada en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, cuyo artículo 19 dice textualmente: *Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.*

f). La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; art. 3 cuyo texto dice: *El todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas y 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.*

g). La Constitución Política del Estado de 1993; art. 4 cuyo texto dice: *La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...).*

h). El Código de los Niños y Adolescentes (ley N° 27337) promulgada el 07 de agosto de 2000; art. IX del T.P del CNA que textualmente dice: *En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado (...), se considerara el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.*

i). La Ley N° 30467 que establece parámetros y garantías para la consideración primordial del interés superior del niño.

Como se advierte, estos textos normativos nacionales e internacionales hacen mención a la protección especial que debe brindarse al niño por su condición y fragilidad. Empero, a través de las normas acotadas se ha establecido que las medidas de protección que estos requieren deben ser otorgadas por su familia, la sociedad y el Estado, En tal sentido, nótese que no solo se le encomienda esta tarea de brindar protección especial a la familia del niño, sino también a la sociedad y al Estado. Ello es de trascendental importancia a la investigación que nos ocupa, en vista de que en ocasiones que se dan muy a menudo nos encontramos ante la circunstancia que narro la juez Judith Catacuri, esto es, la necesidad de hacer una ponderación de los principios rectores del derecho del niño y adolescente; donde la magistrada en mención ante un caso concreto y, ejerciendo su función tuitiva¹ tuvo que optar por el interés superior de la niña brindándole protección especial representando al Estado.

Por último, en la actualidad muchos niños y adolescentes se encuentran albergados en diferentes CARS que pertenecen al INABIF, es decir, al Estado; hecho que es otro claro ejemplo de la protección que el Estado les brinda a esos niños cuyos derechos han sido vulnerados. Ahora, Elim, es un CAR privado según la información que se obtuvo de la entrevista realizada a la directora de dicho CAR, vale decir no es financiado por el Estado, sin embargo brinda protección y a los niños que se encuentran allí albergados, de modo que, podría decirse que representan a la sociedad.

¹ Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil, realizado por la Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, (Cas. N° 4664-2010-PUNO), p. 19.

1.3 BASES TEÓRICAS

2.3.1 NOCIÓN DE PRINCIPIO EN EL DERECHO

En la presente investigación vamos a tratar abundantemente sobre los principios rectores del Derecho del Niño y Adolescente y más primordialmente sobre el principio del ISN, en ese entendido considero menester tratar brevemente acerca de lo que debe entenderse por principio. Es así que, Miguel Cillero Bruñol sostiene: *“Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos”*.

Así también Pedro Flores Polo dice: El principio en materia forense, es el fundamento de algo. Proposición o verdad que sustenta el saber o la ciencia jurídica. (FLORES POLO, 1990).

En este sentido, el interés superior del niño adquiere consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños, desempeñando la función de guía para la interpretación del resto del articulado de la Convención. Por consiguiente, adoptar el tratado implica aceptar que las decisiones y acciones estatales sean regidas por el interés superior del niño. Sin embargo, el interés superior del niño es probablemente el principio más enigmático de la CDN, tanto respecto de su conceptualización como de sus implicancias en la práctica. Las persistentes discusiones entabladas con el fin de lograr mayor precisión dan cuenta de la falta de acuerdo predominante. Aun así, los Estados

reafirmaron una vez más el principio a través del tercer Protocolo Facultativo a la CDN, aprobado en el año 2012 y actualmente en proceso de ratificación².

2.3.2 EL ORIGEN HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

No desde la antigüedad se ha considerado la vulnerabilidad de los niños y adolescentes para darles protección especial y para considerar que necesitan de amor, afecto y guía para su desarrollo adecuado, sino por el contrario en la actualidad estos serán considerados únicamente como propiedad de sus padres. Sin embargo, ya por el siglo XVIII el filósofo John Locke tomo la iniciativa en defender que los niños también tenían derecho y estaban destinados o habían nacido para formar parte de la sociedad, porque tenían derechos naturales y por ende tenían sus padres que asistirlos que estos logren su independencia.

De esta forma en la Inglaterra del siglo XVII, el derecho de tutela (*custody law*) empezaba a desarrollarse. Se empezó usando el concepto de *patria potestas*, otorgaba poderes absolutos a los padres sobre sus hijos, y solo a finales del siglo XVIII, se mudó hacia una nueva doctrina *parens patriae*, la misma que reconocía que el Estado tenía cierta función parental al poder intervenir mediante sus tribunales en asuntos familiares con el fin de prevenir posibles daños.³ Y, remontándonos más atrás en el tiempo, no cabe

²http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interessuperior_del_niño.pdf. Elaborado por Silvina Alegre, Ximena Hernández y Camille Roger, Marzo, 2014.

³ Aliaga Gamarra; Jimena B., Tesis elaborada en la PUCP, El Interés Superior del Niño y Adolescente en la Adopción internacional en el Perú, Ob. Cit., p. 211.

duda que en la Roma antigua existía “el interés superior del niño”, porque era considerado como un objeto del *pater familia*.

En esa línea, dice Alejandro Guzmán Brito: “*En el concepto de la familia romana no cabe la idea de que pudiera existir una Interés Superior del Niño, siguiendo claramente un pensamiento aristotélico en donde es considerado una más de los objetos de propiedad del pater familia y los avances tímidos que se realizan en su beneficio son por el niño*”. (GUZMAN BRITO, 1997). Entonces como señala el autor cuyas líneas fueron citadas, el interés superior del niño no es algo que siempre haya existido desde la antigüedad.

Recién a mediados del siglo XX se puede encontrar a nivel Local el estándar del interés del menor en algunas decisiones judiciales y legislaciones locales, empero, algunos estudios sitúan el origen del interés del menor en las normas británica que regulaban los derechos de los padres nos casados, y estos buscaban proteger el destino de su hijos por tener esa condición de no casados. Así también encontramos en los Estados Unidos una sentencia emitida por la Corte Suprema de Pensilvania en el año 1815 (*Commonwealth c. Asdics*) en el que se falló que dos niños quedarían bajo el cuidado de su madre porque con ella podían desarrollarse de mejor manera. Es decir, se consideró el interés de los niños por sobre el del padre. (MCGINNIS, S, 2007).

Muchos autores de manera unánime consideran que la aparición de la categoría interés del menor o mejores intereses del niño es el resultado de un cambio de percepción y el apareamiento de una visión romántica de la infancia, que reemplazo a la idea

predominante antes del siglo XVII, en que los hijos eran solo propiedad de sus padres en particular del padre que tenía un rol predominante en la familia⁴.

Es a inicios de del siglo XX que surge la regla de la preferencia materna⁵ por lo que ya en esa etapa se considera que lo mejor para el niño en su primera infancia era estar con su madre atendiendo a lo que era mejor para él. Entonces, desde ese momento se empieza a crear una tendencia en la forma de juzgar de los jueces, puesto que ya seguían una línea de juzgamiento. Esto implico que los jueces en sus resoluciones consideraran el interés del niño por encima del de sus progenitores.

Por esta razón se reconoce que el principio del interés superior del niño surge en el derecho Angloamericano⁶; primigeniamente vinculado a la labor de la judicatura cuando estos resolvían respecto al matrimonio, adopción, hogares sustitutos, guarda y tutela en los que el menor estaba involucrado. Y para concluir, esta tendencia se globaliza a partir de su incorporación en el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño teniendo así pocas referencias respecto al interés superior del niño antes de 1989 año en el que se dio la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

2.3.3 EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

No es nada nuevo referir que el principio del interés superior del niño carece de definición única, sin embargo Jean Zermatten manifiesta que cuando en la Convención

⁴ BREEN, C., “The standard of the best interests...”, Ob. Cit., p. 43.

⁵ Ibídem, Ob. Cit., p. 44.

⁶ BREEN, C., “The standard of the best interests...”.

sobre los Derechos del Niño y enfatiza que el fin último es el bienestar del niño”. (ZERMATTEN, Ob. Cit).

Siguiendo esa línea, también se ha sostenido: *Que el interés superior del niño es un principio de interpretación jurídica fundamental desarrollado para limitar la extensión de la autoridad de los adultos sobre los niños. Tiene como base de que un adulto solo puede tomar decisiones por un niño y adolescente debido a la vulnerabilidad propia de su falta de experiencia y juicio.*

Al interés superior del niño puede atribuírseles dos significados: 1) el interés superior como regla de procedimiento y 2) el interés superior como garantía de que este principio será aplicado siempre que se deba tomar una decisión que concierna a un niño o grupo de niños”.

En tal sentido, ello implica que cada vez que se va a tomar una medida cuyos resultados repercutirán en los niños o un grupo de niños, y se debe tener en cuenta el impacto que la decisión producirá en el niño y así balancear los intereses que se encuentren en juego, porque dentro de ello también están el interés de los padres; y es en esa circunstancia que debe primar la esencia de la Convención tantas veces anotada.

Respecto al principio materia de estudio el Tribunal Constitucional ha sostenido que el interés superior del niño implica: Las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientados a lograr su pleno bienestar físico, síquico, moral, intelectual, espiritual y social. Y agrega, Este principio también impone la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas

al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad. (ALIAGA GAMARRA, 2013).

O'Donnell sostiene que el más trascendental aporte de la Convención fue el llamado interés superior del niño o uno de los más importantes, porque básicamente la Convención gira entorno a este principio. Zermatten dice: que el interés superior del niño forma parte de los principios generales que informan a la Convención sobre los derechos del Niño, siendo en la Convención, los cinco primeros artículos considerados fundamentales, los cuales se convierten en los principios ineludibles y primordiales que rigen la aplicación de toda la convención, por lo que los llama artículos umbrela". (ZEMARTTEN, 2003).

Reconociendo la importancia de dichos artículos, este autor destaca tres de ellos, los cuales instauran, y a su vez, justifican la noción del niño como sujeto de derecho y que al mismo tiempo, no pueden entenderse en forma independiente. Estos tres artículos son: el artículo 2, sobre la no discriminación o principio de igualdad entre los niños; el artículo 3, sobre el Interés Superior del Niño y el artículo 12 sobre la audición o la palabra del niño. (SALGADO, Leiva, 2012).

Augusto Diez Ojeda: *“El principio del ISN ha recibido diferente tratamiento en la doctrina jurídica especializada, dando lugar a posiciones que van desde la denuncia de su indeterminación y consecuente inutilidad practica; pasando por lo que afirman el peligro de su uso abusivo; aquellos que identifican el principio con los derechos*

reconocidos y, los que resaltamos su utilidad e importancia desde una perspectiva antropológica e interdisciplinaria en la realización efectiva y concreta de los derechos expresa o implícitamente reconocidos a los niños”. (Ob. Cit). No es novedad decir entonces que, los derechos reconocidos en todos los instrumentos normativos nacionales e internacionales a los niños, niñas y adolescentes y que fueron ratificados por el Perú, integran nuestro derecho interno y consecuentemente están en plena vigencia.

Siguiendo esa línea, Lora Laura N.⁷ manifiesta: *“La CIDN; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes privados de Libertad; las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad) son los instrumentos jurídicos que construyen la llamada doctrina de las Naciones Unidas de Protección de la Infancia.*

Estos instrumentos, rompieron con el paradigma dominante a lo largo del siglo XX, dejando de considerar al “menor” como objeto de compasión-tutela y represión, y reconociendo a los niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos. Sus lineamientos construyen un marco renovado que obliga a repensar y modificar el Derecho de Menores a la luz de estas nuevas fuentes normativas.⁸ De estos instrumentos,

⁷ Discurso jurídico sobre el Interés Superior del Niño. En: Avances de Investigación en Derecho y ciencias Sociales, X jornadas de investigadores y becarios. Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2006, pp. 479- 488.

⁸ Si bien las reglas de Beijing, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes privados de Libertad y Directrices de Riad, a diferencia de la CIDN, no construyen fuente de obligación jurídica para los Estados, ya que a diferencia de ella, solo comportan un conjunto de principios generales aceptados por los gobiernos, no obstante, en tanto han sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, los gobiernos de los Estados miembros, tienen responsabilidad moral ante la comunidad internacional efectiva.

y de otros como: *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el PIDESC, y de las “Leyes que por debajo de ese techo se encuentran vigente”, surgen normas que receptan, para resolver conflictos en los que los niños se vean involucrados, la consideración primordial del “Interés Superior del niño”*. Como se observa, todos estos instrumentos normativos traen a colación la protección integral del niño, niña y adolescente, que es la vigente doctrina como se indicó precedentemente.

En la misma línea, Daniel O. Donnell señala: *“La doctrina de la protección integral se constituye sobre tres bases fundamentales: “El niño como sujetos de derechos, el derecho a la protección especial, y el derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral”*. Con esto ratificamos lo que en un principio hemos manifestado, respecto a que el niño no es más objeto de derechos, sino sujeto de derechos; y es precisamente debido a ello que se debe amparar sus derechos de manera efectiva.

Por último, se pregunta al juez, a que se refiere el ISN al que cuidadosamente reitera la convención en el artº 3 incs. 1 y 3, 18 inc. 1, 20 inc. 1 y 37 literal “c”, a los que responde *“El principio es de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de cada sociedad y momento histórico, de modo tal que lo que hoy se estima beneficia al niño o joven, mañana se puede pensar que lo perjudica. Constituye un instrumento*

técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal interés en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso”.⁹

Esta respuesta dio el juez que fue entrevistado por la autora citada. Adicionalmente entrevistado a otros 6 jueces de familia cuyas respuestas no se plasmaran en el presente trabajo, dado que el tesista entrevistare a dos o más jueces de familia de Cusco, por lo que tendremos más luces de los que nuestros jueces de nuestro medio entienden por interés superior del niño y como lo aplican en la emisión de sus sentencias.

2.3.4 LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE ESTABLECIDOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.3.4.1 EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN ESPECIAL DEL NIÑO

Como se anotó precedentemente, el Tribunal constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 01817-2009-PHC/TC-Lima estableció 5 principios que desarrollaré a continuación mencionando lo que nuestro TC sostuvo respecto a cada uno de ellos. Es ese contexto, en lo concerniente al principio de protección especial del niño se dijo: *“El principio de protección especial del niño se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental, fue inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente*

⁹ Lora; Laura N, Discurso jurídico sobre el interés superior del niño, Ediciones Suarez, Mar de la Plata, p. 7.

protegidos".¹⁰ En ese sentido, considero de vital importancia modificar el artº 18 antes aludido, en razón de que en la actualidad so pretexto de proteger el derecho del niño de vivir en una familia, se adoptan medidas que no resultan siendo adecuadas para el desarrollo del niño y adolescente, y lo que es peor, se le priva del ejercicio de sus derechos ya reconocidos.

Y continua diciendo, *"De una manera mucho más amplia y precisa este principio fue también reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, cuyo principio 2 señala que el niño gozara de un protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable, así como en condiciones de libertad y dignidad"*.¹¹

Es así que la Declaración de los Derecho Humanos reconoce también este principio por lo que en su artº 25.2 estipula que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.¹² Del mismo modo, el artº 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "Los estados partes se comprometerán a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar.

Concluyendo ya el desarrollo del principio de protección especial hacía el niño, la Convención en su artº 19 prevé que: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección

¹⁰ Expediente N° 00550-2008--PA/TC-Lima, Principios universales de orientación proteccionista, fundamento 13.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Artº 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

que por su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Y, no es ajeno a esto el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, porque en sus artículos 23.4 y 24.1 reconocen el principio de protección especial del niño; así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuyo artículo 10.3 reconoce el principio de protección especial del niño.

De la misma manera en la misma sentencia continua diciendo: *“En esta especial orientación proteccionista se encuentra también el principio del Interés Superior del Niño, que a decir de la Corte IDH, se “funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”.*

Finalmente, es preciso citar la sentencia de la Corte IDH en el caso Villagrán Morales o “niños de la calle” en la que se ha establecido: *“(…) La corte no puede dejar de señalar la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artº 4 de la Convención Americana, sino números instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños bajo su jurisdicción”.* (Caso de los “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros). 1999. Págs. 1-67).

Dilucidado lo que había ocurrido en este caso, se resolvió condenando al Estado de Guatemala, porque según lo argumentado por la Corte IDH el Estado en mención no había hecho nada y menos adoptar las medidas pertinentes y necesarias para proteger y salvaguardar los derechos de los niños víctimas de los asesinatos que dieron lugar a la sentencia.

Y este no es el único caso, en vista de que la Corte IDH en el caso Walter Bulacio; del 18 de septiembre del 2003 contra el Estado de Argentina ha establecido: *“La Corte estableció en su Opinión Consultiva que “en definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por niño a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”. En este sentido, la corte señala que este caso reviste especial gravedad por tratarse la víctima de un niño, cuyos derechos se encuentran recogidos no solo en la Convención Americana, sino también en números instrumentos internacionales ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción.*

Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias del niño, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”. (Caso Walter Bulacio VS. Argentina. 2003. Págs. 1-88).

Esto como una consideración previa debido a ahondaremos en el principio del ISN en el siguiente acápite.

2.3.4.2 EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Este principio como lo manifesté anteriormente fue introducido por primera vez en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por lo que diferentes tratadistas se dedicaron a su estudios para determinar cuál era su verdadero alcance, ya que la Convención sin definir en absoluto lo que debía entenderse por ISN en su artº 3 establece que en las medidas que se adoptara y que estas sean concernientes a los niños, se debe considerar el ISN; lo que motivo el trabajo académico de diferentes autores. En ese entendido Jean Zermatten manifiesta que cuando en la Convención sobre los Derechos del Niño y enfatiza que el fin último es el bienestar del niño”. (Ibidem, p. 3).

Al ISN se considera como un principio jurídico garantista, es decir, que su significado estriba fundamentalmente en la plena satisfacción de los derechos de los niños, dejando de ser una directriz vaga e indeterminada.

Consagrado en el artículo 3 de la CDN, establece: “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”. Es decir, no es un simple interés particular, porque más allá de eso consiste en un principio jurídico-social de

aplicación preferente en la interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes.

Este principio trasciende la simple consideración de inspiración para la toma de decisiones de las personas públicas o privadas, al constituir un principio de vínculo normativo para la estimación, aplicación y respeto de todos los derechos humanos de los niños. Adquiere particular relevancia su precisión y determinación como garantía fundamental de protección-prevención. (BARRERA, Dávila, 2014).

Siguiendo esa línea, también se ha sostenido: *Que el interés superior del niño es un principio de interpretación jurídica fundamental desarrollado para limitar la extensión de la autoridad de los adultos sobre los niños. Tiene como base de que un adulto solo puede tomar decisiones por un niño y adolescente debido a la vulnerabilidad propia de su falta de experiencia y juicio.*

Al interés superior del niño puede atribuírseles dos significados: 1) el interés superior como regla de procedimiento y 2) el interés superior como garantía de que este principio será aplicado siempre que se deba tomar una decisión que concierna a un niño o grupo de niños". (ALIAGA GAMARRA, 2013).

En tal sentido, ello implica que cada vez que se va a tomar una medida cuyos resultados repercutirán en los niños o un grupo de niños, y se debe tener en cuenta el impacto que la decisión producirá en el niño y así balancear los intereses que se encuentren en juego,

porque dentro de ello también están los intereses de los padres; y es en esa circunstancia que debe primar la esencia de la Convención tantas veces anotada.

Respecto al principio materia de estudio el Tribunal Constitucional ha sostenido que el interés superior del niño implica: Las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientados a lograr su pleno bienestar físico, síquico, moral, intelectual, espiritual y social. Y agrega, Este principio también impone la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.¹³

O'Donnell sostiene que el más trascendental aporte de la Convención fue el llamado interés superior del niño o uno de los más importantes, porque básicamente la Convención gira entorno a este principio. Zermatten dice: que el interés superior del niño forma parte de los principios generales que informan a la Convención sobre los derechos del Niño, siendo en la Convención, los cinco primeros artículos considerados fundamentales, los cuales se convierten en los principios ineludibles y primordiales que rigen la aplicación de toda la convención, por lo que los llama artículos umbrela".¹⁴

¹³ Exp. No. 0187-2009-PHC/TC.

¹⁴ ZEMARTTEN, JEAN, "El Interés Superior del Niño: del análisis literal al alcance filosófico", Informe de Trabajo 3-2003, Institut International Droits Lenfant. p. 4 y 5.

Reconociendo la importancia de dichos artículos, este autor destaca tres de ellos, los cuales instauran, y a su vez, justifican la noción del niño como sujeto de derecho y que al mismo tiempo, no pueden entenderse en forma independiente. Estos tres artículos son: el artículo 2, sobre la no discriminación o principio de igualdad entre los niños; el artículo 3, sobre el Interés Superior del Niño y el artículo 12 sobre la audición o la palabra del niño¹⁵.

Augusto Diez Ojeda: *“El principio del ISN ha recibido diferente tratamiento en la doctrina jurídica especializada, dando lugar a posiciones que van desde la denuncia de su indeterminación y consecuente inutilidad practica; pasando por lo que afirman el peligro de su uso abusivo; aquellos que identifican el principio con los derechos reconocidos y, los que resaltamos su utilidad e importancia desde una perspectiva antropológica e interdisciplinaria en la realización efectiva y concreta de los derechos expresa o implícitamente reconocidos a los niños”*.¹⁶ No es novedad decir entonces que los derechos reconocidos en todos los instrumentos normativos nacionales e internacionales a los niños, niñas y adolescentes y que fueron ratificados por el Perú, integran nuestro derecho interno y consecuentemente están en plena vigencia.

Por último, la Corte Constitucional de Colombia anoto sobre el ISN lo siguiente: *“El interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar*

¹⁵ Salgado Leiva; Nataly Isabel, El interés superior del niño en los procedimientos especiales seguidos ante los tribunales de familia “Tesis”, Santiago – Chile, 2012, p. 25.

¹⁶ Ob Cit de Discurso jurídico sobre el Interés Superior del Niño. En: Avances de Investigación en Derecho y ciencias Sociales, X jornadas de investigadores y becarios. Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2006, p. 3-4.

*cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: 1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) en segundo término debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo; 3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto **cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio**; 4) por último debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor"¹⁷. (La negrita me pertenece).*

Debo anotar que al haber establecido la Corte Constitucional de Colombia estas 4 condiciones básicas para determinar si en una determinada circunstancia se ampara o no el ISN devienen el trascendentales, puesto de alguna manera delimita el alcance del ISN, es decir, establece lo que los juzgadores deben hacer para poder justificar su actuación amparando el ISN, porque de no concurrir una de no se estaría amparando el ISN.

2.3.4.3 EL DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA

¹⁷ http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000044_2014.htm

Por otro lado, nuestro máximo intérprete de la Constitución también se ha pronunciado respecto al derecho del niño y adolescente a tener una familia y a no ser separado de ella sosteniendo: *“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 derecho-principio de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1 y 2 inc. 1 de la Constitución. Se trata de un derecho reconocido implícitamente en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (...).”*¹⁸

Y, no solamente los artículos citados en dicha sentencia prevén el derecho del niño de crecer en una familia, sino también el artº 8 del nuestro Código de los Niños y Adolescentes cuyo texto dice: El niño y adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en un seno familiar. Pero, nótese que se ha establecido que el ambiente familiar sea de felicidad, amor y comprensión; lo que significa fortalece nuestra posición respecto a que el derecho del niño y adolescente de tener una familia y no ser separado de ella se circunscribe a ciertas exigencias, sino veamos lo que en el fundamento 6 de la sentencia en mención continua diciendo: *“Asimismo este Tribunal reconoció que el disfrute mutuo de la convivencia entre padre e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los*

¹⁸ Exp. N° 04227-2010-PHC/TC, fundamento 5.

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 su familia no implica que esta 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 impedirselos y negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquel (...).¹⁹

Como es de advertirse, para la convivencia de padres e hijos, que constituye el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, deben darse los requisitos exigidos, porque de otro modo estaríamos vulnerando el interés superior del niño que es el principio rector y en el cual se inunda la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Del mismo modo, señala el TC respecto al derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella: *“El derecho del niño a tener una familia se encuentra implícitamente consagrada en el preámbulo de la convención sobre los derechos del niño que reconocen que: “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”*. Así como en su artículo 9.1 que establece que *“los Estados partes velaran por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”*. Es ese entendido, cabe plantearnos la siguiente interrogante ¿Habrá querido decir el TC que los vínculos sanguíneos

¹⁹ *Ibíd.*

garantizan un ambiente de felicidad, amor y comprensión?, esta es una respuesta que no conocemos, pero de lo que estamos seguros es que se ha fijado requisitos o los llamares presupuestos para una correcta aplicación del derecho del niño a tener una familia ay a no ser separado de ella, sin que su aplicación implique la inobservancia del interés superior de aquel.

Por último, Corte IDH ha establecido como una excepcionalidad, la separación del niño de su familia: *“el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”*.²⁰ Este caso constituye otro ejemplo que sustenta nuestra posición de la permanencia excepcional en tanto no se corrobore que el niño o adolescente va a tener un lugar adecuado para su desarrollo en cuanto sea reinsertado o devuelto a su familia, ya sea su familia nuclear o extensa.

2.3.4.4 EL DERECHO DE CRECER EN UN AMBIENTE DE AFECTO Y DE SEGURIDAD MORAL Y MATERIAL

Por último, también ha establecido el TC²¹ en lo concerniente al derecho de crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material lo siguiente: *“El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material se encuentra reconocido en el principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el “niño” para el pleno y armoniosos desarrollo de su personalidad necesita de amor y*

²⁰ Caso Forneron e hija VS. Argentina. Sentencia del 27 de abril de 2012.

²¹ Expediente N° 01817-2009-PHC/TC-Lima.

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.

Como es de verse, respecto al derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material también se ha dicho que debe aplicarse este derecho siempre que sea posible, porque su imposibilidad se encuentra en la no existencia de los presupuestos exigidos para la correcta aplicación del derecho del niño conforme ya lo indique.

*De este modo, en virtud de este derecho, la familia y, en su defecto, 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, síquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. 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**".* Bien lo ha señalado el TC, los padres del niño son los primeros en dar amor a sus hijos y satisfacer sus necesidades, pero velando por el interés superior del niño, ante la falta de estos o, cuando se presenten circunstancias personales, familiares o sociales que hagan prever que el seno familiar del niño no es el adecuado para el desarrollo de este y la tutela de sus derechos, entonces debe adoptarse medidas diferentes; como es el caso de la permanencia excepcional.

2.3.4.5 EL DERECHO AL DESARROLLO ARMÓNICO E INTEGRAL

Este es otro derecho que surge de los principios antes anotados, es decir, emerge de la tendencia proteccionista que ha sido acogida por nuestro derecho nacional, donde se ha establecido que el niño no solamente tiene el derecho de tener una familia y no ser separado de ella, sino también que en esta familia le brinden un ambiente de estabilidad, amor y comprensión; por lo que dado ello, el niño tendrá un desarrollo armónico e integral.

En otros términos, será imposible amparar este derecho del niño si antes no se ampara el derecho que tiene el niño de tener una familia y no ser separado de ella, salvo por las excepciones antes aludidas y el derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; puesto que como consecuencia de estos deriva tutela de este derecho.

Cabe anotar que este énfasis tuitivo se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de proteger y asistir al niño para garantizar **tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, síquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos.**²²

En buena cuenta, (...) el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable,

²² Ibídem.

integral y normal en condición de libertad y dignidad. Por ello, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar sus desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artº 4 de la Carta Política de 1993, el bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social de niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado.²³

Ello debe entenderse por desarrollo armónico e integral, vale decir atendiendo a todos los aspectos del ser humano, -en nuestro caso, del niño-; que por su condición lo requiere de manera imprescindible.

2.3.5 BREVE HISTORIA DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PERÚ

La institucionalización de niños, niñas y adolescentes en nuestro país se remonta al año de 1892, en que, desde la Iglesia católica, la religiosa Ermelinda Carrera crea un albergue para asistir a las hijas de las reclusas de la cárcel de mujeres, posteriormente reconocida como “Casa de Educandas”. (Informes del hogar Ermelinda Carrera).

En el año de 1938 se crea el Hogar Transitorio N° 01 con el fin de albergar a niños huérfanos, fusionándose luego con el Hogar de Menores conocido como “Pájaros Fruteros”. El 12 de julio de 1945 se inauguró el Instituto Reeducacional de Menores,

²³ *Ibidem*.

siendo presidente de la república el Dr. Manuel Prado. Durante su gobierno se abren institutos similares en las principales ciudades del país.²⁴

A través de este antecedente podemos ver las circunstancias en las que por primera vez se decidió institucionalizar a niñas en un albergue; y fue frente a un estado de necesidad grave, porque las madres de estas niñas estaban presas, por lo que ellas se encontraban en un estado de abandono moral y material, más aun que para ese entonces la Ley no preveía la colocación familiar que tampoco resulta una medida adecuada en muchos casos hasta la fecha.

Entonces, la institucionalización tuvo un buen inicio; posteriormente se dijo que esta debería aplicarse excepcionalmente y no ser la regla general, empero, actualmente somos testigos de las situaciones que precisan de la excepción, y no así de la regla general. Pero, por motivos diversos se ha dicho que la institucionalización obra en perjuicio del niño, porque no le permite desarrollarse como tal; hecho que no puede ser tomado como una verdad absoluta, dado que se debe a la metodología de trabajo que se aplique en los CARS que son albergados.

2.3.6 LA INSTITUCIONALIZACIÓN

Se ha dicho mucho sobre la institucionalización debido a que el término institucionalizar es polisémico; sin embargo respecto al tema que nos ocupa diremos que

²⁴ Ibídem, p. 50.

la institucionalización es la sumisión de un individuo al régimen de vida de una institución como el orfanato, el servicio militar, el asilo, la cárcel o el manicomio; donde vive internado durante un largo periodo, hasta hacerse dependiente de ella, más allá del tratamiento que recibe y que teóricamente debería estar orientado a su reinserción en la sociedad.²⁵

Esto es lo que debe entenderse por institucionalización para fines de este trabajo; negativa, sin embargo lo descrito no necesariamente se condice con la realidad como lo desarrollaremos más adelante.

Entendida así la institucionalización se ha previsto en la norma que la institucionalización de los niños, niñas y adolescentes debe ser el último recurso. Cuando las medidas de apoyo a la familia han fracasado y no es posible recurrir a otros familiares, frente a la inexistencia de un ambiente familiar de estabilidad y bienestar deben considerarse todas las alternativas posibles antes de decidir la institucionalización.²⁶ En ese entendido, esto se condice con lo que antes he referido respecto a la permanencia excepcional de los niños albergados en un CAR hasta que se corrobore que su familia o familiares pueden brindarle un ambiente adecuado para su desarrollo; y de no ser así, en busca de la protección y el efectivo ejercicio de los derechos del niño tendríamos que optar por institucionalizarlo.

²⁵ es.wikipedia.org/wiki/Institucionalización

²⁶ Cf. Directrices de Modalidades Alternativas de Cuidado, directriz 20; Declaración sobre la Protección y el Bienestar de los Niños, artículo 4; Directrices de Riad, directriz 14; Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 23.5; Comité de los Derechos del Niño, observación general n.o 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, § 47.iii; CIDH, Informe n.o 83/10, caso 12584, Milagros Forneron y Leonardo Aníbal Forneron. Fondo, Argentina, 29 de noviembre de 2010, § 108.

Es triste referir que en la gran mayoría de casos en la ciudad de Cusco de niños que están bajo una investigación tutelar que su familia o familiares no pueden brindarle un ambiente para su desarrollo adecuado. Por lo que acreditado ello, debería aplicarse la excepción. Porque la internación reconoce una normativa que trata sobre el principio de excepcionalidad de la institucionalización como una medida de protección.

2.3.6.1 CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN

Según refieren resultados de estudios realizados por la UNICEF se ha concluido que cuando un niño permanece tres meses en un CAR, esto le significa un mes de retraso en su desarrollo. Así, se ha sostenido que la excepcionalidad de la institucionalización se fundamenta en la existencia de un importante consenso científico sobre el impacto negativo de la institucionalización en el desarrollo de los niños, así como sobre los riesgos que tienen los niños institucionalizados de sufrir distinto tipo de violencia.²⁷

Con relación al primero de los aspectos referidos, la Organización Mundial de la Salud ha sido muy clara al afirmar que las instituciones de cuidado residencial tienen un impacto negativo en la salud y el desarrollo de los niños y que deben ser sustituidas por otras modalidades de cuidado de alta calidad. En especial, esto responde a que en muchos casos la falta de atención personalizada en esas instituciones apareja una ausencia de

²⁷ Internados. Las prácticas judiciales de institucionalización por protección de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Montevideo. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF Uruguay 2013 Fundación Justicia y Derecho. P. 17.

vínculo emocional entre los niños y las personas a su cargo, además de una carencia de estímulo e interacción, aspectos que provocan retrasos en el desarrollo.²⁸

Una institucionalización precoz y prolongada tiene efectos perjudiciales sobre la salud y el desarrollo físico y cognitivo del niño, que pueden llegar a ser irreversibles²⁹

En términos generales se ha señalado que por cada tres meses que un niño de corta edad reside en una institución pierde un mes de desarrollo. (EILLIANSON, John, 2010). Por último, Las investigaciones demuestran que los niños que han permanecido en modalidades de cuidado alternativo de tipo familiar presentan un mejor desarrollo físico y cognitivo que los que han vivido en instituciones residenciales. También son mejores sus desempeños en términos de logros académicos, así como su integración social como adultos independientes.³⁰

2.3.6.2 CONSECUENCIAS POSITIVAS DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN

Habiendo desarrollado lo que es la institucionalización y sus consecuencias negativas de acuerdo a los estudios realizados por la UNICEF y algunos tratadistas;

²⁸ World Health Organization, Regional Office for Europe, Better health, better lives: children and young people with intellectual disabilities and their families. Transfer care from institutions to the Community, EUR/51298/17/PP/3, 8 de noviembre de 2010. Ob. Cit. Internados. Las prácticas judiciales de institucionalización por protección de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Montevideo. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF Uruguay 2013 Fundación Justicia y Derecho. P. 17.

²⁹ Chaves Cavalcante, Lília Iêda, et al., “Institucionalização e reinserção familiar de crianças e adolescentes”, Mal-estar e Subjetividade, vol. X, n.o 4, Universidade de Fortaleza, diciembre de 2010, pp. 1147-1172; Chaves Cavalcante, Lília Iêda, et al., “Institucionalização precoce e prolongada de crianças: discutindo aspectos decisivos para o desenvolvimento”, Aletheia, n.o 25, Universidade Luterana do Brasil, junio de 2007, p.21. Ob. Cit. Internados. Las prácticas judiciales de institucionalización por protección de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Montevideo. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF Uruguay 2013 Fundación Justicia y Derecho. P. 17.

³⁰ *Ibíd.*

corresponde desarrollar el lado positivo de la institucionalización, el que se encuentra en el mismo motivo de su existencia conforme lo previsto por el artº 20 inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño cuyo texto dice: *“Los niños temporal o permanentemente privados de su medios familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezca en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”*. Ahora bien, lo que se desprende de este texto normativo es que si el ISN exige que éste no permanezca en el medio familiar por las diferentes circunstancias que antes he anotado, lo que dispone la norma en mención implícitamente es que estamos en la obligación de aplicar la excepción como una medida de protección, lo que en si constituye un aspecto positivo del internamiento o institucionalización del niño. Porque se aplicada como una medida de protección frente al hecho de que la familia o los familiares del niño no pueden brindarle un ambiente adecuado para su desarrollo.

Ahora bien, en la ejecución del trabajo de campo de la presente investigación vamos a confrontar nuestros resultados con lo que se ha dicho respecto a las consecuencias negativas de la institucionalización. Para ello de manera objetiva vamos a revisar casos de niños y niñas albergadas en CARS, e indagar el trabajo que se realiza con estos.

Finalmente, la aplicación de la institucionalización como medida de protección excepcional y la internación según la información recabada se debe entre otros a los siguientes motivos:

- a.** Encontrarse en situación de pobreza.

- b.** Haber sido víctima de violencia, maltrato, abuso, abuso sexual, explotación o trata.
- c.** Encontrarse en condiciones que son calificadas como de riesgo, abandono, rechazo familiar, orfandad parcial o total, o situación de calle.
- d.** El tratarse de niños migrantes irregulares, niños migrantes no acompañados o separados de sus familias.
- e.** Frente a casos de niños que han sufrido desastres naturales.
- f.** En el caso de conductas que vulneran derechos de terceros de niños o niñas.
- g.** Por tratarse de niñas, niños o adolescentes con conductas de abuso de drogas o que requieren urgente tratamiento médico, incluso psiquiátrico.
- h.** Así como casos en los que sus progenitores se encuentran privados de libertad, sufren padecimientos psiquiátricos u otras enfermedades que les imposibilitan cuidarlos.

En muchos casos, estas situaciones se dan en forma acumulativa y no excluyente. Por lo que es difícil determinar con precisión cuál ha sido la razón que ha motivado la internación. Asimismo, y tal como será analizado más adelante, pese a que las situaciones que motivan la internación en algunos casos son específicas, la institucionalización en tanto medida de protección, no suele funcionar como una respuesta adaptada a dichas situaciones.³¹

³¹ La situación de los niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe, Trabajo realizado por la UNICEF, septiembre 2013, p. 33.

En ese contexto, como no podría la institucionalización y el internamiento tener aporte positivo si se aplica mayormente frente a la circunstancia descrita en el acápite C. Es por ello que al iniciar dije que los motivos de su inserción en la CDN explican su aspecto positivo y los resultados positivos de su aplicación.

2.3.7 EL TEST DE PONDERACIÓN

Para tratar del test de ponderación o también llamado test de proporcionalidad, previamente vamos a desarrollar lo que debe entenderse por “**ponderación**”. Y es que este en un término que proviene del latín *pondos* que significa *peso*, dicho significado es de suma importancia, porque cuando un juez pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto, y poder así resolver la controversia suscitada.³²

Porque naturalmente en el derecho siempre van a existir colisiones entre normas o entre principios, debido a que el derecho como ciencia social está compuesto no solamente de normas, leyes o reglas, sino también de principios. Pero debemos precisar que un principio es una norma que contiene un mandato de optimización; y los mandatos no determinan lo que debe hacerse, sino que obligan a que ese algo sea en la mayor posibilidad realizado.

Del mismo modo, la ponderación aparece como la forma en que se aplican los principios. Es decir, como la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las

³² https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/90/Becarios_090.pdf.

circunstancias específicas, y por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso. (LEON FLORIAN).

Debemos entender que siempre un conflicto entre principios va a generar un problema, en tanto teniendo dos principios en contienda el juzgador no va a saber elegir cuál de ellos aplicar, por lo que tendrá que recurrir al test de ponderación o proporcionalidad para contrapesar el perjuicio y el beneficio. Empero, cabe anotar preliminar mente que para que éste test de ponderación se lleve a cabo, debe seguirse una estructura que detallare más adelante.

Por último, al abordar el test de ponderación o proporcionalidad no podemos dejar de hablar de Robert Alexy, quien afirma que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales y/o bienes colectivos presentan la estructura de principios, que caracteriza como mandatos de optimización, es decir, normas que requieren el máximo grado de realización en función de las posibilidades fácticas y jurídicas que contextualizan su ejercicio. (ALEXY, Robert, 2001).

Alexy señala que una norma de derecho fundamental, según su estructura, puede ser principio o regla. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces, hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no

es de grado, sino cualitativa.³³En ese entendido, las normas pueden ser cumplidas o no, pero los principios deben ser cumplidos en la medida posible, esto, se debe hacer todo lo posible para que un principio sea aplicado en un determinado caso concreto.

En el tema que nos ocupa, es necesario hablar de test de ponderación o proporcionalidad, dado que nuestro TC ha establecido principios que antes he desarrollado ampliamente, sin embargo a menudo existe colisión entre el principio del ISN y el derecho del niño a tener una familia. Sabemos que ambos son normas que contienen un mandato de optimización para ser aplicados en la máxima medida posible, pero desde mi punto de vista, no ambos tienen el mismo peso, por tanto, sometidos estos principios a un test de ponderación, naturalmente uno de ellos pesará más, y a mi criterio será el principio del ISN.

Ahora bien, seguramente surgirán objeciones sosteniendo que el test de ponderación se realiza únicamente frente a la colisión de dos derechos fundamentales, por ello en el próximo acápite esclareceré estas dudas.

2.3.7.1 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Nuestro Tribunal Constitucional ha definido al principio de proporcionalidad como un *principio general del Derecho* expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del Derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al acto

³³ *Ibíd.*, p. 255.

restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Así, el Tribunal encuentra que el fundamento de este principio proviene de la consideración de que se trata de un principio que “(...) se deriva de la cláusula del Estado de Derecho” que, a decir del Tribunal, exige concretas exigencias de justicia material que se proyectan a la actuación no solo del legislador, sino de todos los poderes públicos. (BURGA CORONEL, 2011).

Con ello queda claro que la aplicación del test de ponderación según lo preceptuado por el TC puede darse en cualquier ámbito del derecho, porque ahora el principio de proporcionalidad constituye un principio general del derecho, motivo por el cual no puede dejar de aplicarse.

Para el Tribunal, este principio está íntimamente vinculado al valor justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad, y que no sean arbitrarias;³⁴ constituyéndose de esta manera en un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación

³⁴ Caso Espinoza Soria. STC Exp. N° 01803-2004-AA/TC del 25 de agosto de 2004, f. j. 11. Ob. Cit. BURGA CORONEL; Angélica María, El test de ponderación o de proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, noviembre 2011, p.257.

de los poderes públicos, sobre todo cuando afectan el ejercicio de los derechos fundamentales. (IBIDEM, p. 257).

Como antes referí, no puede dejar de aplicarse este principio porque sencillamente está íntimamente vinculado con el valor justicia, es decir, no se estaría administrando justicia si en un caso concreto se asume criterios irracionales y arbitrarios al margen de este principio. Y como refiere la autora en el párrafo citado, el test de ponderación o principio de proporcionalidad constituye un parámetro para encaminar la actuación de los poderes públicos, en otros términos, para que su actuación no se aparte del marco constitucional.

En este sentido, se puede apreciar que nuestro Tribunal Constitucional ha recepcionado, al igual que muchos otros ordenamientos jurídicos, la técnica alemana de la ponderación o test de proporcionalidad de los derechos fundamentales y, en consecuencia, se puede afirmar que nuestro Tribunal ha aceptado la tesis que propugna la existencia de conflictos entre los derechos fundamentales, siendo necesario aplicar el test o principio de proporcionalidad a fin de determinar cuál es el derecho que predomina en cada caso concreto.³⁵

En tal sentido, opino que muy acertadamente nuestro TC asumió la técnica alemana del test de ponderación, porque sería fantasioso pensar que en tanto el derechos se creó para

³⁵ BURGA CORONEL; Angélica María, El test de ponderación o de proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, noviembre 2011, p.257.

regular la vida del ser humano en sociedad, nunca nos encontraríamos en una posición de confronta de derechos como resultado de un conflicto de intereses.

2.3.7.2 LA LEY DE PONDERACIÓN

Como antes indique, el test de ponderación o proporcionalidad en su realización cuenta con una estructura, la misma que fue denominada “Ley de Ponderación” por Alexy. (GARCIA AMADO, Ob. Cit.). Esta estructura descansa sobre la base de tres etapas bien definidas, que a decir de *Angélica María*³⁶ son las siguientes:

1. Definir y determinar el grado de no satisfacción de uno o alguno de los principios.
2. Definir y determinar el grado de importancia de la satisfacción del principio en un sentido contrario.
3. Definir y determinar el grado de importancia en la satisfacción del principio contrario y si ello justifica la no satisfacción o restricción del otro.

De ello podemos percatarnos que las tres fases descansan en lo que es la ponderación, es decir, el peso de los principios confrontados. Porque al optar por uno de ellos por su mayor peso frente al otro, vamos a dejar de satisfacer el otro, entonces debemos determinar la importancia de esa no satisfacción. Y finalmente debemos tener en cuenta si la satisfacción del principio prevalente justificada la no satisfacción del otro.

³⁶ BURGA CORONEL; Angélica María, El test de ponderación o de proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, noviembre 2011, p.256.

Por otro lado, el profesor Edwin Figueroa Gutarra clasifica estas tres etapas de la siguiente manera:

1. **El juicio de adecuación:** A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible y contar con un fin legítimo).

2. **El juicio de necesidad:** El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando, lo que se busca a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles la mejor que exista.

3. **El juicio de proporcionalidad:** A través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada. (FIGUEROA GUTARRA, 2009).

El autor hace un análisis respecto a las tres fases que sostienen la estructura llamada por Alexy ley de ponderación, pero sin variar el fondo del asunto, dado que únicamente utiliza diferentes términos. Porque en el juicio de adecuación sostiene que una vez que se esté realizando el test de ponderación debe tomarse en cuenta si la decisión tomada se

adecua al contenido de la constitución; en nuestro caso, a lo establecido por el artº 5 de la Carta Política vigente, porque precepto normativo prevé que el Estado le debe especial protección al niño.

Respecto al juicio de necesidad sostiene que necesariamente debe existir la necesidad de hacer prevalecer un principio por encima del otro, y que no haya una solución mejor que esta para dar solución al conflicto de derechos fundamentales. De allí surge la interrogante ¿Es necesario aplicar la permanencia excepcional de un niño albergando en una CAR cuando su familia o sus familiares no puedan brindarle un ambiente adecuado para su desarrollo?

Por ultimo tenemos al juicio de proporcionalidad, es decir, que cada decisión que se tome responde a una conveniencia constitucional; y como antes lo precise, el principio de proporcionalidad ha sido reconocido por el TC como un principio general del derecho, porque se puede aplicar en cualquier ámbito del derecho. Esto es, ya no solo tenemos que hablar si responde a una conveniencia constitucional en los que se refiere a derechos fundamentales, sino también a los principios que ha establecido el TC; y en el caso concreto, al principio del ISN. Dicho de otra forma, que la solución dada ante una colisión de principios responda a la conveniencia del principio de ISN.

Finalmente, nuestro máximo intérprete de la Constitución en la sentencia recaída en el EXP.N. ° 579-2008-PA/TC ha establecido en lo concernientes a la aplicación del test de proporcional lo siguiente:

“Tal como lo ha establecido este Colegiado, el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.”³⁷ (La negrita me pertenece).

Como es de advertirse, el TC reconoce al test de proporcionalidad o ponderación como un principio, y consecuentemente sostiene que este principio a su vez incluye tres sub -

³⁷ EXP. N° 579-2008-PA/TCLAMBAYEQUE. CÉSAR AUGUSTOBECERRA LEIVA, fundamento 25.

principios; que deben ser tomados en cuenta en la máxima medida posible dentro de la posibilidad jurídica y fáctica para hacer un test de ponderación que convenga con el contenido de la constitución u otros principios en tanto principio general del derecho. Asimismo, cabe precisar que la ley de la ponderación según sostiene el TC se realiza en la tercera fase, porque las dos primeras fases sirven para preparar en terreno para la aplicación del test de ponderación adecuadamente, esto es, no se puede aplicar la ley de la ponderación que no se ejecutan las dos primeras fases.

Antes de terminar este acápite no podemos dejar de mencionar que hay quienes critican la teoría conflictivista cuya materialización en la aplicación del test de ponderación argumentando que por el principio de unidad de la Constitución en el cual todos los derechos reconocidos y recogidos por este cuerpo normativo se encuentran en un plano igual, lo que les da motivo a concluir que no podríamos decir que un derecho puede prevalecer sobre otro; argumento que definitivamente no tiene cabida en un contexto real, ya que por nuestra naturaleza como seres humanos siempre vamos a tender a imponer nuestros intereses, por lo que en la actualidad el test de ponderación viene sirviendo de gran ayuda para dar solución a conflicto de interés que aparentemente merecen igual tutela.

2.3.8 EL INSTITUTO NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR (INABIF)

Dado que muchos Centros de Atención Residencial pertenecen al INABIF corresponde entonces desarrollar muy brevemente lo concerniente al Instituto aludido en cuanto a su origen, naturaleza y objetivos.

Los orígenes del INABIF se remontan a la primera mitad del siglo pasado, con la Fundación de la “Unión de Obras de Asistencia Social” en 1939, la creación del Centro “Santa Rosa de Lima” en 1950 y posteriormente de la Junta de Asistencia Nacional (JAN) en 1962, que sirvió de base para la formación, el año 1975, del Instituto Nacional de Promoción Familiar (INAPROMEF), institución que en 1982 se transformó en el Instituto Nacional de Bienestar Familiar (INABIF) como organismo descentralizado del Ministerio de Justicia.

En 1991 INABIF pasa en calidad de organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) y en 1992 es transferido al Ministerio de la Presidencia, dependiendo directamente del viceministro de Desarrollo Social.

A través del Decreto Legislativo N° 830, Ley del Instituto Nacional de Bienestar Familiar, de fecha 12 de julio de 1996, se fijan las políticas, objetivos y metas institucionales y a partir de la promulgación de la Ley 26918, se constituyó como el órgano rector del sistema nacional para la población en riesgo, con la finalidad de dirigir las actividades del Estado y convocar a la comunidad en general para la promoción, atención y apoyo a niños, adolescentes, en situación de riesgo y abandono o con problemas psicosociales o corporales que menoscaben su desarrollo humano.

En 1996, con la creación del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH), se incorporó al INABIF en su estructura orgánica, como un organismo público descentralizado y en 1998, se le adiciona la función de órgano rector del Sistema Nacional para el Desarrollo de la Población en Riesgo.

El año 2002 se creó el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social – MIMDES, disponiéndose la adscripción del INABIF al Viceministerio de la Mujer, en calidad de organismo público descentralizado.

A partir del año 2003 al decretarse la fusión por absorción –entre otros– del INABIF al MIMDES, se inicia un proceso de integración articulación de los planes de trabajo institucional del INABIF con los lineamientos y políticas sociales contempladas en los planes nacionales emitidos por el MIMDES en su condición de órgano rector.

La culminación, el año 2007, del proceso de fusión por absorción, de los organismos públicos descentralizados COOPOP, INABIF, PAR, PRONAA y FONCODES, en el MIMDES y el proceso de reestructuración y reorganización sectorial, derivó en que el INABIF se convierte en un Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar a cargo del despacho viceministerial de la Mujer y se le adicionan las funciones de promoción del voluntariado y la competencia para conocer el Procedimiento de Investigación Tutelar.

El año 2006 se decretó que corresponde a la Dirección de Familia y Comunidad del MIMDES las funciones normativas y rectoras del control, supervisión y evaluación del funcionamiento del Sistema para la Población en Riesgo del INABIF; mientras que corresponden a éste, a través de su Unidad Gerencial para el Desarrollo de la Población en Riesgo, las funciones operativas en relación al referido sistema.

El año 2007 fueron escindidas del INABIF la Unidad Gerencial de Desarrollo Integral de la Familia y Promoción del Voluntariado (UGDIFPV) la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar, las que fueron incorporadas a distintas unidades del MIMDES, pero estas medidas fueron revocadas el año 2008.

Actualmente el INABIF tiene como misión principal promover la adquisición de capacidades que permita a niñas, niños, adolescentes, jóvenes, adultos y adultos mayores, en condiciones de pobreza extrema y riesgo social, un empoderamiento que los oriente hacia un desarrollo integral, la autonomía la integración familiar y la generación de ingresos, en el ámbito nacional. (Reglamento de Organización y funciones del INABIF).

El Instituto Nacional de Bienestar Familiar como organismo público descentralizado del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables–MIMP, rector del Sistema Nacional para la Población en Riesgo, tiene la misión de desarrollar servicios de promoción, protección y asistencia social a niños, niñas y adolescentes en riesgo o abandono moral y material, con el propósito de lograr su desarrollo integral y su integración familiar y social.

En ese sentido brinda atención integral, en un ambiente protegido que favorezca un adecuado desarrollo personal y social a los niños y adolescentes en abandono mediante el Programa de Hogares de la Gerencia de Protección Integral.

El abordaje técnico de la problemática se realiza en concordancia con el Documento denominado “Metodología de Intervención por Perfiles Psicosociales”, el mismo que

busca la reinserción familiar y/o social de los albergados a través de su formación como persona y la intervención con las familias existentes.³⁸

2.3.8.1 OBJETIVOS DEL INSTITUTO NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR (INABIF)

El INABIF es un programa del actual Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables–MIMP, que tiene a su cargo la promoción atención y apoyo a niños, niñas, adolescentes, jóvenes, mujeres, adultos, adultos mayores y en general a toda persona en situación de riesgo y abandono o con problemas psicosociales o corporales que menoscaben su desarrollo humano, a fin de alcanzar su bienestar y desarrollo personal, fortaleciendo y desarrollando sus capacidades para convertirlos en personas útiles a la sociedad, comunidad y familia en particular.

Un objetivo central del INABIF es desarrollar y fortalecer acciones que faciliten la reinserción de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes que se encuentren en abandono y riesgo social, a su familia, la escuela y la sociedad.³⁹

En la ciudad de Cusco gran parte de los CARS pertenecen al INABIF, siendo las excepciones aquellos que pertenecen a la Beneficencia Pública o simplemente son Asociaciones Civiles sin fines de lucro como es el caso del CAR Elim – Cusco, denominado Iglesia Cristiana Elim, cuyo objetivo además de los ya indicados como

³⁸ *Ibíd*em, p. 52, 53 y 54.

³⁹ *Ibíd*em, p. 55.

objetivos del INABIF es, el apoyo y desarrollo espiritual de los niños y adolescentes albergados en dicho CAR.

2.3.9 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Respecto a los antecedentes del principio del interés superior del niño y demás principios rectores del Derecho del Niño y Adolescente, debemos remontarnos a la Convención Internacional de los Derechos del Niño que fue adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en tanto es mediante este instrumento normativo internacional que se acoge la doctrina de la protección integral dejando relegada a la anterior doctrina que predominó durante casi todo el siglo XIX. Debido a ello no encontramos antecedentes lejanos, ya que como se sabe, con la antigua doctrina de la situación irregular, el niño y el adolescente eran considerados como objeto de derechos bajo la denominación de menor y no así como sujeto de derechos y como ahora se los denomina “niño, niña y adolescente; por lo que no gozaban de los derechos humanos que la nueva doctrina les reconoce.

A demás de ello, encontramos otros antecedentes en los referidos por Lora Laura N.⁴⁰ quien manifiesta: “*La CIDN; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes privados de Libertad; las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad) son los*

⁴⁰ Discurso jurídico sobre el Interés Superior del Niño. En: Avances de Investigación en Derecho y ciencias Sociales, X jornadas de investigadores y becarios. Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2006, pp. 479- 488.

instrumentos jurídicos que construyen la llamada doctrina de las Naciones Unidas de Protección de la Infancia.

También encontramos otro antecedente de la protección de la infancia en la Constitución Política de 1933, cuyo artículo 52 decía al texto: *“Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. El Estado defiende el derecho del niño a la vida del hogar, a la educación, a la orientación vocacional, y a la amplia asistencia cuando se halle en situación de abandono, de enfermedad o de desgracia. El Estado encomendará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo a organismos técnicos adecuados”*.

Lo mismo recoge la Constitución de 1979 en su artº 8: *“El niño, el adolescente y el anciano, son protegidos por el Estado ante el estado de abandono económico, corporal o moral”*.

Por último respecto a nuestras constituciones, tenemos nuestra carta vigente que en su artº 4 establece: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. Cabe recalcar que esta constitución fue dada ya con la nueva doctrina en vigor, tras haberse dado la Convención Internacional de los derechos del Niño; por lo que acota la palabra “especialmente”*.

Sin embargo, los principales antecedentes del Interés Superior del Niño a nivel internacional fueron la Declaración de Ginebra de 1924 siendo éste el primer instrumento normativo internacional que trató sobre la infancia y, la Declaración de Derechos del Niño de 1959 que bien sea el segundo cuerpo normativo en el que se busca dotarles de

derechos a los niños y adolescentes que hasta ese momento únicamente era considerados como objetos de derecho. La Declaración Universal de los Derechos del Niño se aprobó en 1959. Este texto primigenio, que reunía 10 artículos, no implicaba ninguna responsabilidad jurídica para los estados que lo habían ratificado. En 1989 se estableció otro texto, la Convención de los Derechos del Niño, con más implicaciones para los gobiernos.

Antes de que se estableciese la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, se aprobó un texto en 1959 que protegía por primera vez a los niños. Esta declaración, que fue aprobada por 78 estados de la Asamblea General de la ONU, establecía que los niños, por su condición de menores y su falta de madurez física y mental, necesitaban una protección especial frente a posibles abusos, como la explotación, la desnutrición u otras posibles negligencias.⁴¹

La aludida Declaración de los derechos del Niño de 1959 contaba únicamente con 10 principios, siendo estos:

1. Todos los niños tienen derechos

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

⁴¹ <http://www.elbebe.com/ninos/10-principios-declaracion-universal-derechos-del-nino>.

2. Defender el interés superior del niño

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

3. Derecho a la vida de todos los niños

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

4. Derecho a la salud de los niños

El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y a desarrollarse en buena salud. Con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

5. Derecho a unos cuidados especiales

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

6. Derecho al cariño y amor de los padres

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

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

7. Derecho a la educación

El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación. Dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

8. Derecho a la protección de los niños

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

9. Derecho a la protección contra los malos tratos

El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una

edad mínima adecuada. En ningún caso se le permitirá que se dedique a empleo alguno que pueda perjudicar su salud o educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

10. Derecho a la no discriminación

El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.⁴²

En esa línea, el año 1989 se aprueba en las Naciones Unidas la Convención sobre los Derechos del Niño, que recoge la nueva doctrina de la Protección Integral del Niño, hasta ése año había regido en el mundo la doctrina de la situación irregular.

Antes de la Convención a nivel internacional sólo habían declaraciones que no obligaban jurídicamente a los Estados, como por ejemplo la Declaración de Ginebra de 1924 que es la primera norma internacional sobre la infancia que surgió a raíz de las miles de muertes de niños producto de la primera guerra mundial y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 segundo instrumento internacional que buscó también que los niños tuvieran derechos, que primase el interés superior del niño, que sea protegido, etc.

⁴² Declaración de los Derechos del Niño de 1959 aprobada por la asamblea general de la ONU.

Estas dos declaraciones tenían aportes muy buenos, por ejemplo el art. 2 de la Declaración de 1924 dice que el niño abandonado debe ser recogido y ayudado, el art. 3 establece que en caso de calamidad el niño debe ser socorrido primero; y la Declaración de 1959 señala en dos artículos: segundo y séptimo el principio del interés superior del niño como criterio al legislar y en la educación respectivamente, el artículo noveno dice que el niño debe ser protegido contra el abandono, crueldad y explotación. Estas dos normas sirvieron por lo menos como referentes internacionales para proteger en algo a los niños.

El Perú ratifica la Convención el año 1990 mediante Resolución Legislativa N° 25278 de fecha 3 de agosto de 1990, y pasa esta norma internacional a ser obligatoria en nuestro país con rango supraconstitucional. Pero era necesario adaptar nuestra legislación interna a los nuevos principios y postulados que trae la Convención pues el Código de Menores de 1962 consagró la doctrina de la situación irregular.⁴³

2.3.10 CÓDIGOS REFERIDOS A LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DADOS EN EL PERÚ DESPUÉS DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

1° En 1992, se dio el Decreto Ley N° 26102 Nuevo Código de los Niños y Adolescentes que deroga el Código de Menores de 1962 (aprobado por Ley N° 13968 y promulgado el 2 de mayo de 1962).

⁴³ Ibídem, p. 36.

2º Ley N° 26518 del 4 de agosto de 1995 que regula el Sistema de Atención Integral al Niño y Adolescente que ya sancionó el Código de los Niños y adolescentes de 1992, que es modificada luego por leyes N° 26596 y N° 26621.

3º El 8 de abril de 1999 se promulga el Texto Único Ordenado del Código de los Niños y Adolescentes, D.S. N° 004-99-JUS.

4º 7 de agosto del año 2000 se promulga un nuevo Código de los Niños y Adolescentes ley N° 27337.

5º El 22 de diciembre del 2007 se promulga la Ley N° 29174 que crea los Centros de Atención Residencial de Niños Y su reglamento es el D.S. N° 008-2009-MIMDES, norma que regula el funcionamiento de dichos centros.⁴⁴

2.3.11 DEFINICIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Siendo materia del presente estudio el derecho de los niños y adolescentes, en tanto sujetos de derecho conforme se ha establecido en la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la ONU –Organización de las Naciones Unidas- en 1959 y, la CDN de 1989, cuyo contenido de esta última fue recogido por nuestra Carta Política vigente y nuestro primer CNA; es preciso definir lo que debe entenderse por DNA por cuanto constituye la especie del genero Derecho de

⁴⁴ Ibídem, .p 51.

Familia para lo cual definiremos lo que es el derecho de familia y el Derecho del Niño y Adolescentes.

a) Derecho de familia

Respecto a su definición existen dos acepciones:

Objetiva: Que alude a un conjunto de normas jurídicas que regulan la institución familiar y,

Subjetiva: Que se refiere a una sucesión de poderes o facultades de carácter jurídico que pertenecen exclusivamente a la familia. (MENDOZA DELGADO, 2013).

En conclusión diremos que el derecho de familia es: el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros⁴⁵.

Justo Bellucio dice: El derecho de familia es el conjunto normas jurídicas que regulan las relaciones familiares.⁴⁶

b) Derecho del niño y adolescente

Respecto a su definición también existe dos posiciones según Fermín Chunga Lamónja:

Una considera que las normas jurídicas que lo constituyen abarca toda la vida del menor desde la concepción, tras su nacimiento hasta alcanzar su plena capacidad de ejercicio, confundiendo así como parte del derecho de familia.

⁴⁵ https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_de_familia.

⁴⁶ *Ibíd*em p. 25.

La otra marca distancia con el derecho de familia, y considerando el derecho de menores autónomo señala, que siendo eminentemente tuitivo sus normas jurídicas se refieren a los menores es circunstancias específicamente difíciles, la obligación del Estado -Gobierno y población- a hacer efectivos los derecho y libertades que les corresponden. (CHUNGA LAMONJA, Ob. Cit., 2014).

En conclusión se puede decir que el derecho de menores –Derecho del Niño y Adolescente- es un derecho singular eminentemente tuitivo que regula las normas jurídicas relativas al reconocimiento de los derecho y libertades de los menores en circunstancias específicamente difíciles permitiéndoles un tratamiento adecuado con fines de readaptación, rehabilitación y prevención con intervención afectiva y eficaz del Estado y la comunidad⁴⁷.

2.3.12 EL ANTEPROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DEL MES DE JUNIO DE 2011

Para el tema de investigación que nos ocupa, es necesario hacer mención al anteproyecto del nuevo código del niño y adolescente, ya que desde el año 2011 se ha propuesto que nuestro vigente CNA del año 2000 sería derogado por el nuevo que entraría en vigente, empero hasta la fecha no se realizó dicha derogatoria. Pero, es menester citar el artº VII de dicho anteproyecto por estar este referido al Interés Superior del Niño de cuyo texto se desprende: Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente la satisfacción, integral, simultánea y armónica de sus derechos.

⁴⁷ Ibídem, p. 23.

Cuando existan conflictos entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes y otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

En toda medida concerniente al niño, niña y 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 y de los padres o responsables, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.⁴⁸

Como se advierte, han sido incorporados el párrafo 1 y 2, permaneciendo en el tercer párrafo los que prescribe nuestro actual CNA en su art° IX de su T.P respecto al interés superior del niño.

Asimismo, el art° 10 del referido anteproyecto señala respecto al derecho del niño a vivir en una familia: El niño, la niña y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.

El niño, la niña y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado.

El niño, la niña y el adolescente no pueden ser separados de su familia sino por circunstancias especiales establecidas por la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos.⁴⁹

⁴⁸ Art° VII del T.P del Anteproyecto del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, Lima, Junio de 2011.

⁴⁹ *Ibíd*em, art° 10.

Como podemos advertir, los artículos citados contiene agregados que el vigente CNA no regula, p. ej.; el citado artº VII establece lo debemos entender por ISN y lo que se debe hacer ante la presencia de un eventual conflicto de intereses; nociones que fueron extraídas de la Convención sobre los Derechos del Niño. Lo mismo ocurre con el aludido artº 10 en su tercer párrafo refiere que el niño no puede ser separado de su familia, sino por circunstancias especial y con la finalidad de proteger el ISN, regulación que la CDN ya estipulaba.

2.3.13 POLÍTICAS Y PROGRAMAS DE ATENCIÓN INTEGRAL AL NIÑO Y ADOLESCENTE

El artº 32 del vigente Código de los Niños y Adolescentes establece que: La política de promoción, protección y atención al niño y al adolescente es el conjunto de orientaciones y directrices de carácter público, dictadas por el PROMUDEH, cuyo objetivo superior es garantizar sus derechos consagrados en la normatividad.

Nótese que según establece nuestro CNA en rigor, el encargado de dictar estas políticas de protección al niño y adolescente es el PROMUDEH, que posteriormente paso a ser el MINDES, y ahora Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (en adelante MIMP) conforme se anotó precedentemente; sector que ha creado la Dirección de Investigación Tutelar, y que ésta a su vez se ha descentralizado creándose Unidades de Investigación Tutelar en diferentes ciudades de nuestro país. Por tanto, actualmente quien ejecuta estas políticas es el MIMP.

Todos estos programas a desarrollar están contenidos en el artº 33 del ordenamiento legal aludido cuyo texto dice a la letra: La política de atención al niño y al adolescente estará orientada a desarrollar:

- a) Programas de prevención que garanticen condiciones de vida adecuadas;
- b) Programas de promoción que motiven su participación y la de su familia y que permitan desarrollar sus potencialidades;
- c) Programas de protección que aseguren la atención oportuna cuando enfrentan situaciones de riesgo.
- d) Programas de asistencia para atender sus necesidades cuando se encuentren en circunstancias especialmente difíciles.
- e) Programas de rehabilitación que permitan su recuperación física y mental y que ofrezcan atención especializada.

De ello podemos advertir que los tres últimos literales conciernen al presente tema de investigación. Pero, los más importantes que podemos recoger para sustentar nuestra hipótesis es lo previsto en el artº 32 antes citado, dado que da cuenta del objetivo superior de estas políticas y programas de protección, el mismo que consistente en garantizar los derechos de los niños y adolescentes consagrados en la normativa, esto es, en la CDN, el CNA, la Constitución Política del Estado y otros instrumentos normativos nacionales e internacionales. Por ello, ante todo, debemos optar siempre por el interés superior de niño que en su noción de derecho continente contiene a los demás derechos reconocidos a los

niños y adolescentes, por cuanto hablamos propiamente de los derechos humanos relativos a la etapa de la infancia y adolescencia.

2.4 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

Para la mejor comprensión del lector que vaya a leer el presente trabajo, conviene definir algunos términos jurídicos que frecuentemente serán utilizados en el desarrollo de la presente investigación.

Principio:

En materia legal, tomamos la tercera, séptima y undécima acepción del diccionario de la real Academia española o sea: a) base, fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia; b) cualquiera de las primeras proposiciones o verdades por donde se empiezan a estudiar las facultades, y son los rudimentos y como fundamentos de ellas; c) norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales.

Rector:

Que rige o gobierna.⁵⁰

Institucionalizar:

⁵⁰ <http://www.rae.es/>

Sumisión de un individuo al régimen de vida de una institución como el orfanato, el servicio militar, el asilo, la cárcel o el manicomio; donde vive internado durante un largo periodo, hasta hacerse dependiente de ella.

Ponderación:

Contrapesar, equilibrar.

Colisionar:

Dicho de dos o más vehículos: Chocar con violencia. Dicho de dos personas o de dos cosas: Estar en desacuerdo, ser contrarias.

Vulnerar:

Transgredir, quebrantar, violar una ley o precepto.

Niñez:

Período de la vida humana desde el nacimiento hasta la adolescencia. En materia penal, dicho período implica inimputabilidad por falta de discernimiento; y en materia civil, total incapacidad para obrar. Edad o período de la vida humana que comprende desde el nacimiento hasta los siete años, época en que comienza el uso de razón.

Niño:

Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.⁵¹

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.⁵²

Adolescencia:

Período de la vida humana que sigue a la niñez y precede a la juventud. Según el Art. I del T.P del CNA, desde los doce años hasta cumplir los 18 de edad.

Centro de Atención Residencial:

Es el espacio físico administrado por una institución pública, privada, mixta o comunal donde viven niñas, niños y adolescentes en situación de abandono o riesgo, brindándoles la protección y atención integral que requieren de acuerdo con su particular situación, en un ambiente de buen trato y seguridad, con el objetivo principal de propiciar su reinserción familiar o social, o bien, promover su adopción.

Derecho:

Es el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad inspirada en postulados de justicia y certeza jurídica, cuya base son las relaciones sociales que determinan su contenido y carácter en un lugar y momento dados.

⁵¹ Artº 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁵² Artº I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337).

Reinserción familiar:

En la reinserción familiar interviene el gobierno para encontrar y trabajar con las familias de los niños internados en instituciones públicas o privadas, con el fin de establecer una situación favorable en la que los niños puedan volver a vivir con los padres o miembros de la familia. La reinserción familiar es una parte importante del cumplimiento de los derechos humanos del niño; les da la oportunidad de desarrollarse en la forma más saludable posible y ser participantes activos en sus procesos judiciales.

UIT:

Unidad de Investigación Tutelar.

Equipo Multidisciplinario:

Es el equipo técnico conformado por: trabajador social, psicólogo y educador, que garanticen un trabajo interdisciplinario, de acuerdo con el perfil y número de residentes.

Albergar:

Dar albergue u hospedaje.

Egresar:

Ser dado de alta de un establecimiento sanitario.

Felicidad:

Estado de grata satisfacción espiritual y física.

Amor:

Sentimiento intenso del ser humano que, partiendo de su propia insuficiencia, necesita y busca el encuentro y unión con otro ser.

Comprensión:

Actitud comprensiva o tolerante.

Estable:

Que se mantiene sin peligro de cambiar, caer o desaparecer.

Bienestar:

Estado de la persona en el que se le hace sensible el buen funcionamiento de su actividad somática y psíquica. Conjunto de las cosas necesarias para vivir bien.

Daño:

Daño es el efecto de dañar. El término proviene del latín *damnum* y esta vincula al verbo que se refiere a causar perjuicios, menoscabo, molestia o dolor.⁵³

Desarrollar:

Aumentar o reforzar algo de orden físico, intelectual o moral.

Integridad:

⁵³ <http://definicion.de/dano/>

Integridad deriva del adjetivo *integer*, que significa intacto, entero, no tocado o no alcanzado por un mal. Observando las raíces de este adjetivo, este se compone del vocablo *in-*, que significa no, y otro término de la misma raíz del verbo *tangere*, que significa tocar o alcanzar, por lo tanto, la integridad es la pureza original y sin contacto o contaminación con un mal o un daño, ya sea físico o moral.⁵⁴

Salud:

La salud es la condición de todo ser vivo que goza de un absoluto bienestar tanto a nivel físico como a nivel social. Es decir, el concepto de salud no sólo da cuenta de la no aparición de enfermedades o afecciones sino que va más allá de eso⁵⁵.

⁵⁴ <http://www.significados.com/>

⁵⁵ <http://definicion.de/salud/>. Organización Mundial de la Salud.

CAPÍTULO III

1. PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

1.1 ANÁLISIS DE TABLAS Y GRÁFICOS

En las tablas que a continuación se plasman en el presente trabajo, vamos a observar que las respuestas de las personas entrevistadas respaldan nuestra hipótesis y, por ende, responden al objetivo general y a los objetivos específicos formulados en esta investigación. Sin embargo, debo indicar que las entrevistas hechas a las personas que conforman el equipo multidisciplinario de los Hogares Elim difieren de las preguntas efectuadas a los dos magistrados de los Juzgados de Familia de Cusco, en tanto ello responde a su calidad y formación académica de estos dos últimos.

Cuadro N° 1, categoría de estudio 1: Principios rectores del derecho del niño y adolescente.

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 01817-2009 ha establecido los principios rectores del derecho del niño y adolescente, estos son: 1) el principio de protección especial del niño, 2) el principio del interés superior del niño, 3) el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, 4) el derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y; 5) el derecho al desarrollo armónico e integral.

Categoría estudio	Pregunta	Escala	Fuente	%
Categoría de estudio 1: Principios rectores del Derecho del Niño y Adolescente.	¿Cuál de estos principios cree usted que cobra mayor importancia o cree usted que están en un mismo grado de importancia?	Todos tienen la misma importancia		0.0
		El principio “x” tiene mayor importancia.		0.0
		El principio del interés superior del niño.	2	100 %
		TOTAL		100%

Fuente: Elaboración propia.

Interpretación

Ante la pregunta formulada de la primera categoría de estudio, los dos magistrados encuestados respondieron que es el principio del interés superior del niño el que cobra mayor importancia dentro de esta gama de principios rectores, constituyendo los entrevistados el cien por ciento, en vista de que esta pregunta por el tecnicismo que importa sólo se les formulo a los jueces y no a los otros entrevistados que conforman la muestra.

Cuadro N° 2, categoría de estudio 2: Ponderación de principios

Categoría de estudio	Pregunta	Escala	Fuente	%
Categoría de estudio 2: Ponderación de principios	¿Usted cree que deberíamos aplicar un test o juicio de ponderación en caso de encontrarnos ante una colisión entre estos principios?	En desacuerdo		0.0
		Indiferente		0.0
		De acuerdo	2	100 %
		TOTAL		100%

Fuente: Elaboración propia.

Interpretación

Los jueces de familia entrevistados respondieron que efectivamente debe hacerse una ponderación entre estos principios, porque si bien es cierto, el niño y adolescente tiene el derecho de vivir con su familia y no ser separado de ella, sin embargo debe analizarse cada caso en concreto. De manera que constituyen el ciento por ciento las respuestas que

emitieron los entrevistados, por cuanto señalaron estar de acuerdo en que debe aplicarse un test o juicio de ponderación frente a la colisión de estos.

Cuadro N° 3, categoría de estudio 3: El interés superior del niño

Categoría de estudio	Pregunta	Escala	Fuente	%
Categoría de estudio 3: El interés superior del niño.	¿Cree usted que la permanencia excepcional de los niños y adolescentes en los centros de atención residencial, constituiría una herramienta para velar por el interés superior del niño en caso se verifique que los padres del niño no han logrado establecer un ambiente familiar adecuado para el desarrollo del niño?	En desacuerdo		0.0
		Indiferente		0.0
		De acuerdo	2	100 %
		TOTAL		100%

Fuente: Elaboración propia.

Interpretación

Constituye el ciento por ciento la respuesta afirmativa de los jueces entrevistados ante la interrogante de; si la permanencia excepcional de los niños albergados en un CAR se erige en una medida adecuada o herramienta adecuada para velar por el interés superior del niño.

Cuadro N° 4, categoría de estudio 4: La institucionalización

Categoría de estudio	Pregunta	Escala	Fuente	%
Categoría de estudio 4: La institucionalización	¿Cuál es su opinión respecto a la institucionalización?	En desacuerdo	2	25%
		De acuerdo	0	0.0
		Se debe aplicar siempre en cuando contribuya al interés superior del niño	6	75 %
		TOTAL		100%

Fuente: Elaboración Propia.

Interpretación

De las ocho personas entrevistadas entre jueces y personal profesional que labora en el CAR Elim, dos de ellas manifestaron estar en desacuerdo con la institucionalización y seis de ellas incluyendo los jueces entrevistados sostuvieron que institucionalizar a los niños o adolescentes que están albergados en un Centro de Atención Residencial siempre y cuándo contribuya a velar por el interés superior del niño, porque como ya se ha manifestado, el principio del interés superior del niño cobra mayor importancia entre la gama de principios que nuestro Tribunal Constitucional ha establecido. Por tanto, nos encontramos ante un 25% que está en desacuerdo con la institucionalización y un 75% que manifiesta estar de acuerdo siempre que se den las circunstancias referidas.

Cuadro N° 5, resultados obtenidos mediante la técnica de observación en el trabajo de campo, aplicada a los 6 menores que conforman la muestra. (Fuente: Elaboración propia).

TÉCNICA:	REALIDAD A CONSTATAR	EMOCIONES Y COMPORTAMIENTOS MOSTRADOS	FUENTE	%
OBSERVACION: Para verificar y constatar el desenvolvimiento y desarrollo de los niños y niñas albergados en el CAR Elim – Cusco, así como comprobar la posible afectación a su desarrollo normal debido a su institucionalización.	1.- El desenvolvimiento e interacción de los niñas y niñas resididos en el CAR Elim, y la posible afectación a su desarrollo normal debido a su institucionalización.	1.- Se aísla de los demás niños.	0	
		2.- Es poco expresivo y se le nota retraído.	0	
		3.- Se integra a los demás niños albergados e interactúa con normalidad.	6	100%

Interpretación

De los 3 niños y 3 niñas quienes fueron observados por el investigador en cuanto a su desenvolvimiento e interacción dentro del CAR Elim, se verificó que ninguno de estos asumía conductas de aislamiento o de retracción, sino más bien se pudo comprobar que su aparente desarrollo normal en torno a su interacción con los demás menores; y, además se pudo verificar su integración hacia el grupo. De manera que no se pudo constatar ninguna consecuencia negativa que haga presumir que es producto de su institucionalización, dado que se trabajó con niños, niñas y adolescentes institucionalizados.

Cuadro N° 6, resultados obtenidos mediante la técnica de análisis en el trabajo de campo, aplicada a los expedientes de los 6 menores que conforman la muestra. (Fuente: Elaboración Propia).

TÉCNICA:	CIRCUNSTANCIAS QUE MOTIVARON SU ALBERGAMIENTO	FUENTE	%
ANÁLISIS: Para tomar conocimiento las circunstancias que motivaron el internamiento del niño o niña en el CAR-Elim.	1.- Fue objeto de maltrato por quien están obligados a protegerlo o permitir que otros lo hicieran. (CNA. Art. 248 literal “c”. O, haber sido pasible de delito conforme al art. 75 liberal “h” del CNA.	2	33.3%
	2.- Fue en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por arte de sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia. (CNA. Art. 248 literal “g”).	0	
	3.- Fue encontrado en total desamparo. (CNA. Art. 248 literal “i”).	4	66.7%

Interpretación

De los seis niños sobre cuyos expedientes se practicó la técnica del análisis, se pudo verificar que 2 de ellos fueron internados en el CAR Elim por haber sido víctima de delito perpetrado por uno de sus progenitores o ambos, y el motivo que originó el albergamiento de los otros 4 niños fue el desamparo total por parte de sus progenitores. De ello se puede advertir que el motivo más recurrente que origina el albergamiento de los niños, niñas y adolescentes en los Centros de Atención Residencial Elim es el desamparo total (abandono moral y material), siendo la segunda causa más recurrente la de ser víctima de ilícitos penales cometido por sus propios progenitores.

1.2 DISCUSIÓN DE RESULTADOS

En la presente investigación se logró entrevistar a 8 profesionales, de los cuales 5 integran el equipo multidisciplinario del CAR Elim-Cusco, así como también se entrevistó a la asistente social de la Unidad y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía Penal de la Provincia de Calca y a dos Jueces de Familia de Cusco. Las respuestas efectuadas por los entrevistados están contenidas en las fichas de entrevista individuales, así como los demás datos recabados mediante la aplicación de la técnica de la observación como la técnica del análisis documental que están contenidas en su instrumento respectivo, los mismos que serán anexados al presente trabajo de investigación; empero, los Magistrados entrevistados respondieron a las interrogantes formuladas de la siguiente manera:

El doctor **Edwin Romel Béjar Rojas**, juez del Tercer Juzgado de Familia de Cusco, respondió ante la pregunta:

El TC en la sentencia recaída en el expediente N° 01817-2009 ha establecido los principios rectores del derecho del niño y adolescente, estos son: 1) el principio de protección especial del niño, 2) el principio del interés superior del niño, 3) el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, 4) el derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y; 5) el derecho al desarrollo armónico e integral.

Pregunta N° 1; ¿Cuál de estos principios cree usted que cobra mayor importancia o cree usted que están en un mismo grado de importancia?

El doctor Edwin sostuvo: En esa sentencia el Tribunal Constitucional lo que hace es hacer un desarrollo de los derechos de niño, pero debemos tener en cuenta que esto viene a colación de lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre todo yo creo que tiene importancia como ya lo ha señalado la Convención: el derecho del niño a ser escuchado, el derecho del niño a vivir sin discriminación, el derecho del niño a vivir con su familia, y si es que esta no reúne las condiciones adecuadas, vivir con otra familia sustituta y cuarto el interés superior del niño. Estos son los principios que deben regir para el adecuado desarrollo del niño. Los otros principios a los que hiciste mención, son creo correlación de estos.

Pregunta N° 2: ¿Usted cree que deberíamos aplicar un test de ponderación en caso de encontrarnos ante una colisión entre estos principios?; ejemplo: el derecho a

tener una familia y no ser separado de ella vs el derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

El mismo magistrado responde: Yo creo que no hay colisión entre estos principios, lo que creo es que hay que interpretarlos en lo que sea más favorable para el niño en un momento concreto. Lo que se tiene que hacer es que después de una investigación tutelar se evalúe si los padres están en la condición para tener al niño o no, y no solo los padres, sino también la familia extensa, porque se respeta el derecho del niño a tener una familia. Y ya la misma Convención hace mención que en aquellos casos que no es posible que la familia se haga cargo, el Estado que a través de una familia sustituta debe hacerse cargo, entonces se respeta también el derecho a la familia. Porque es el derecho del niño de vivir en una familia libre de violencia, de no ser maltratado; la interpretación de un artículo del Código de los Niños y Adolescentes establece ello, por ir más allá, de la propia Convención que también recoge este principio, no debe ser interpretada aisladamente, tiene que ser interpretada conforme a los otros artículos que dicen que el niño no puede ser maltratado, ser víctima de violencia, entonces son estos aspectos que se debe ponderar o priorizar.

Pregunta N° 3: ¿Cree usted que la permanencia excepcional de los niños y adolescentes en los centros de atención residencial, constituiría una medida apropiada para velar por el interés superior del niño en caso se verifique que los padres del niño no han logrado establecer un ambiente familiar adecuado para el desarrollo del niño?

El magistrado entrevistado responde: Efectivamente, pero lo que no existe en la norma es una correlación respecto a la sanción que debería dárseles a los padres por no brindar una atención y cuidado adecuados a sus hijos. Y lo que deberían hacer los equipos multidisciplinarios es un trabajo real de reinserción con seguimientos constantes posteriores.

Pregunta: N° 4: **¿Qué debemos entender por interés superior del niño o principio del ISN?**

Respuesta: El interés superior del niño involucra tres aspectos conforme lo ha desarrollado el comité sobre los derechos del niño, el primer aspecto es el interés superior del niño como norma de procedimiento, lo que quiere decir que en todo proceso judicial, en todo trámite lo que uno tiene que hacer es flexibilizar estos principios en lo que le sea más favorable, por ejemplo si necesito una declaración fuera de una audiencia lo puedo hacer, si yo necesito saltar una etapa procesal lo tengo que hacer, esto va en correlación con el Tercer Pleno Casatorio que dice que en materia de familia los principios procesales deben flexibilizarse. Otro aspecto es el principio del interés superior del niño como norma es que ante la existencia de dos normas uno tiene que ponderar, la que le sea más favorable al niño, y no siempre estamos hablando de derechos opuestos entre niños, sino también con mayores de edad, incluso la diferenciación entre niños y adolescentes, tú tienes que aplicar la norma que le sea más favorable al caso concreto, y el otro es con interpretación en la cual tú tienes que interpretar las normas a la luz de lo que dice la convención, a la luz de lo que sea más favorable a el niño.

Por otro lado, la doctora Judith Tacuri Chávez, juez del Cuarto Juzgado de Familia de Cusco ante las mismas cuestiones respondió:

Pregunta N° 1 ¿Cuál de estos principios cree usted que cobra mayor importancia o cree usted que están en un mismo grado de importancia?

Dijo: Todos estos principios se relacionan, para mí todos son importantísimos, y de cierta forma están en un mismo grado de importancia.

Pregunta N° 2 ¿Usted cree que deberíamos aplicar un test de ponderación en caso de encontrarnos ante una colisión entre estos principios?; ejemplo: el derecho a tener una familia y no ser separado de ella vs el derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

Dijo: Si hay un choque entre estos principios, entonces hay que hacer una ponderación, por ejemplo, si en la familia en que está el niño, claro que su derecho es tener una familia, pero si eso se da en condiciones adversas para el niño, no por ese principio vamos a permitir que el niño esté con su familia, sino que tenemos que velar para que el niño esté en un ambiente sano y propicio para su desarrollo.

Pregunta N° 3 ¿Cree usted que la permanencia excepcional de los niños y adolescentes en los centros de atención residencial, constituiría una medida apropiada para velar por el interés superior del niño en caso se verifique que los padres del niño no han logrado establecer un ambiente familiar adecuado para el desarrollo del niño?

Dijo: Yo tengo un caso en el cual se está disponiendo eso, porque se trata de una niña que tiene su madre, pero la madre no tiene las condiciones salubres ni económicas, ni de comodidad, en absoluto nada, entonces como la retornaríamos a su hogar a esa niña cuando en el CAR está bien atendida, está estudiando, incluso la señora va a hacer escándalo a ese lugar para que se la entreguen, sin embargo, inclusive el Hogar ha dicho que la quiere y que la entreguen a su mamá o a su papá porque ya se ha dispuesto que no hay abandono, entonces que la niña retorne como se ha dispuesto en la sentencia. Pero yo digo, como la retorno si no hay condiciones, entonces he dispuesto que permanezca en el Hogar.

Ante ello se le reitero la pregunta:

Entonces, **¿Constituiría la permanencia excepcional una medida adecuada para velar por el interés superior del niño?**

Dijo: Por supuesto, como te digo he optado es hacer eso en ese caso concreto.

Pregunta N° 4 **¿Qué debemos entender por el interés superior del niño o principio del ISN?**

Dijo: Es toda acción, decisión que toma cualquier autoridad sea judicial o extrajudicial que eleve más lo que le conviene a ese niño, en todo el sentido de la palabra, en todo lo que le puede favorecer. Por ejemplo en el caso que te digo, en ese caso se ha priorizado el interés de la menor, no que tenga familia, se ha optado que esa menor tenga un buen ambiente para su desarrollo, que este estudiando, porque así avanza en su desarrollo, y

que también tengan un cobijo, alimentación, todo en realidad para su persona; eso es lo que se ha dispuesto.

Pregunta N° 5 ¿Cuál es su opinión respecto a la institucionalización?

Dijo: No todos los casos son iguales, porque deberíamos trabajar caso por caso para ver qué es lo que más conviene a ese pequeño, si sacarlo o que permanezca allí. En ese caso estamos en lo mismo de lo anterior, siempre hay que ver cuál es lo mejor, no necesariamente debe ser una regla general, esto es, lineal, que se diga el niño ya estuvo dos años albergado, entonces hay que regresarlo a su familia. Entonces no puede ser así, porque tenemos que ver las condiciones de esa familia, si está bien o no, si tiene las condiciones o en todo caso dejamos que permanezca en el Hogar.

Finalmente, respecto a éste ítem “discusión de resultados”, se debe señalar que la información obtenida está trasuntada en los cuadros de elaboración propia presentados en el ítem anterior; de manera que solamente queda concluir la discusión de resultados indicando que la información conseguida en el trabajo de campo efectuado proporciona información relevante que sirve para reforzar nuestra hipótesis de trabajo, dado que hemos podido comprobar el normal desenvolvimiento y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes institucionalizados que conformaron nuestra muestra, así como los motivos más recurrentes que generan su albergamiento en el CAR Elim.

1.3 PROPUESTA PARA MODIFICAR EL NUMERAL 1 DEL ARTº 2 DE LA LEY N° 29174

Esta propuesta modificatoria se realiza en vista de que la presente investigación es de tipo aplicado y de nivel explicativo con carácter dogmático-propositivo de enfoque cualitativo, por lo que es pertinente y necesario agregar este tópico.

3.3.1 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Mediante esta propuesta se busca modificar el numeral 1 del artº 2 de la Ley N° 29174 (Ley General de Centros de Atención Residencial de Niños, Niñas y Adolescentes); con la finalidad de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes, que les fueron reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, otros instrumentos normativos de carácter internacional, así como nuestra vigente Carta Política. Ya que, como se sabe, el interés superior del niño es el mayor aporte de la CDN que trajo consigo a la doctrina de la protección integral, en la cual se reconoce al niño, niña, y adolescente como sujetos de derecho. Esta propuesta está orientada además a que exista una mejor tutela de los derechos del niño y adolescente, y sobre todo, que el interés superior del niño sea en adelante el eje central que oriente las decisiones de la autoridad judicial y administrativa.

La presente iniciativa se sustenta en las siguientes consideraciones:

a) Existen ordenamientos legales internacionales como, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos entre otros que antes ya fueron citados

que establecen que la sociedad, la comunidad y el Estado deben brindarle una protección especial al niño. Ello también fue recogido por nuestra vigente Constitución Política en su artº 4. De manera que la protección especial del niño, antes de ser un mandato constitucional, es también un mandato supranacional.

b) La doctrina de la protección integral del niño es la columna vertebral que sostiene la presente propuesta legislativa, porque es a través de ella que al niño se le reconoce como sujeto de derecho, lo que significa, que el niño, niña y adolescente cuentan con el derecho de goce y ejercicio especiales de los derechos que les fueron reconocidos; y estos derechos no son otra cosa que los derechos humanos. Y, al ser el interés superior del niño, el fin supremo de la CDN, se debe ponderar éste, frente a cualquier oposición.

c) El Tribunal Constitucional haciendo un análisis de los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, ha establecido principios rectores del derecho del niño y adolescente, entre los cuales también está, el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella. Sin embargo, frente a este derecho, prevalece el interés superior del niño, si en un momento y circunstancia determinados, el ámbito familiar del niño le genera un riesgo para su desarrollo integral.

d) Los principios que rigen el derecho de los niños y adolescentes, no pueden dejar de aplicarse sistemáticamente, y, si bien es cierto, es natural que un niño crezca, se desarrolló, viva en el seno de su familia, sin embargo, en la familia, al ser los integrantes

personas humanas, debe atenderse cada caso concreto con las herramientas que la Ley nos brinda. Por ello, es frecuente encontrarnos con una colisión de principios, porque el numeral 1 del artº 2 cuya modificación se propone, no es lo suficientemente tuitiva para con el interés superior del niño.

e) Dicho numeral textualmente dice:

Las niñas, niños, y adolescentes egresan de los Centros de Atención Residencial cuando se hayan modificado las condiciones que originaron su incorporación, asegurando que no exista riesgo para su desarrollo integral, se haya producido su adopción, o se haya logrado su reinserción familiar y/o social.

Nótese que el aludido artículo tiene tres condiciones en las que autoriza el egreso del menor, uno de ellos es que, las condiciones que hayan motivado el ingreso del niño hayan cambiado o se hayan modificado, la segunda es que se haya producido su adopción y la tercera es que se haya logrado su reinserción familiar.

Respecto a ello, es claro que el numeral bajo análisis prescribe tres condiciones alternativas, al menos eso es lo que emerge de su texto, esto es, si se da cualquiera de estos casos, entonces el niño albergado puede ser egresado. Empero, yo creo que estas condiciones no deberían ser alternativas, porque reinsertar a un niño a su familia de origen, -entiéndase familia nuclear- o, extensa, sin antes verificar si las circunstancias que motivaron el albergamiento del niño se han modificado o han cambiado. En tal sentido,

se debería previamente verificar con certeza si las condiciones que causaron el ingreso del niño se han modificado, y después de tener certeza de ello, recién reinsertarlo a su familia. Por ello, siendo la reinsertión la penúltima fase de atención conforme lo prevé el artº 28 del D.S N° 008-2009-MINDES, se debería verificar previamente si se ha cumplido la condición nro. 1, para así recién reinsertar al niño a su familia. Porque de otro modo, así se haga el seguimiento que comprende la última fase de atención, -que en la praxis no se realiza por diferentes motivos -, entonces, estaríamos retornando al niño o adolescente al lugar donde se vulneraron sus derechos reconocidos por la CDN y demás ordenamientos legales de índole nacional e internacional. Y, lo más probable, es que el hecho que origino el albergamiento del niño en el CAR vuelva a ocurrir, y quizá con consecuencias peores.

Como se refirió, el citado numeral 1 del artº 2 de la Ley acotada, de manera somera establece las causales de egreso, por eso en el artº 18 del Reglamento de dicha Ley, se prevé una permanecía excepcional cuando se presente las circunstancias que ya hemos indicado; y siendo estas circunstancias las que frecuentemente se presentan, no entendemos porque no se reglamentó en el sentido, de que en caso los niños menores de 18 años de edad -p. ej. 8, 10 ó 12 años- que habitan en un y que también presenten estos problemas o circunstancias, podrán permanecer excepcionalmente en el CAR donde están albergados, vale decir, no se dispondrá su egreso, hasta que se verifique previa opinión favorable del equipo multidisciplinario que las condiciones que motivaron su ingreso hayan cambiado. Entendemos que ello se regulo de esa manera con el propósito de amparar el derecho del niño, niña y adolescente de tener una familia y no ser separado de

ella; lo que es lo mismo decir que, se busca proteger el derecho del niño de tener una familia y no ser separado de ella, pero, al mismo tiempo se desconoce los restantes principios que fueron establecidos por el TC que no son otros que los ya reconocidos por la CDN, de manera que se estableció que un niño no puede permanecer más de 6 meses albergado en un CAR, porque además de lo previsto por el artº 248 literal “d” del CNA, vivir en un CAR vulnera su derecho de vivir con su familia, y además implica su institucionalización que perjudica en gran medida su desarrollo integral según refieren los operadores del derecho y encargados de la investigación tutelar.

f) Esta propuesta no vulnera en lo más mínimo el derecho del niño a tener una familia, porque pretende proponer una permanencia excepcional transitoria únicamente hasta que se verifique que la familia del niño puede brindarle un ambiente adecuado para su desarrollo integral. Pero, sobre todo, porque se busca dotar de preferencia al interés superior del niño, que es la razón de la nueva doctrina de la protección integral.

3.3.2 SUSTITUCIÓN DEL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 2º

El citado apartado 1 del artº 2, dice a la letra: *Las niñas, niños, y adolescentes egresan de los Centros de Atención Residencial cuando: 1) se hayan modificado las condiciones que originaron su incorporación, asegurando que no exista riesgo para su desarrollo integral, 2) se haya producido su adopción, o 3) se haya logrado su reinserción familiar y/o social.*

Debe decir: *“Las niñas, niños y adolescentes egresan de los Centros de Atención Residencial cuando se hayan modificado la condiciones que originaron su incorporación o se haya producido su adopción, debiendo verificarse con certeza en el primer supuesto y previa opinión tanto del Equipo Multidisciplinario de la Unidad de Investigación Tutelar, como del Centro de Atención Residencial en el que se encuentra albergado el niño, niña o adolescente que, ya no existe riesgo que afecte su desarrollo integral; y, en caso de persistir éste, no procederá la reinserción familiar y se deberá optar por su permanencia excepcional hasta que se verifique la inexistencia de riesgo con opinión favorable de los equipos técnicos”.*

Creemos que redactado así el artículo cuya modificación se propone, primero previo a una reinserción familiar, tendría que verificarse necesariamente si los motivos que ocasionaron su ingreso cambiaron o se modificaron, teniendo así condiciones dependientes, es decir, se dará B, si primero se da A, siendo imposible aplicarlos alternativamente u omitiendo el requisito que antecede. Por tanto, de esta manera queda resuelto el primer problema; las causales de egreso 1 y 3 no son alternativas.

También se prevé la verificación con certeza en el primer supuesto, vale decir, que las causas que motivaron el ingreso del niño o adolescente al CAR hayan cambiado, y no solo ello, sino que esto tendrá que verificarlo el equipo multidisciplinario de la UIT, para así emitir su opinión favorable y, el equipo multidisciplinario del CAR en el que el niño esta albergado. Esto debido a que, son estos los que día a día observan el comportamiento del niño, conviven con él, siendo su opinión objetiva respecto al progreso del niño en relación al daño sociológico, los problemas de conducta, traumas, etc., con los que haya

ingresado al CAR. Además, son los que presencian de mejor manera la relación que los niños y adolescentes tienen con sus padres y propiamente el comportamiento de los padres para con sus hijos y viceversa. En suma, nadie conoce más a un niño que el que convive con él, más allá de opiniones técnicas. Por esto, creemos imprescindible la opinión favorable del equipo multidisciplinario del CAR en el que el niño o adolescente se encuentra habitando.

Por último, en caso se verifique que el riesgo para el desarrollo integral del niño permanece, esto es, que no se haya modificado las circunstancias que motivaron su ingreso, o, se hayan modificado las que motivaron su ingreso, pero surgieron otras que también hagan prever con alta probabilidad que existirá riesgo para el desarrollo integral del niño en caso de ser egresado y reinsertado su familia. En este caso, la reinserción familiar no procederá, disponiendo la autoridad competente que el niño o adolescente permanezca excepcionalmente en el CAR hasta que se verifique que ya no existe riesgo y que sus padres puedan brindarle un ambiente adecuado para su desarrollo integral; para lo cual, también debe contarse con opinión favorable de ambos equipos multidisciplinarios conforme se anotó líneas arriba.

3.3.3 ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta no implica gasto al erario nacional, sino por el contrario, busca el beneficio de la población más vulnerable que son los niño, niñas y adolescentes; haciendo prevalecer primordialmente el interés superior del niño.

Los beneficios que se pueden esperar de la Ley son:

- a) Que los niños y adolescentes no sean desamparados y dejados en indefensión.
- b) Evitar que los derechos de los niños y adolescentes vuelvan a ser violentados con consecuencias peores.
- c) Prevalencia del interés superior del niño, que es el principio continente de los demás derechos reconocidos a los niños y adolescentes, y su funcionalidad como eje de todo el ordenamiento jurídico relativo a la niñez.
- d) Evitar en cierta forma, que a raíz de los niños víctimas del menoscabo de sus derechos, tengamos en el futuro personas proclives al delito.

3.3.4 EFECTOS SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente propuesta modificatoria no se contrapone a lo establecido con nuestra normativa vigente, sino más bien, se condice con lo previsto en nuestra Constitución respecto a la protección especial del niño. Así también tiene su correlato en el artº IX del T.P del CNA y en la CDN en lo relativo al interés superior del niño.

La Ley General de Centros de Asistencia Residencial de Niños, Niñas y Adolescentes en el artº 2 numeral 1 establece la causas de egreso, por lo que de su texto se colige que estas tres causas son alternativas; siendo imposible su aplicación en un plano real con respeto del interés superior del niño, ya que la reinserción familiar no tendría que darse si no se verificada que las circunstancias que motivaron el ingreso del niño al CAR han cambiado

o se han modificado. De modo que la reinserción familiar –penúltima fase de atención– no se concreta debido a situaciones particulares que son atribuibles a los padres. Es por ello, que la presente propuesta modificaría pretende darle a la Ley N° 29174 en su artículo pertinente, una coherencia con los principios establecidos en la CDN y los establecidos por el Tribunal Constitucional que son la base del derecho del niño y adolescente.

3.4 PRUEBA DE HIPÓTESIS

Para elaborar la presente investigación, previo a plantar nuestra hipótesis general e hipótesis específicas, identificamos el problema, de manera que es menester asimismo agregar este típico con fines de contrastar la hipótesis del objetivo general.

Objetivo planteado: En la presente investigación el objetivo general que nos planteamos fue: *Determinar qué argumentos justifican una propuesta legislativa para modificar el numeral 1 del Art° 2 de la Ley N° 29174, que posibilite la extensión de la permanencia excepcional de los niños y adolescentes en los Centros de Atención Residencial, hasta que se verifique de manera indubitable que los padres del menor han logrado establecer un ambiente familiar adecuado para el desarrollo del niño y adolescente.*

RESULTADO OBTENIDO

Después de haber contrastado e interpretado los resultados de las entrevistas y observación practicados a la muestra utilizada para la realización de la presente investigación y, después de haber efectuado el análisis de documentos a los expedientes

de los niños, niñas y adolescentes que constituyeron nuestra muestra y el análisis de documentos practicado a la información doctrinaria, jurisprudencial y legal que se erige en el sustento dogmático para la propuesta legislativa modificatoria postulada, tenemos los siguientes resultados:

a) De la entrevista realizada a los dos jueces de familia, estos manifestaron que respecto a los principios rectores del derecho del niño y adolescente que fueron establecido por el Tribunal Constitucional, el que cobra mayor importancia es el principio del interés superior del niño, de modo que respecto a esta categoría de estudio, ambos entrevistados coincidieron plenamente en que los principios antes aludidos no se encuentran en un mismo grado de importancia, sino que es el interés superior del niño en torno al cual deben girar los otros cuatro principios. En tal sentido tenemos el 100% que respondió en forma afirmativa.

b) En lo relativo a la segunda categoría de estudio, a los magistrados entrevistados se les formulo la interrogante de que, si era necesario aplicar una test o juicio de ponderación en caso de encontrarnos frente a una colisión entre estos cinco principio aludidos; estos respondieron en sentido afirmativo, dado que no todos estos tienen un mismo grado de importancia o prevalencia, he incluso la jueza Judith Catacuri del Cuarto Juzgado de Familia se animó a narrarnos una experiencia propia que en párrafos anteriores hemos dado a conocer, manifestando que ella ya había efectuado esa ponderación en un caso tramitado ante su Juzgado. Por ende, respecto a la segunda variable también se obtuvo el 100% de las respuestas en sentido afirmativo.

c) En lo concerniente a la tercera categoría de estudio, el interés superior del niño del cual surgió la pregunta de la importancia de la permanencia excepcional de los niños y adolescentes albergados en un CAR como una medida o herramienta adecuadas para velar por el interés superior del niño, de lo que también se obtuvo respuestas en sentido afirmados de los dos jueces entrevistados constituyendo el 100%, esto es, las respuestas de los entrevistados respaldaron la hipótesis general formulada en el presente trabajo de investigación.

d) En torno a la última categoría de estudio fue la institucionalización, de la cual surgió la pregunta ¿Cuál es su opinión respecto a la institucionalización? Esta cuestión fue planteada a todas las personas que conformaban la muestra, vale decir, a los jueces y profesionales que laboran en el CAR Elim; de manera que se obtuvo respuestas en sentido negativo de un 25%, esto es, entrevistados que manifestaron no estar de acuerdo con la institucionalización de los niños o adolescentes albergados en los CARS bajo ninguna circunstancia por el efecto negativo que tiene la institucionalización en los niños. Sin embargo, las otras seis personas incluyendo los jueces entrevistados manifestaron estar de acuerdo siempre y cuando ésta contribuya o sirva al bienestar del niño, es decir, siempre que se vele por el interés superior del niño. De modo que, en sentido afirmativo obtuvimos el 75%, lo que en buen a cuenta respalda la hipótesis planteada.

e) De los resultados obtenidos de la aplicación de la técnica de observación a los 6 menores institucionalizados resididos en el CAR Elim hemos comprobado que estos se desenvuelven e interactúan con normalidad, no habiéndose percibido ninguna conducta

de aislamiento o retracción por parte de estos; lo que en buena cuenta nos arrojó el ciento por ciento conforme se graficó en el cuadro Nro. 5 a la opción “se integra e interactúa con normalidad”. La información recabada es relevante por cuanto nos brinda elementos que refuerzan uno de nuestros objetivos específicos en cuanto a lo positivo o negativo que puede resultar la institucionalización de los niños, niñas y adolescentes en el CAR Elim.

f) En cuanto a los resultados obtenidos de la aplicación de la técnica de análisis documental, se pudo verificar que 4 de los menores que constituyeron una de nuestras muestras tuvieron como motivo de ingreso al CAR Elim el haberse encontrado en total desamparo de conformidad con el art. 248 inc. “i” del Código de los Niños y Adolescentes y, 2 de ellos fueron albergados por haber sido abandonados moral y materialmente y víctimas de maltratos y, en el caso de uno de ellos víctima de delito por parte de su progenitor, lo que motivó su albergamiento de conformidad con el art. 248 literal “c” concordante con el art. 75 literal “h” del citado cuerpo normativo; constituyendo así el 66.7% y 33.3% respectivamente las circunstancias que causaron la residencia de los 6 menores en el Centro de Atención Residencial Elim. Estos datos obtenidos contribuyen a alcanzar nuestro objetivo específico respecto al test de ponderación que se debe realizar cuando se presentan determinadas circunstancias y a la necesidad de establecer la posibilidad de una extensión de la permanencia excepcional frente a casos que revisten características particulares que hacen prever que el interés superior del niño será menoscabado.

HIPÓTESIS PLANTEADA:

Existen argumentos doctrinarios, jurisprudenciales y legales que justifican una propuesta legislativa para modificar para modificar el numeral 1 del Artº 2 de la Ley N° 29174, que posibilite la extensión de la permanencia excepcional de los niños y adolescentes en los Centros de Atención Residencial, hasta que se verifique de manera indubitable que los padres del menor han logrado establecer un ambiente familiar adecuado para el desarrollo del niño y adolescente.

La hipótesis es congruente con los resultados obtenidos en la presente investigación, dado que se ha verificado tanto jurídica como fácticamente que la extensión de la permanencia excepcional de los niños y adolescentes albergador en los CARS resultan de vital importancia en aras de velar por la vigencia del interés superior del niño, tanto más cuando muy frecuentemente están en contra posición el interés superior del niño y el derecho del niño a vivir en una familia y no ser separado de ella; en cuyo caso se debe realizar un testeo o juicio de ponderación necesariamente. Asimismo, hemos corroborado que la institucionalización no tiene los efectos negativos conforme se señaló en el estudio realizado por UNICEF el año 2013, en vista de que mucho depende del método de trabajo que se realice con los niños y adolescentes resididos en el CAR. Ello se verificó mediante la observación y las entrevistas hechas a los mismos niños y adolescentes que conforman nuestra muestra no probabilística.

3.4.1 CONTRASTACIÓN DE LOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Objetivo 1: *Determinar el origen, y naturaleza jurídica del Principio del Interés Superior del Niño.*

RESULTADOS OBTENIDOS

Este resultado se obtuvo plenamente, ya que de los revisado en lo relativo a los antecedentes del interés superior del niño, encontramos su mención primigenia en la Declaración de Ginebra aun el año 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño del año 1959; y, cuya naturaleza jurídica es imperativa, garantista, se erige como regla de procedimiento y como norma y, ya había sido enunciado a modo de declaración únicamente en los instrumentos normativos citados, pero que ya obtuvo vinculatoriedad mediante la Convención sobre los Derecho del Niño de 1989. Por ello, podemos decir que su origen se remonta aun a la década de los treinta, donde por primera vez en un cuerpo normativo se trata sobre la infancia.

Objetivo 2: *Establecer qué fundamentos doctrinales, jurisprudenciales y legales sostienen la prevalencia del Principio del Interés Superior del Niño.*

RESULTADO OBTENIDO

Entendido el interés superior del niño conforme lo desarrollo la doctrina que fue citada líneas arriba y, lo que se pudo advertir tanto de la jurisprudencia constitucional como la de la Corte IDH y, de los instrumentos normativos nacionales e internacionales que fueron ampliamente desarrollados; se tiene que existe suficiente fundamentos que hacen oportuna una prevalencia del interés superior del niño.

Objetivo 3: *Determinar cómo se debe interpretar los 5 principios rectores del Derecho del Niño y Adolescente.*

RESULTADO OBTENIDO

Respecto a este objetivo, los magistrados entrevistados han coincidido en sostener que al interpretarse los principios rectores establecidos por el Tribunal Constitucional, debe darse mayor importancia y preferirse ante una eventual colisión el interés superior del niño, de modo que obtuvimos el 100% respecto a este punto.

Objetivo 4: *Dilucidar cuáles son las consecuencias negativas que acarrea la interpretación asistemática de los 5 principios rectores del Derecho del Niño y Adolescente.*

En lo relativo a este objetivo, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional citada han sostenido que la interpretación de los principios debe hacerse de manera sistemática. Asimismo, el juez Edwin Béjar manifestó espontáneamente lo mismo, al sostener que los principios rectores establecidos por el Tribunal Constitucional deben ser interpretados de manera sistemática. Y, en la ejecución de la presente investigación encontramos un efecto más que negativo, desastroso en el caso de una de las niñas que conforma nuestra muestra, quien en la actualidad está albergada en el CAR Elim, hecho que sirvió de inspiración para la realización de la presente investigación. Por ende, también se materializó este objetivo.

Objetivo 5: *Verificar cuáles son las consecuencias negativas y positivas de la institucionalización de un niño o adolescente que está albergado en un CAR.*

RESULTADO OBTENIDO

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizó la muestra de seis niños, esto es, 3 niños y 3 niñas albergados en el CAR Elim, todos ellos a la fecha ya institucionalizados, por cuanto el mayor tiempo de permanencia es de 7 años y el menor de un año. Sin embargo, de los niños entrevistados no se pudo advertir ninguna consecuencia negativa respecto a su institucionalización, sino más bien un gran progreso según la referencia de sus tutores, en cuanto el 50% de ellos cuando vinieron no sabían ni siquiera leer y menos escribir, pero actualmente vienen estudiando algunos aun en educación primaria y otros en educación secundaria. Y, en lo concerniente a sus habilidades sociales, el investigador pudo observar que incluso desarrollan habilidades artísticas, como son, la música, el teatro; además de sus habilidades sociales, porque inclusive tienen presentaciones en eventos organizados por la Municipalidad de Cusco. Por todo ello, en ninguno de los casos estudiados se pudo ver consecuencias negativas, constituyendo así el 100% respecto a que solo se verificó consecuencias positivas.

Objetivo 6: *Determinar cuándo se debe realizar un test de ponderación.*

RESULTADO OBTENIDO

Este objetivo también es congruente con el resultado, en vista de que tanto la doctrina como las circunstancias narradas y experiencias relatadas por la juez Judith Catacuri, dieron cuenta de la necesidad de realizar un test o juicio de ponderación en determinadas situaciones. Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional y supranacional citada dio cuenta de lo mismo. En ese entendido, contamos con sustento doctrinal, jurisprudencia y, sobre todo factico de las circunstancias en las que debe realizarse una ponderación

derechos o principios los mismos que fueron verificados en el desarrollo de la presente investigación y plasmados en el presente trabajo.

Por tanto, los resultados obtenidos son congruentes con los objetivos general y específicos planteados.

3.5 CONCLUSIONES

PRIMERA

Se concluye que existen suficientes argumentos doctrinales, jurisprudenciales y legales que justifican una modificación al numeral 1 del Artº 2 de la Ley Nº 29174, tanto más que estos han sido desarrollados en el marco teórico de la presente investigación, existiendo abundante trabajo dogmático que da cuenta de la superioridad del principio del interés superior del niño frente a los demás principios rectores del Derecho del niño y adolescente, la jurisprudencia constitucional abordada y los instrumentos legales nacionales e internacionales de data reciente como de data antigua.

SEGUNDA

Se concluye que el principio del interés superior del niño tuvo su origen aun en la década de los treinta y sesenta y su naturaleza jurídica se remonta a esa época, de forma tal que dicho principio se vigoriza con el movimiento reformista de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; siendo que cobra mayor importancia frente a todos los principios que rigen en materia de Derecho del Niño y Adolescente, por tanto, debe preferirse éste ante cualquier colisión entre principios.

TERCERA

Se concluye que el principio del interés superior del niño es un principio jurídico garantista de contenido indeterminado, es decir podemos hablar de un principio continente cuyo contenido son los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes por la Convención. Sus alcances trascienden la mera inspiración de las autoridades

cuando toman decisiones que involucra el derecho de los niños, sino es un principio de vínculo normativo para la aplicación y respeto de todos los derechos humanos de los niños.

CUARTA

Se concluye que los principios establecidos por el Tribunal Constitucional, así como los principios que importa la Convención sobre los Derechos del niño, deben interpretarse de manera sistemática y no de manera aislada.

QUINTA

Se concluye que necesariamente se tiene que realizar un test o juicio de ponderación cuando existe una colisión entre los principios rectores establecidos por el Tribunal Constitucional y la Convención sobre los Derechos del Niño; en buena cuenta, analizando cada caso en concreto.

SEXTA

Se concluye que la permanencia excepcional de los niños y adolescentes menores de 18 años albergados en un CAR, sí constituye una medida adecuada para velar por el interés superior del niño, dado que se verifico que los padres del niño o niña albergado a menudo no logran establecer un ambiente familiar adecuado para el desarrollo del niño; bien porque no asumen con responsabilidad las terapias o charlas a las que son sometidos o, porque simplemente nunca participan de ellas.

SÉPTIMA

Se concluye de lo que se pudo observar en las visitas al CAR Elim que, la institucionalización de los niños y niñas resididos en dicho CAR, no tiene efectos negativos, dado que se pudo verificar que sus habilidades sociales, artísticas y cognitivas son desarrolladas con normalidad.

3.6 RECOMENDACIONES

PRIMERA:

Se recomienda tener en cuenta los argumentos doctrinales, jurisprudenciales y legales además de los fácticos plasmados en el presente trabajo para modificar el numeral 1 del Artº 2 de la Ley N° 29174.

SEGUNDA:

Se recomienda a los operadores jurisdiccionales, Fiscalías especializadas en materia de familia, e Instituciones públicas encargadas en materia de investigación tutelar a favor de niños y adolescentes cuyos derechos han sido vulnerados, hacer prevalecer y darle el grado de importancia que amerita el interés superior del niño.

TERCERA:

Se recomienda tener al principio del interés superior del niño como un principio jurídico garantista de todos los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes; y considerarlo no solo como un principio que inspira a la toma de decisiones, sino también como un principio de vinculo normativo analizando las circunstancias de cada caso concreto.

CUARTA:

Se recomienda a todos los juzgadores especializados en materia de derecho familia, a los fiscales de familia y a las Instituciones estatales en cargadas de velar por el respeto de los

derechos del niño, realizar siempre una interpretación sistemática de los principios establecidos por el Tribunal Constitucional y los que comprenden la Convención sobre los Derechos del Niño.

QUINTA:

Se recomienda a los jueces y fiscales de familia, y a las Instituciones estatales creadas con fines de velar por el respeto de los derechos del niño y adolescente, realizar en cada caso concreto y atendiendo a las circunstancias que éste presente, un test o juicio de ponderación respecto a los principios de la CDN y los establecidos por el TC previo a resolver cuando están involucrados los derechos del niño y adolescente.

SEXTA:

Se recomienda disponer de como medida adecuada para velar por el interés superior del niño, la permanencia excepcional de los niños y adolescentes menores de 18 años albergados en un CAR, en caso se verifique que la familia no ha logrado establecer un ambiente familiar adecuado donde el niño o adolescente pueda desarrollarse íntegramente en un ambiente afecto y de seguridad moral y material que garantice la no vulneración de sus derechos.

SÉPTIMA:

Se recomienda a las autoridades competentes que en caso se verifique una inminente violación o riesgo de la vigencia de los derechos del niño y adolescente, no se descarte de plano la institucionalización temporal, en vista de que conforme autoriza la ley, la

Convención sobre los Derecho del Niño y la jurisprudencia nacional y supra nacional respecto a esta materia, la institucionalización no vulnera el derecho del niño a vivir con su familiar si ésta se aplica en aras de vela por interés superior.

3.7 FUENTES DE INFORMACIÓN

a). REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Augusto Diez Ojeda, Ob Cit de Discurso jurídico sobre el Interés Superior del Niño. En: Avances de Investigación en Derecho y ciencias Sociales, X jornadas de investigadores y becarios. Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2006, p. 3-4.

Aliaga Gamarra; Jimena B., Tesis elaborada en la PUCP, El Interés Superior del Niño y Adolescente en la Adopción internacional en el Perú, 2013, Lima – Perú, Ob. Cit., p. 211.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Ob. cit., p. 81. (NACHDR. 1997, 2001). Nueva traducción al español de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007. Ob cit. BURGA CORONEL; Angélica María, El test de ponderación o de proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, noviembre 2011, p. 255.

Anteproyecto del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, Lima, Junio de 2011.

Barrera Dávila; Soledad, Tesis, De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección Integral en el Peru el caso de los hogares del INABIF, Lima, 2014, p. 27.

BREEN, C., “The standard of the best interests...”, Ob. Cit., p. 43.

BURGA CORONEL; Angélica María, El test de ponderación o de proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, noviembre 2011, p.257.

Constitución Política del Perú de 1933; artículo 52.

Constitución Política del Perú de 1979; artículo 8.

Constitución Política del Perú de 1993; artículo 4.

Convención sobre los Derechos del Niño 20 de noviembre de 1989.

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, que fue celebrada en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, artículo 19.

Código de los Niños y Adolescentes del año 2000 aprobada por la Ley N° 27337.

Chaves Cavalcante, Lília Iêda, et al., “Institucionalização e reinserção familiar de crianças e adolescentes”, Mal-estar e Subjetividade, vol. X, n.o 4, Universidade de Fortaleza, diciembre de 2010, pp. 1147-1172; Chaves Cavalcante, Lília Iêda, et al., “Institucionalização precoce e prolongada de crianças: discutindo aspectos

decisivos para o desenvolvimento”, Aletheia, n.o 25, Universidade Luterana do Brasil, junio de 2007, p.21.

Curso de Derecho Civil VI (Derecho de Familia y Sucesiones), Tomo 1, Cusco – Perú, p. 4.

CHUNGA LAMONJA; Fermín, Derecho de Menores, Editorial Grijley, sexta edición, julio de 2002, Lima, p. 51 Ob. Cit. MENDOZA DELGADO; Mauro, Derecho del Niño y Adolescente, Cusco – Perú, 2014, p. 22.

Decreto Supremo N° 008-2009-MINDES (Reglamento de la Ley N° 29174).

Declaración de los Derechos del Niño de 1959 aprobada por la asamblea general de la ONU.

Discurso jurídico sobre el Interés Superior del Niño. En: Avances de Investigación en Derecho y ciencias Sociales, X jornadas de investigadores y becarios. Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2006, p. 3-4.

Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, artículo 25, numeral 2.

FLORES POLO; Pedro, diccionario de términos jurídicos, p. 340.

Guzmán Brito; Alejandro, Derecho Privado Romano Tomo I, Edición jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 21.

Figueroa Gutarra; Edwin, Vocal Superior de la Sala constitucional de Lambayeque y profesor asociado de la Academia de la Magistratura, Ponderación Constitucional, febrero de 2009, p. 8 de la edición jurídica del diario la república.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Ob. cit., p. 292; cfr. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Ob. cit., p. 161.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNANDO COLLADO, Carlos, PILAR BAPTISTA LUCIO, María del Pilar, Metodología de la investigación, Quinta Edición, México, 2010, p. 234.

Las prácticas judiciales de institucionalización por protección de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Montevideo. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF Uruguay 2013 Fundación Justicia y Derecho. P. 17.

MCGINNIS, S., 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, Volumen 16, Número 2, 2007, p. 321.

Miguel Cillero Bruñol, 1999, p. 8.

Lora Laura N, Discurso jurídico sobre el Interés Superior del Niño. En: Avances de Investigación en Derecho y ciencias Sociales, X jornadas de investigadores y becarios. Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2006, pp. 479- 488.

Ley N° 29174 (Ley General de Centros de Atención Residencial de Niños, Niñas y Adolescentes).

La situación de los niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe, Trabajo realizado por la UNICEF, septiembre 2013, p. 33.

León Florián; Felipe Rohan; El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia de TC, Centro de Estudios Constitucionales.

Ley N° 30467 que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, art° 2.

Lino ARANZAMENDI, la Investigación Jurídica, Editorial Grijley, Lima-Perú, 2010, p. 173.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y, entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, artículo 24.

Salgado Leiva; Nataly Isabel, El interés superior del niño en los procedimientos especiales seguidos ante los tribunales de familia “Tesis”, Santiago – Chile, 2012, p. 25.

Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil, realizado por la Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, (Cas. N° 4664-2010-PUNO), p. 19.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00550-2008--PA/TC-Lima, Principios universales de orientación proteccionista, fundamento 13.

Sentencia del TC emitida en el Exp. N° 04227-2010-PHC/TC, fundamento 5.

Sentencia del Tribunal Constitucional Nro. 0187-2009-PHC/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 01817-2009.

Sentencia de la CIDH, Caso Forneron e hija VS. Argentina. Sentencia del 27 de abril de 2012.

Sentencia de la CIDH (Caso de los “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros). 1999. Págs. 1-67).

Sentencia de la CIDH (Caso Walter Bulacio VS. Argentina. 2003. Págs. 1-88).

Tesis realizada por Natalia Isabel Salgado Leiva sobre: “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES SEGUIDOS ANTE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA”, elabora el año 2012, Santiago de Chile.

Tesis doctoral elaborada Farith Simon Campaña sobre: “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: TÉCNICAS DE REDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ABUSIVA”, elaborada el año 2013 en Salamanca España.

Tesis realizada por Jimena Beatriz Aliaga Gamarra sobre: “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL PERÚ”, elaborada el año 2013 en Lima Perú.

Tesis realizada por Edna Gabriela Delfina Pérez Toledo sobre: “ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA NIÑA CONTENIDO EN LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”; elaborada el año 2007 en Guatemala.

Williamson, John, y Greenberg, Aaron, Families, not orphanages, Better Care Network Working Paper, 2010, p. 6. Ob. Cit. p. 17.

Las prácticas judiciales de institucionalización por protección de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Montevideo. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF Uruguay 2013 Fundación Justicia y Derecho. P. 17.

ZERMATTEN, Jean. “Literal Analysis, Function and Implementation”. Óp. Cit. p. 3.

ZEMARTTEN, JEAN, “El Interés Superior del Niño: del análisis literal al alcance filosófico”, Informe de Trabajo 3-2003, Institut International Droits Lenfant. p. 4 y 5.

b). LINKOGRAFIA

http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000044_2014.htm

es.wikipedia.org/wiki/Institucionalización

https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/90/Becarios_090.pdf

[http://www.elbebe.com/ninos/10-principios-declaracion-universal-derechos-del-](http://www.elbebe.com/ninos/10-principios-declaracion-universal-derechos-del-nino)

[ninohttp://www.rae.es/](http://www.rae.es/)

<http://definicion.de/dano/>

<http://www.significados.com/>

<http://definicion.de/salud/>. Organización Mundial de la Salud.

https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_de_familia.

ANEXO 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA

El problema	Objetivos	Hipótesis General	Categorías de estudio	Método de la investigación	
<p>¿Qué argumentos justifican una propuesta legislativa para modificar el numeral 1 del artº 2 de la Ley 29174 que posibilite la extensión de la permanencia excepcional de los niños y adolescentes en los CARS hasta</p>	Objetivo General:		Categoría de estudio 1:	TIPO Y NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN	
	<p>Determinar qué argumentos justifican una propuesta legislativa para modificar el numeral 1 del artº 2 de la Ley 29174, que posibilite la extensión de la permanencia excepcional de los niños y adolescentes en los Centros de Atención Residencial, hasta que se verifique de manera indubitable que los padres del menor han logrado establecer un ambiente familiar adecuado para el desarrollo del niño y adolescente.</p>		<p>Existen argumentos doctrinarios, jurisprudenciales y legales que justifican una propuesta legislativa para modificar el numeral 1 del artº 2 de la Ley 29174, que posibilite la extensión de la permanencia excepcional de los niños y adolescentes en los Centros de Atención</p>	<p>Principios rectores del derecho del niño y adolescente.</p>	<p style="text-align: center;">Tipo: Aplicado.</p> <hr/> <p style="text-align: center;">Carácter: Dogmático Propositivo.</p> <hr/> <p style="text-align: center;">Nivel de investigación: Explicativo.</p> <hr/> <p style="text-align: center;">MÉTODO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN</p> <hr/> <p style="text-align: center;">Método de la investigación: Hipotético deductivo.</p> <hr/> <p style="text-align: center;">Diseño de la investigación: No experimental y de carácter analítico.</p>
	Objetivos Específicos:		Categoría de estudio 2:	Población:	
	<p>1º Determinar el origen y naturaleza jurídica del Principio del Interés Superior del Niño.</p>		<p>El test de ponderación</p>	<p>La población la conforma el equipo multidisciplinario del</p>	

que se verifique de manera indubitable que los padres del niños han logrado establecer un ambiente familiar para el desarrollo del niño?	2° Establecer qué fundamentos doctrinales, jurisprudenciales y legales sostienen la prevalencia del Principio del Interés Superior del Niño.	Residencial, hasta que se verifique de manera indubitable que los padres del menor han logrado establecer un ambiente familiar adecuado para el desarrollo del niño y adolescente.		Centro de Atención Residencial Elim, jueces de familia y, niños y niñas resididos en el CAR Elim.
	3° Determinar cómo se debe interpretar los 5 principios rectores del Derecho del Niño y Adolescente.		Categoría de estudio 3:	Tamaño de la Muestra:
	4° Dilucidar cuáles las consecuencias negativas que acarrea la interpretación asistemática de los 5 principios rectores del Derecho del Niño y Adolescente.		El interés superior del niño	Muestra 1: Conformada por tres niñas y tres niños albergados en los Hogares Elim – Cusco. Muestra 2: Conformada por el equipo Multidisciplinario del CAR Elim, integrado por 4 a 6 personas, quienes son: trabajadores sociales, tutores y profesores. Muestra 3: Conformado por dos jueces de familia del Cercado de Cusco,
	5° Verificar cuáles son las consecuencias negativas y positivas de la institucionalización de un niño o adolescente que esta albergado en un CAR.			
	6° Determinar cuándo se debe realizar un test de ponderación.		Categoría de estudio 4:	Debe anotarse que la muestra fue elegida aleatoriamente siguiendo el muestreo no probabilístico, por tanto, sólo constituye una muestra de apoyo en favor de nuestra hipótesis. (Argumento ad autotitatem).
	La institucionalización.			

Fuente: Elaboración propia.

ANEXO 2

FICHA DE OBSERVACION

Fecha...../...../...../

Lugar:.....
.....

Hora:.....

Datos del niño o niña:

Nombre Completo:

.....

Edad:.....

Motivo de ingreso:

.....

¿Qué hace el niño o niña?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

¿Cómo se desenvuelve en lo que hace?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

¿Cómo se le ve emocionalmente?

.....
.....
.....
.....
.....

FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

(no externado)

Fecha:...../...../.....

1). Datos del niño

Nombres y apellidos:

.....

2). Motivo de ingreso

.....
.....
.....

3). Fecha de ingreso

.....
.....

4). ¿Quién dispuso su internamiento?

.....
.....
.....

5). ¿Por cuánto tiempo?

.....
.....
.....

6). ¿El CAR cuenta con un plan de trabajo?

.....
.....
.....

7). Si dentro del plan de trabajo existe talleres ¿Cuáles son?

.....
.....
.....

FICHA DE ENTREVISTA

(Jueces de familia)

Fecha:...../...../.....

Hora:.....

1. DATOS PERSONALES.-

.....

2. CALIDAD.-

.....

3. PREGUNTAS.-

3.1 ¿Usted cree que deberíamos aplicar un test o juicio de ponderación en caso de encontrarnos ante un colisión entre estos principios?; ejemplo: **el derecho a tener una familia y no ser separado de ella vs el derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material o el interés superior del niño?**

.....
.....
.....
.....

3.2 ¿Cree usted que la permanencia excepcional **de los niños y adolescentes en los Centros de Atención Residencial, constituye una medida adecuada para velar por el interés superior del niño** en caso se verifique que los padres del niño no han logrado establecer un ambiente familiar adecuado para el desarrollo del niño?

.....
.....
.....
.....
.....

.....

FIRMA DEL ENTREVISTADO

FICHA DE ENTREVISTA

Fecha:...../...../.....

1). ¿Cuál es tu nombre completo?

.....

2). ¿Cuántos años tienes?

.....

3). ¿Hace cuánto tiempo estas en esta Casa Hogar?

.....
.....
.....

4). ¿Te gusta estar aquí?

.....
.....

5). ¿Por qué sí/no?

.....
.....
.....

6). ¿Qué cosas aprendiste aquí?

.....
.....
.....
.....

7). ¿Cómo te sientes en esta casa?

.....
.....
.....

8). ¿Ahora cuáles son tus actividades diarias?

.....
.....
.....

9). ¿En qué grado estas en el Colegio?

.....

10). ¿Antes de venir a esta casa que hacías normalmente?

.....

.....

.....

.....

CUESTIONARIO

(Equipo Multidisciplinario)

Fecha:...../...../.....

Hora:.....

1. DATOS PERSONALES.-

.....

2. CALIDAD.-

.....

3. PREGUNTAS.-

3.1 ¿Cuáles son los motivos más recurrentes por los que los niños o adolescentes son traídos a esta Casa Hogar?

.....
.....
.....

3.2 ¿Con que características en su aspecto físico y anímico normalmente llega un niño?

.....
.....
.....
.....

3.3 ¿Ante tal circunstancia cuáles son los trabajos primarios o iniciales que se realizan con ese niño o adolescente?

.....
.....
.....
.....
.....

3.4 ¿En líneas generales, cual es el tiempo mínimo en el que se puede ser resultados del trabajo que se hace con el niño?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

3.5 ¿Se realizan algún tipo de trabajos con la familia de estos niños?

.....
.....
.....

3.6 De ser afirmativa la respuesta; ¿Cómo asumen esta terapia o trabajo los padres de los estos niños?

.....
.....
.....

3.7 ¿Cuál es su opinión respecto a la institucionalización?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

3.8 ¿Usted sabe que es la Unidad de Investigación Tutelar y cuál es su función?

.....
.....
.....
.....

3.9 ¿Cuál es su opinión respecto al trabajo que realiza esta oficina?

.....
.....
.....
.....
.....

El TC en la sentencia recaída en el expediente n° 01817-2009 ha establecido los principios rectores del derecho del niño y adolescente son: **1) el principio de protección especial del niño, 2) el principio del interés superior del niño, 3) el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, 4) el derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y; 5) el derecho al desarrollo armónico e integral.**

3.10 ¿Usted cree que se vulnera alguno o algunos de estos principios cuando la oficina en mención actúa de la manera en que me describió?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....

FIRMA DEL ENTREVISTADO

ANEXO 3

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN CUALITATIVA PURA

(Técnica: Observación ; Instrumento: ficha de Observación)

I. DATOS GENERALES:

1.1 Apellidos y nombres del informante: Jennifer K. Sanchez Sarpañ
 1.2 Institución donde labora: Universidad Alas Peruanas
 1.3 Título de la Investigación: Extensión de la Permanencia Excepcional de los niños y adolescentes en los centros de Atención Residencial

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

INDICADORES	CRITERIOS	MUY BUENA				BUENA				REGULAR				MALA				
		85	86	87	88	65	66	67	68	45	46	47	48	25	26	27	28	
1. HONESTIDAD	Está formulado respetando la autoría.																	X
2. OBJETIVIDAD	Está expresado con imparcialidad científica.																	X
3. ACTUALIDAD	Dependiendo de los plenarios y la jurisprudencia, pero, no de los clásicos dogmáticos jurídicos.																	X
4. ORGANIZACIÓN	Existe un constructo lógico dentro de los lineamientos de la dogmática jurídica.																	X
5. SUFICIENCIA	Valora las doctrinas, legislaciones nacionales e internacionales.																	X
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para cumplir con los objetivos trazados.																	X
7. CONSISTENCIA	Utiliza suficientes referentes bibliográficos.																	X
8. COHERENCIA	Entre las citas referenciadas.																	X
9. METODOLOGÍA	Cumple con los lineamientos metodológicos.																	X
10. PERTINENCIA	Es asertivo y funcional para la Ciencia del Derecho																	X

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD: favorable

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN: 83 //

LUGAR Y FECHA: Cusco, 29 de Agosto 2017 //


 FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE
 DNI. 24001659 Teléfono. 983-750588

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN CUALITATIVA PURA

(Técnica: Análisis ; Instrumento: Ficha de Análisis Documental.)

I. DATOS GENERALES:

- 1.1 Apellidos y nombres del informante: Jennifer K. Sanchez Fantañ
 1.2 Institución donde labora: Universidad Alas Peruanas
 1.3 Título de la Investigación: Extensión de la Permanencia Excepcional de los niños y adolescentes en los Centros de Atención Residencial.

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

INDICADORES	CRITERIOS	VALORACIÓN																			
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
1. HONESTIDAD	Está formulado respetando la autoría.																				X
2. OBJETIVIDAD	Está expresado con imparcialidad científica.																				X
3. ACTUALIDAD	Dependiendo de los plenarios y la jurisprudencia, pero, no de los clásicos dogmáticos jurídicos.																				X
4. ORGANIZACIÓN	Existe un constructo lógico dentro de los lineamientos de la dogmática jurídica.																		X		
5. SUFICIENCIA	Valora las doctrinas, legislaciones nacionales e internacionales.																				X
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para cumplir con los objetivos trazados.																				X
7. CONSISTENCIA	Utiliza suficientes referentes bibliográficos.																				X
8. COHERENCIA	Entre las citas referenciadas.																			X	
9. METODOLOGÍA	Cumple con los lineamientos metodológicos.																				X
10. PERTINENCIA	Es asertivo y funcional para la Ciencia del Derecho																				X

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD: favorable

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN: 81 //

LUGAR Y FECHA: Cusco, 29 de Agosto 2017 //


 FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE
 DNI. 24001669 Teléfono: 983-750588

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN CUALITATIVA PURA

 (Técnica: Entrevista ; Instrumento: Preguntas Estructuradas.
I. DATOS GENERALES:

- 1.1 Apellidos y nombres del informante:
- Jennifer K. Sanchez Farfán
-
- 1.2 Institución donde labora:
- Universidad Alas Peruanas
-
- 1.3 Título de la Investigación:
- Extensión de la Permanencia Excepcional de los niños y adolescentes en los Centros de Atención Residencial.

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

INDICADORES	CRITERIOS	VALORACIÓN																				
		0	5	10	15	20	25	30	35	40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. HONESTIDAD	Está formulado respetando la autoría.																					X
2. OBJETIVIDAD	Está expresado con imparcialidad científica.																					X
3. ACTUALIDAD	Dependiendo de los plenarios y la jurisprudencia, pero, no de los clásicos dogmáticos jurídicos.																					X
4. ORGANIZACIÓN	Existe un constructo lógico dentro de los lineamientos de la dogmática jurídica.																					X
5. SUFICIENCIA	Valora las doctrinas, legislaciones nacionales e internacionales.																					X
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para cumplir con los objetivos trazados.																					X
7. CONSISTENCIA	Utiliza suficientes referentes bibliográficos.																					X
8. COHERENCIA	Entre las citas referenciadas.																					X
9. METODOLOGÍA	Cumple con los lineamientos metodológicos.																					X
10. PERTINENCIA	Es asertivo y funcional para la Ciencia del Derecho																					X

 III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD: favorable

 IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN: 80.5 //

 LUGAR Y FECHA: Cusco 29 de Agosto 2017 //


 FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE
 DNI: 24001669 Teléfono: 983-750588

ACTA DE SUSTENTACIÓN PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

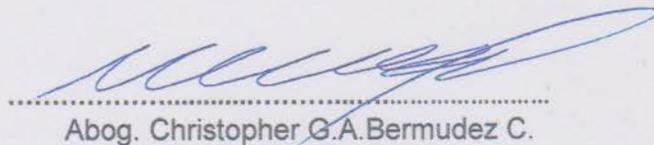
En Cusco, siendo las 9:30 horas del 20 de Noviembre del 2017, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, bajo la Presidencia del Abogado: **Christopher Giorgi Aldo Bermudez Corzano**, se inició la Sesión Pública de Exposición y Evaluación, para otorgar el Título Profesional de Abogado, bajo la modalidad de Sustentación de Tesis (Resolución N°2558-2017-FDYCP-UAP) a Don: **HUGO VICTOR SUNI QUISPE**, quien expuso la Tesis: **"EXTENSION DE LA PERMANENCIA EXCEPCIONAL DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS CENTROS DE ATENCION RESIDENCIAL"**, ante el Jurado integrado por los señores :

- Abog. Christopher Giorgi A. Bermudez Corzano : Presidente de Jurado
- Abog. Julio Quillahuaman Lasteros : Miembro de Jurado
- Abog. Geyner Sotomayor Motta : Miembro de Jurado

Expuesta la Tesis, el bachiller absolvió las preguntas que le formularon los miembros del jurado, habiendo obtenido el siguiente resultado:

"Aprobado por Mayoría"

En fe de lo cual se asentó la presente acta que firma el Señor Presidente y los demás miembros del Jurado.



Abog. Christopher G.A. Bermudez C.
Presidente de Jurado
CAL. N° 62128



Abog. Julio Quillahuaman Lasteros
Miembro de Jurado
CAC. N° 6794



Abog. Geyner Sotomayor Motta
Miembro de Jurado
CAC. N° 5454

INFORME N° 001-IECCB-T-2017

AL : **Dr. Ricardo Alfredo Díaz Bazán Ph.D**
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

DE : **Isaac Enrique Castro Cuba Barineza Ph.D.**
Docente Asesor.
Código N° 001451

REFERENCIA: Resolución Decanal N° 1491-2017-FDYCP-UAP

ASUNTO : Asesoría Metodológica: Tesis.

BACHILLER : **HUGO VICTOR SUNI QUISPE**

Título: "EXTENSION DE LA PERMANENCIA EXCEPCIONAL DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS CENTROS DE ATENCION RESIDENCIAL".

FECHA : 25 de agosto de 2017.

Tengo en agrado de dirigirme a Usted, con relación a la referencia, a fin de hacer de vuestro conocimiento el presente informe, la evaluación de los aspectos de forma y fondo:

1. DE LOS ASPECTOS DE FORMA

Se ha considerado la **Resolución Vicerrectoral N° 2343-2013-VIPG-UAP**, que regular la estructura del proyecto de Tesis, la estructura de Tesis.

2. DE LOS ASPECTOS DE FONDO

TITULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACION

Con relación al título del tema de investigación considero que está bien elaborado, contiene las variables de estudio y expresa el problema que se aborda en el estudio.

DEL CAPITULO I: PLATEAMIENTO DEL PROBLEMA

- Descripción de la realidad problemática: Se describe el problema de la investigación caracterizándolo con datos. En ella se señala la motivación que induce la investigación, así mismo se hace referencia al marco normativo nacional e internacional en el que se encuadra el tema abordado.

- Delimitación de la investigación: La delimitación del estudio es correcta y precisa el ámbito espacial, temporal y social en el que se desarrolló el estudio.
- Problemas de la investigación: El problema enuncia el problema que se aborda y de manera propositiva la solución que se pretende. Contiene las variables del estudio. Así mismo los problemas específicos se orientan a recabar información pertinente para absolver el problema principal.
- Objetivos de la investigación: Los objetivos se corresponden con el problema planteado.
- Hipótesis y variables de la investigación: Igualmente las hipótesis guardan coherencia con el problema y el objetivo.
- Metodología de la investigación: Es correcta, se asumió un estudio dogmático propositivo dentro de la investigación jurídica.
- Justificación e importancia de la investigación; Expresa los argumentos que justifican el estudio.

DEL CAPITULO II: MARCO TEORICO

- Antecedentes de la investigación: Los antecedentes son vinculados al tema de investigación.
- Bases teóricas: Los temas desarrollados están en relación a las variables de estudio y señalan los fundamentos teóricos que sostienen el estudio.
- Bases Legales: Son pertinentes.
- Definición de términos básicos: Están referidas al tema de estudio.

DEL CAPITULO III: PRESENTACION, ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS

- Análisis de Tablas y Gráficos: La presentación y el análisis de la información es correcto.
- Discusión de Resultados: Está en relación a la información recabada y a los objetivos que se planteó en el estudio. Se concluye con la propuesta legislativa que el autor del estudio considera como solución al problema materia del estudio.
- Conclusiones: Guardan relación con los objetivos de la investigación.
- Recomendaciones: son pertinentes.
- Fuentes de información: Se han consignado las que se utilizaron en el estudio.

ANEXOS:

- Matriz de consistencia.
- Instrumentos.
- Validación de instrumentos por experto (Ficha de validación. Juicio de experto).

CONCLUSION

Por lo expuesto, habiéndose cumplido con las sesiones de asesoramiento correspondiente al **aspecto metodológico**, considero que el bachiller HUGO VICTOR SUNI QUISPE ha realizado la **tesis** conforme a las exigencias establecidas por la Facultad, para su preparación y elaboración; el mismo que está concluido y listo para ser sustentado.

Atentamente,


ISAAC ENRIQUE CASTRO CUBA BARINEZA Ph. D.
Docente Asesor.
Código N° 001451

Isaac Enrique Castro Cuba Barineza Ph.D.
 ICAC. 4568

INFORME N° 001-IECCB-T-2017

AL : Dr. Ricardo Alfredo Díaz Bazán Ph.D
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

DE : Mag. JENNIFER K. SANCHEZ FARFAN.
Docente Asesor.
Código N° 046029

REFERENCIA: Resolución Decanal N° 1491-2017-FDYCP-UAP

ASUNTO : Asesoría Temática: Tesis.

BACHILLER : HUGO VICTOR SUNI QUISPE

Título: “EXTENSION DE LA PERMANENCIA EXCEPCIONAL DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS CENTROS DE ATENCION RESIDENCIAL”.

FECHA : 07 de septiembre de 2017.

Tengo el agrado de dirigirme a Usted, con relación a la referencia, a fin de hacer de vuestro conocimiento el presente informe, la evaluación de los aspectos de forma y fondo:

1. DE LOS ASPECTOS DE FORMA

Se ha considerado la Resolución Vicerrectoral N° 2343-2013-VIPG-UAP, que regular la estructura del proyecto de Tesis, la estructura de Tesis, y que hace referencia a las normas del APA.

2. DE LOS ASPECTOS DE FONDO

TITULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACION

Con relación al título del tema de investigación considero que está bien elaborado, dado que el tesista analiza una posible extensión de la permanencia excepcional de los niños y adolescentes en los Centros de atención Residencial hasta que se verifique de manera indubitable que los padres del niño han logrado establecer un ambiente familiar adecuado para el desarrollo del niño. El título va acorde a la tipología dogmática-propositiva de la investigación.

DEL CAPITULO I: PLATEAMIENTO DEL PROBLEMA

- **Descripción de la realidad problemática:**

El tesista describe el surgimiento del problema en razón de lo regulado por el artº 2 numeral 1 de la Ley Nº 29174 (Ley General de Centros de Atención Residencial de Niños, Niñas y Adolescentes), que establece las condiciones o requisitos para que un niño sea egresado de un CAR. En ese entendido, siendo tres las condiciones reguladas por el artículo acotado a efectos de que el niño sea egresado, y siendo además estas excluyentes conforme se puede interpretar de su texto, el problema estriba según el tesista en la primera condición, esto es, “cuando se hayan modificado las condiciones que originaron su incorporación”, dado que en la casuística no se verifica la existencia indubitable de esta modificación, sino únicamente se sigue un proceso de investigación tutelar contra el tiempo, es decir, que no se extienda más de 6 meses, sin reparar en el informe emitido por el equipo multidisciplinario del CAR en el que se encuentra albergado el niño. Dicho en otras palabras, desconociendo la opinión técnica de quienes trataron directamente con el niño y con su familia. Sumado a ello según el tesista está la interpretación aislada y asistemática por parte de los operadores del derecho en materia tutelar en cuanto al derecho-principio del niño y adolescente de vivir en una familia y no ser separado de ella, puesto que este apenas constituye un principio rector de los cinco que estableció el Tribunal Constitucional en materia de Derecho del Niño y Adolescente; siendo estos i) el interés superior del niño, ii) el derecho a su protección especial, iii) el derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y, iv) el derecho al desarrollo armónico e integral.

- **Justificación e importancia de la investigación:**

Se ha expuesto suficientemente los argumentos que motivan la investigación, en vista de que la propuesta legislativa formulada por el tesista está dirigida a dar solución al problema planteado.

EL CAPITULO II: MARCO TEORICO

- **Antecedentes de la investigación:**

Los antecedentes conformados por las tesis citadas por el tesista, tienen relación con el tema objeto de estudio; asimismo sirvieron de fuente de donde el tesista pudo recabar que fortaleció sus bases teóricas.

- **Bases teóricas:**

Dentro de este t3pico, el tesista desarrolla temas relacionados a las variables de la investigaci3n, as3 como a sus indicadores.

- **Bases Legales:**

Las bases legales citadas adem3s de ser pertinentes al estudio, constituyen argumento legal suficiente para fundamentar la hip3tesis planteada por el tesista.

- **Definici3n de t3rminos b3sicos:**

El tesista realizo una selecci3n correcta de los t3rminos b3sicos para facilitar la comprensi3n de la investigaci3n.

DEL CAPITULO III: PRESENTACION, ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS

- **Discusi3n de Resultados:**

Respondieron a los objetivos planteados y est3n en relaci3n a la informaci3n obtenida; de forma tal que el tesista al corroborar su hip3tesis concluye con la propuesta legislativa que considera dar3 soluci3n al problema objeto de estudio.

- **Conclusiones:**

Tienen relaci3n con los objetivos planteados en la investigaci3n.

- **Recomendaciones:**

Constituyen un aporte valorable por cuanto son pertinentes.

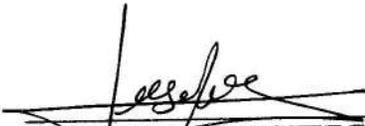
- **Fuentes de informaci3n:**

La bibliograf3a y linkograf3a consignada, corresponde a la empleada en la investigaci3n.

CONCLUSION

Por lo expuesto, habi3ndose cumplido con las sesiones de asesoramiento correspondiente al **aspecto tem3tico**, considero que el bachiller HUGO VICTOR SUNI QUISPE ha realizado la tesis conforme a las exigencias establecidas por la Facultad, para su preparaci3n y elaboraci3n; el mismo que est3 concluido y listo para ser sustentado.

Atentamente,



Mag. JENNIFER K. SANCHEZ FARFAN.
Docente Asesor.
Código N° 046029