



**UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS  
VICERRECTORADO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO  
CICLO DE GRADUACION EN MAESTRÍAS**

**TESIS**

**“DESIGNACIÓN Y CONTROL DE LA FUNCIÓN DEL TUTOR  
FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y  
OBLIGACIONES DEL MENOR EN LOS JUZGADOS DE  
FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA 2010”**

**PARA OPTAR EL GRADO DE  
MAESTRO EN DERECHO DE FAMILIA**

**GRADUANDO :**

**Abog. PABLO EDUARDO CARCAUSTO CHAVEZ.**

**ICA - PERÚ**

**2011**

**DEDICATORIA**

*Para mi familia que día a día han sabido apoyarme con sus palabras y cariño, quienes a pesar de mi ausencia, han tenido la fuerza y el coraje para salir adelante, en la búsqueda de mejorarse como personas y profesionales, motivo sin el cual no hubiera sido posible el logro de mis objetivos en el ámbito académico.*

## RESUMEN

Con el presente trabajo de investigación se pretende demostrar que la designación y control de la función del tutor no se está realizando de una manera adecuada por los Juzgados de Familia del Cercado e Arequipa, por lo que es necesario determinar los mecanismos más apropiados de protección de los derechos y obligaciones del menor tutelado.

Resulta de suma importancia la implementación adecuada de políticas de protección a favor de los menores tutelados, a fin de que se pueda controlar de una manera más eficiente la labor que desempeñan los tutores, pues ello redundará en que los menores tutelados se encuentren en mejor disposición de amparo frente a sus derechos y obligaciones y sin que estos deban ser vulnerados en su integridad.

En suma se pretende plantear nuevas alternativas de solución frente a la indiferencia de la tutela de menores que se encuentren en abandono y sin protección alguna frente a la sociedad y que prevengan o sancionen de forma más eficiente la inadecuada designación y control de la labor desempeñada por el tutor.

Por lo expuesto la presente investigación presenta una relevancia científica contemporánea, ya que esta investigación nos permitirá determinar que labor viene ejerciendo el nombramiento de tutores a menores en estado de abandono y si dicha labor es eficiente o no, proponiendo alternativas de mejoramiento a dicha función.

## ABSTRACT

With the present research is to demonstrate that the designation and monitoring of the mentor's function is not performed in an appropriate manner by the family courts and Arequipa, Cercado, so it is necessary to determine the most appropriate mechanisms to protect rights and obligations of the child protected.

It is of utmost importance to the proper implementation of protection policies for children in care, so it can monitor more efficiently the work performed by the tutors, as this will result in children in care are in a better position for defense against their rights and obligations and that these should not be infringed in their entirety.

In sum is intended to raise new alternative solution to the indifference of the guardianship of children who are abandoned and unprotected against the company and to prevent or punish more efficiently and control the inadequate description of work performed by guardian.

For the foregoing, the present research presents a contemporary scientific relevance, as this research will allow us to determine what work has been practicing the appointment of guardians for minors who have been abandoned and whether the work is efficient or not, offering alternatives for improving the function.

## INDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I	
PLANEAMIENTO METODOLOGICO	
1.1 Descripción de la realidad problemática.	10
1.2 Delimitación de la investigación.	12
1.3 Formulación de Problemas.	12
1.3.1 Problema General.	12
1.3.2 Problemas Específicos.	13
1.4 Objetivos de la investigación.	13
1.4.1 Objetivo general.	13
1.4.2 Objetivos específicos.	13
1.5 Hipótesis de la investigación.	14
1.5.1 Hipótesis general.	14
1.5.2 Hipótesis secundarias.	14
1.5.3 Variables e indicadores.	14
1.6 Diseño de la investigación.	15
1.6.1 Tipo de investigación.	15
1.6.2 Nivel de investigación.	16
1.6.3 Método.	16
1.7 Población y Muestra.	17
1.7.1 Población.	17
1.7.2 Muestra.	17
1.8 Técnicas e Instrumentos de recolección de datos.	18
1.8.1 Técnicas.	18
1.8.2 Instrumentos.	18
1.9 Justificación e importancia de la investigación.	19

**CAPITULO II****MARCO TEORICO**

<b>2.1 Antecedentes de la investigación.</b>	<b>20</b>
<b>2.2 Bases teóricas.</b>	<b>20</b>
<b>2.3 Definición de términos básicos.</b>	<b>20</b>
<b>2.3.1 LA INSTITUCION DE LA TUTELA</b>	<b>20</b>
2.3.1.1 Antecedentes históricos	20
2.3.1.2 Concepto de tutela	21
2.3.1.3 Características de la tutela	23
2.3.1.4 Los sujetos en la tutela	24
2.3.1.5 Designación de la tutela	25
2.3.1.6 Clases de tutela	27
2.3.1.7 Función del tutor	29
2.3.1.8 Atribuciones del tutor	29
2.3.1.9 Termino de la tutela	31
2.3.1.10 Designación y control de la función del tutor	32
<b>2.3.2 LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL MENOR</b>	<b>34</b>
2.3.2.1 Introducción a los derechos del menor	34
2.3.2.2 La protección de la personalidad del menor	35
2.3.2.3 La declaración de los derechos del niño	45
2.3.2.4 Categorías de los derechos del niño	46
2.3.2.5 Derechos del niño y legislación interna	47
2.3.2.6 Obligaciones del menor	47
2.3.2.7 Responsables de la protección de los derechos de los niños	48
2.3.2.8 Familias y los derechos de la infancia	49
2.3.2.9 Poner los principios en práctica	50
2.3.2.10 La función de las autoridades locales	52

<b>2.3.3</b>	<b>LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL MARCO DEL AUGE DE LOS DERECHOS HUMANOS</b>	<b>52</b>
<b>2.3.3.1</b>	<b>Doctrina de la protección integral</b>	<b>55</b>
<b>2.3.3.2</b>	<b>Convención internacional de derechos del niño</b>	<b>56</b>
<b>2.3.3.3</b>	<b>Definición y contenido del derecho del niño y del adolescente</b>	<b>57</b>
<b>2.3.3.4</b>	<b>El código de los niños y adolescentes</b>	<b>58</b>
<b>2.3.3.5</b>	<b>Título Preliminar</b>	<b>59</b>

### **CAPITULO III**

#### **PRESENTACION, ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS**

<b>Análisis de los resultados.</b>	<b>63</b>
<b>CONCLUSIONES.</b>	<b>103</b>
<b>RECOMENDACIONES.</b>	<b>106</b>
<b>ANEXOS.</b>	<b>107</b>
<b>1. Bibliografía.</b>	
<b>2. Matriz de consistencia</b>	<b>109</b>
<b>3. Encuesta</b>	<b>111</b>

## INTRODUCCIÓN

La tutela es una institución jurídica que tiene por objeto la guarda de la persona y sus bienes, o solamente de los bienes o de la persona, de quien, no estando bajo la patria potestad, es incapaz de gobernarse por sí mismo por ser menor de edad o estar declarado como incapacitado.

Se entiende como tutor al representante legal del menor o incapacitado en el ejercicio de las funciones de tutela, pudiendo ser, según cada legislación, una persona física o una persona jurídica.

En algunas legislaciones se permite que existan dos o más tutores, cuando lo aconseja que uno de ellos gestione la tutoría de la persona y otro la del patrimonio.

La capacidad legal para ser tutor se concede a todos los mayores de edad, con plena capacidad para el ejercicio de los derechos civiles y que no incurran en causas de incapacidad.

La tutela se extingue por la mayoría de edad del menor, por su adopción, por su fallecimiento, por recuperación de la patria potestad del progenitor o progenitores o por resolución judicial que ponga fin a la incapacidad que dio origen a la tutela.

La finalización de la tutela exige la rendición de cuentas, ante la autoridad judicial, de la administración de los bienes que realizó el tutor.

La tutela es la responsabilidad de cuidar la persona y administrar los bienes de quienes no tienen capacidad para cuidarse a sí mismos ni tienen a nadie que ejerza sobre ellos la patria potestad; o la responsabilidad de administrar

los bienes de quienes por ser pródigos o ebrios habituales no pueden administrarlos.

De lo expuesto se concluye que el presente trabajo de investigación está orientado a determinar de que manera la función que se designa al tutor por nuestro Código Civil, protege los derechos y obligaciones del menor y si las medidas que se dictan para el cumplimiento de los mismos son adecuados a nuestra realidad o necesitan ser mejorados o reestructurados.

Es así que la investigación planteada es de tipo aplicativo, el nivel es explicativo y el diseño es transversal; puesto que partiendo de la utilización e conocimientos previos, se llegará a resolver los problemas que puedan existir en la designación y control del tutor por parte de los Juzgados de Familia en la salvaguarda de proteger los derechos y obligaciones del menor, explicando adecuadamente dicha realidad para plantear puntualmente las alternativas de solución

La importancia de la investigación se sustenta en un planteamiento adecuado de políticas de protección a favor de los menores tutelados, a fin de que se pueda controlar de una manera más eficiente la labor que desempeñan los tutores, pues ello redundará en que los menores tutelados se encuentren en mejor disposición de amparo frente a sus derechos y obligaciones y sin que estos deban ser vulnerados en su integridad.

**El autor**

## CAPITULO I

### PLANEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.

Se considera legalmente situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

En estos casos la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate esta situación de desamparo tiene por ministerio de la Ley (automáticamente) la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas.

La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

La tutela se establece para garantizar de forma permanente y estable de la guarda y protección de la persona y bienes del tutelado. Por tanto, se puede distinguir un aspecto personal y otro patrimonial en el contenido de la tutela. En cuanto al primero, los sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor, quienes podrán, en el ejercicio de su cargo, recabar el auxilio de la autoridad, así como corregir a los menores razonable y

moderadamente, a semejanza de lo que se establece para la patria potestad de los padres.

En cuanto al contenido patrimonial, el tutor es el administrador legal del patrimonio del tutelado y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia.

Por otra parte, el tutor es el representante legal del menor o incapacitado, pudiendo actuar como tal por sí sólo en los actos ordinarios de educación y cuidado personal del pupilo y de administración de su patrimonio.

Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. Sólo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos, es decir, cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo.

Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela. El interesado que alegue causa de excusa deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento, o cuando acontezca la causa en caso de ser sobrevenida.

La conclusión principal que podemos extraer sobre la problemática relativa a los derechos y obligaciones del niño y sobre las garantías existentes para su pleno disfrute es que a pesar que se han dictado muchas leyes, esta abundancia legislativa no se ha traducido en una mejora real para los derechos y obligaciones del niño, que son el subconjunto más vulnerable, por menos numeroso, en ambos grupos.

Las normas son a veces demasiado inconcretas, pero otras veces el problema no es ese, sino una falta de garantías que respalde su cumplimiento, problema que predomina en todas las obligaciones que no tienen un contenido exclusivamente económico. El control jurisdiccional unas veces es insuficiente y demasiado lento, otras veces imposible por falta de legitimación activa. Ello, unido a que muchas familias no están en situación de luchar por los derechos de sus hijos. Hay una enorme divergencia entre lo que las leyes dicen que se va a hacer y lo que realmente se hace. Sin embargo el estudio y sistematización de las normas constituye el primer paso para intentar cambiar esta situación de injusticia palmaria.

## **1.2 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.**

- a. **Delimitación Temporal:** En el año 2010
- b. **Delimitación Espacial:** Los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa.
- c. **Delimitación Social:** Los proceso tutelares tramitado en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa.
- d. **Delimitación Conceptual:** La tutoría de menores frente a la protección de los derechos y obligaciones del menor.

## **1.3 FORMULACIÓN DE PROBLEMAS.**

### **1.3.1 PROBLEMA GENERAL.**

¿De qué manera la designación y control de la función del tutor influye en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa en el año 2010?

### **1.3.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS.**

- ¿De qué manera la aplicación de la función del tutor influye en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa en el año 2010?
- ¿De qué modo el control de la función del tutor influye en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa en el año 2010?

## **1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.**

### **1.4.1 OBJETIVO GENERAL.**

Determinar de qué manera la designación y control de la función del tutor influye en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del Cercado de Arequipa en el año 2010.

### **1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

- Identificar la manera como la aplicación de la función del tutor influye en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa en el año 2010.
- Explicar de que modo el control de la función del tutor influye en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa en el año 2010

## 1.5 HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.

### 1.5.1 HIPÓTESIS GENERAL.

La designación y control de la función del tutor podría influir en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa.

### 1.5.2 HIPÓTESIS SECUNDARIAS.

- La aplicación de la función del tutor podría influir en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa.
- El control de la función del tutor podría influir en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa.

### 1.5.3 VARIABLES E INDICADORES.

ANÁLISIS	VARIABLE	INDICADORES
VARIABLE INDEPENDIENTE	Designación y control de la función del tutor	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Funciones del tutor</li> <li>• El consejo de familia</li> <li>• Sanciones que propone el Código Civil</li> <li>• Sanciones que aplica el Juzgado de Familia</li> </ul>

<p>VARIABLE DEPENDIENTE</p>	<p>La protección de los derechos y obligaciones del menor</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derechos del menor</li> <li>• Menores sujetos tutela</li> <li>• Obligaciones del menor</li> <li>• Medidas que se adoptan para la protección del menor</li> </ul>
---------------------------------	-----------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## 1.6 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.

### 1.6.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN.

- Por el objetivo: Aplicada  
Se utilizara los conocimientos en la práctica, para aplicarlos en los caso de nombramiento de tutor, en provecho de los menores
- Por el enfoque: Especializada  
Porque es una investigación más compleja que la investigación descriptiva, y consiste fundamentalmente en establecer la comparación de variables.  
Además, se refiere a la proposición de hipótesis que el investigador trata de probar o invalidar.
- Por la perspectiva temporal: Coyuntural  
Es una investigación de acuerdo al tiempo de su ejecución, en este caso la investigación coyuntural porque es del tiempo presente en que los hechos serán investigados.

- Por las fuentes de información: Documental y de campo  
Porque la presente investigación debe comprender y resolver alguna situación, necesidad o problema en un contexto determinado. El investigador trabaja en el ambiente natural en que conviven las personas y las fuentes consultadas, de las que obtendrán los datos más relevantes a ser analizados, son individuos, grupos y representaciones de las organizaciones científicas no experimentales dirigidas a descubrir relaciones e interacciones entre variables sociológicas, psicológicas y educativas en estructuras sociales reales y cotidianas

### **1.6.2 NIVEL DE INVESTIGACIÓN.**

Explicativa, porque la presente investigación irá más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; estará dirigida a responder a las causas de los eventos físicos o sociales que se producen en la designación y control de la función del tutor y su influencia en los derechos y obligaciones de los menores. Es decir el principal interés se centra en explicar por qué ocurre este fenómeno y en qué condiciones se da éste.

### **1.6.3 MÉTODO.**

El diseño general que se emplea en el presente trabajo es el transeccional o transversal, mediante el cual se realizará el estudio de un hecho o fenómeno en un momento determinado y siendo el diseño específico el estudio explicativo causal de la presente investigación. Asimismo tanto para la variable independiente como para la dependiente, se emplearán los métodos deductivo e inductivo.

## 1.7 POBLACIÓN Y MUESTRA.

### 1.7.1 POBLACIÓN.

Los procesos tutelares tramitados por los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa.

### 1.7.2 MUESTRA.

Para la investigación documental las unidades de estudio se encuentran constituidas por los dispositivos legales en materia civil y familia que contemplan las funciones del tutor frente a los derechos y obligaciones de los menores.

Para la investigación de campo, consideramos como unidades de estudio los expedientes de procesos tutelares tramitados en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa, durante los meses de enero a diciembre del año 2009 que suman en total 444 procesos (número estimado) y en vista que el universo es muy numeroso, se tomará una muestra estratificada al azar.

$$No = \frac{n}{1 + \frac{n-1}{n}} = \boxed{222}$$

El marco muestral que se utilizará para identificar a los elementos de la muestra será: Dado que del universo de 444 casos el cien por ciento corresponden a los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa; y siendo que la muestra será de 222 casos, se tomará un número de casos de cada Juzgado correspondiente al

porcentaje que represente; por lo que corresponderá tomar el siguiente porcentaje:

JUZGADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Primero	72	25 %
Segundo	72	25 %
Tercero	71	25 %
Cuarto	71	25 %
<b>TOTAL</b>	<b>286</b>	<b>100 %</b>

## 1.8 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

### 1.8.1 TÉCNICAS.

TECNICAS
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Observación documental</li> <li>- Revisión documental</li> <li>- Análisis y síntesis</li> <li>- Inducción y deducción</li> <li>- Encuesta</li> <li>- Técnica del cuestionario</li> </ul>

### 1.8.2 INSTRUMENTOS.

INSTRUMENTOS
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ficha bibliográfica</li> <li>- Ficha documental</li> <li>- Libreta de apuntes</li> <li>- Cédulas de preguntas</li> <li>- Matriz de registro</li> </ul>

## **1.9 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.**

Con el presente trabajo de investigación se demuestra que la designación y control de la función del tutor no se está realizando de una manera adecuada por los Juzgados de Familia del Cercado e Arequipa, por lo que es necesario determinar los mecanismos más apropiados de protección de los derechos y obligaciones del menor tutelado.

Resulta de suma importancia la implementación adecuada de políticas de protección a favor de los menores tutelados, a fin de que se pueda controlar de una manera mas eficiente la labor que desempeñan los tutores, pues ello redundará en que los menores tutelados se encuentren en mejor disposición de amparo frente a sus derechos y obligaciones y sin que estos deban ser vulnerados en su integridad.

En suma se pretende plantear nuevas alternativas de solución frente a la indiferencia de la tutela de menores que se encuentren en abandono y sin protección alguna frente a la sociedad y que prevengan o sancionen de forma más eficiente la inadecuada designación y control de la labor desempeñada por el tutor.

Por lo expuesto la presente investigación presenta una relevancia científica contemporánea, ya que esta investigación nos permitirá determinar que labor viene ejerciendo el nombramiento de tutores a menores en estado de abandono y si dicha labor es eficiente o no, proponiendo alternativas de mejoramiento a dicha función.

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEORICO**

#### **3.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

Efectuada la búsqueda en las diferentes bibliotecas de la ciudad se ha podido comprobar que el tema materia de investigación, no ha sido investigado de manera alguna, posiblemente porque recién en el año 2000, se aprobó el Código del Niño y Adolescente, y como ahora el bachillerato es automático en las facultades de Derecho del país, se ha reducido considerablemente las investigaciones jurídicas y por tanto no se ha tomado como materia de investigación el presente tema.

#### **3.2 BASES TEÓRICAS**

Las bases teóricas de la presente investigación son la base social y jurídica.

#### **2.4 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS**

##### **2.4.1 LA INSTITUCION DE LA TUTELA**

###### **2.4.1.1 Antecedentes históricos**

La tutela aparece en Grecia al destacarse la personalidad del hijo de la del padre y de los parientes. Surge así, primero la tutela familiar; y luego el órgano de protección pupilar.

En el Derecho Romano, la tutela como la curatela está comprendida dentro del derecho de las personas. Sobre todo en sus inicios, la idea de defender el patrimonio familiar era preponderante; si el impúber tenía necesidad de un protector para administrar su patrimonio e impedir a un tercero abusar de su debilidad, la conservación de sus bienes era de gran importancia para los miembros de la familia civil llamados a heredarle a su muerte. Por eso, “la ley de las XXII Tablas confiaba la tutela a los agnados o al patrono del impúbero”.<sup>1</sup>

Eran cuatro las causas de incapacidad: la impubertad y el sexo femenino, que originaban una tutela; y las alteraciones mentales y la prodigalidad, que daban lugar a curatelas. En suma, dentro del Derecho Romano, la tutela es un poder dado y permitido por el Derecho Civil sobre una persona libre, para proteger a quien, a causa de su edad, no puede defenderse por sí mismo.

Después de una evolución de siglos, la tutela llega a las legislaciones modernas manteniendo en lo sustancial el mismo concepto, la figura se organiza sobre uno de los tres esquemas; el llamado latino, que entrega a la misma familia del menor, preferentemente, su protección y guarda; el denominado germano, que acentúa la intervención protectora de la sociedad a través de los órganos del Estado; y el mixto, que combina los elementos familiar y estatal, privado y público.

#### **2.4.1.2 Concepto de tutela**

Es una institución destinada al cuidado y dirección de los menores de edad que no están sujetos a patria potestad, sea porque ambos padres han muerto, o porque los menores son de filiación desconocida o porque aquellos han sido privados de la patria potestad.

---

<sup>1</sup> O. Ortolán; citado por Cornejo Chávez , 1 Derecho Familiar Peruano 1999, pág. 675

Algunos piensan que la tutela del latín “tueri” (proteger), puede definirse con la simple indicación de que debe darse a los menores de edad que no están sujetos a la patria potestad, o como un poder sucedáneo que entra solamente en función a falta de la autoridad paterna.

Otros, utilizando una fórmula que englobe todos los aspectos principales de la tutela, dicen que “la tutela en el gobierno doméstico, es una especie de magistratura subsidiaria, cuya duración y funciones se determinan según reglas que son comunes a casi todas las naciones. Destinase el tutor a la persona y los bienes; debe ser elegido por la familia y en la familia, porque es necesario que tenga un interés real en conservar los bienes y un interés de honra y afección en velar por la educación y salud de la persona”.<sup>2</sup>

Se dice también que la tutela “es un cargo esencialmente personal, que se confiere a un individuo en la plenitud de sus derechos, para el cuidado y representación de la persona y la administración de los bienes o solamente esta última, de los que, no estando bajo la patria potestad, tienen restringida su personalidad jurídica”<sup>3</sup> o que “es el cuidado, llevado bajo la inspección del Estado, por una persona de confianza, sobre la persona y el patrimonio de quien no está en situación de cuidar de sus asuntos por sí mismo o que, por lo menos, se le trata jurídicamente como si no estuviera en esa situación.”<sup>4</sup>

Según el Código peruano en el artículo 502, “la tutela es una figura supletoria de la patria potestad, por la cual se provee a la guarda de la persona y de los bienes de los incapaces por razón de la edad que carecen de padres expeditos”. De acuerdo a nuestra ley, la tutela no funciona simultáneamente con la patria potestad (sino en defecto de ella), salvo el caso aludido de los artículos 340 y 355 (padres

---

<sup>2</sup> Alfredo Barrós Errázuriz; citado por Cornejo Chávez, Ob. Cit. , pág. 673

<sup>3</sup> Ibidem

<sup>4</sup> Theodor Kipp y Martín Wolf; citado por Cornejo Chávez, Ob. Cit. pág.673

separados o divorciados, cuyos hijos entrega el juez a un tercero, de preferencia abuelo, hermano o tío).

De lo anterior se concluye que la tutela es una institución supletoria de la patria potestad, con igual finalidad de protección de la persona y de los bienes de los menores de edad, que se organiza únicamente cuando falta la autoridad paterna o cuando los padres no están expeditos para ejercer la patria potestad

#### **2.4.1.3 Características de la tutela**

La tutela se caracteriza, en primer lugar, por la presencia de un interés colectivo, carácter público del cargo, obligatoriedad de su asunción y ejercicio, y supervigilancia del Estado. A la sociedad le importa vitalmente que los incapaces se hallen debidamente protegidos.

La tutela es representativa; “el tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles: gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad.”<sup>5</sup>

En la legislación nacional (artículo 527), la sustitución del pupilo por el tutor no es absoluta, ya que a medida que va madurando en edad, va siendo mayor la participación que la ley peruana le otorga en la realización de diversos actos, en el ejercicio de determinados derechos y en la asunción de responsabilidades.

La tutela es también permanente, en el sentido exacto de la palabra, que se contrapone a lo fugaz y que no equivale a vitalicia, en cuanto subsiste todo el tiempo que la hacen necesaria las condiciones que son origen de la figura.

---

<sup>5</sup> Arts. 387 y 411 del Código argentino citado por Héctor Lafaille

La tutela confiere, a quien la ejerce, un cargo personalísimo e intransferible. Este carácter no impide, que el tutor se sirva de los servicios auxiliares de otras personas, según la naturaleza y magnitud de los bienes e intereses que administra, pero sí significa que no puede delegar sus facultades, que él permanece responsable de la tutela en todo caso y que el cargo no pasa a los herederos (excepto en ciertas leyes). Otra característica es el desempeño unipersonal de la tutela, que varias legislaciones, atribuyen al ejercicio del cargo.

El código peruano no consagra de modo general y expreso la unipersonalidad de la tutela; pero se puede decir que, como regla general la acepta, sobre todo en la tutela legítima y en la dativa (arts. 506 y 507). Pero, según el artículo 505 para la tutela testamentaria o escrituraria cabe, la pluralidad de tutores simultáneos.

La tutela es, en algunas legislaciones, un cargo remunerado y en otras, gratuito. El Código peruano determina, en su artículo 539, que el tutor tiene derecho a una retribución que fijará el juez teniendo en cuenta la importancia de los bienes del menor y el trabajo que ha demandado su administración en cada período.

#### **2.4.1.4 Los sujetos en la tutela**

##### **A. El sujeto pasivo o beneficiario:**

El beneficiario de la tutela varía según el sistema que cada ordenamiento legal elija. Para aquellos que refunden la tutela y la curatela en una sola figura de guardaduría, resultan beneficiarios de ella los incapaces por razón de edad y por razón de enfermedad. En cambio, en las legislaciones que mantienen el distinguo con la curatela, los beneficiarios de la tutela son únicamente los incapaces por razón de edad.

El Código peruano considera, en general, como beneficiarios o sujeto pasivos de la tutela a los menores que no encuentren bajo la patria potestad de ninguno de sus padres (lo que significa que basta que la potestad de ninguno de sus padres. Esta regla general incluye dos casos especiales:<sup>6</sup>

- Los menores adquieren capacidad plena y, por lo tanto, salen de la patria potestad y no entran bajo tutela alguna, ni plena ni restringida cuando contraen matrimonio.
- La madre extramatrimonial menor de edad, cuyo hijo no ha sido reconocido voluntariamente por el padre. Según el artículo 421, dicha menor no puede permanecer bajo patria potestad desde que asume la de su propio hijo.

#### **B. El sujeto activo o tutor:**

El sujeto activo de la figura es el tutor. Activo, decimos, en el sentido de que es él a quien la ley encarga una serie de funciones, atribuciones y responsabilidades en protección del incapaz, ya que es éste el beneficiario de la figura.

El código peruano establece, en su artículo 508, que los parientes del menor, el representante del Ministerio Público y aun cualquiera del pueblo puede pedir la reunión del consejo de familia para el nombramiento del tutor dativo (cuando no hay tutor designado en testamento o escritura pública, ni ninguno de los ascendientes llamados a tutela legítima).

---

<sup>6</sup> CORNEJO Chávez Héctor, Derecho Familiar Peruano, Gaceta Jurídica editores, Lima 1998, pág. 676

#### 2.4.1.5 Designación de la tutela

La tutela es de ejercicio permanente y habitual: no se nombra tutor para un acto o negocio, sino para cuidar de modo global de las incumbencias patrimoniales y personales del sujeto a tutela. Se organiza mediante un órgano ejecutivo y de asistencia inmediata: el tutor, y otro que establece al primero y lo vigila: el juez.<sup>7</sup>

Para que el tutor entre en funciones, el cargo debe serle discernido. Este discernimiento, concretamente, es el acto por el cual el juez inviste a una persona en el carácter de tutor.

Previo al discernimiento de la tutela, el tutor nombrado por el juez (tutela legítima o dativa), o confirmado por el juez (tutela testamentaria), debe asegurar bajo juramento el buen desempeño de su administración.

El juez competente es el juez del lugar donde los padres, al día de su fallecimiento, tenían su domicilio. El juez que discernió la tutela es el que, en el futuro, será competente para todos los asuntos que a ella se vinculen.

El tutor se nombra entre los familiares más próximos y lo deciden la ley o el juez. La ley establece un orden de preferencia para ser nombrado tutor, que el juez puede alterar con carácter excepcional. Es una persona física, aunque pueden serlo las personas jurídicas sin finalidad lucrativa dedicadas a la protección de menores e incapacitados. Puede haber varios tutores, con la misma competencia, o con competencias diferentes. La relación con el pupilo muestra, en la tutela de menores, semejanza con la paternofilial. Actúa en lugar del pupilo siempre que éste no pueda hacerlo por sí, como representante legal. Es

---

<sup>7</sup> CORNEJO Chávez Héctor, Derecho Familiar Peruano, Ob. Cit. Pág 678

administrador legal del patrimonio; para los actos más importantes precisa autorización judicial y debe rendir cuentas al finalizar la tutela.

#### 2.4.1.6 Clases de tutela<sup>8</sup>

**La testamentaria** (que, por extensión, puede llamarse también escrituraría), cuyo origen se encuentra en la voluntad de determinadas personas, (casi siempre parientes muy cercanos del menor facultados para ello por la ley) expresada en testamento o escritura pública. La tutela testamentaria funciona con preferencia.

El Código peruano manifiesta que el derecho de designar tutor por testamento corresponde a los padres que ejerzan la patria potestad; y si la ejercen ambos padres, el derecho preferente corresponde a aquél de los dos que sobreviva al otro; pero consigna una regla adicional: la de que si uno de los padres fuere incapaz, valdrá el nombramiento de tutor que hiciera el otro, aunque éste muera primero. Dice también que a falta de designación hecha por los padres vale la designación por testamento o escritura pública efectuada por uno de los abuelos, que antes de fallecer lo ha tenido bajo su tutela legítima.

**La legítima**, cuando ninguna de las personas legalmente facultadas para hacerlo ha nombrado tutor testamentario que cuide al menor, desempeña esta función la persona señalada por la ley.

Nuestro código establece, en su artículo 506, que la tutela legítima será desempeñada por los abuelos y demás ascendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto, y al más idóneo en igualdad de grado; y determina que esta preferencia la decidirá el juez oyendo al consejo de familia. Además el Código sólo hace una excepción a esta regla en los

---

<sup>8</sup> DÍAZ VALDIVIA, Héctor. Derecho de Familia. Décima Edición. Arequipa: 1998, pág. 67 y siguientes

artículos 310 y 355, que encarga una suerte de tutela legítima a otra persona: un hermano, un tío y hasta un extraño, además del abuelo.

**La dativa**, cuando el tutor es designado, casi siempre en defecto de tutor testamentario y legítimo, por un organismo familiar o por la autoridad competente.

El Código en su artículo 508 dice que, el consejo de familia nombra tutor dativo a una persona residente en el domicilio del menor; el mismo artículo otorga al juez la facultad de convocar al consejo de oficio o a pedido de los parientes, del Ministerio Público y aun de cualquier persona. En tanto que en su artículo 509, dispone la ratificación, cada dos años, del tutor dativo y ordena que el consejo debe decidir la ratificación o no ratificación dentro del plazo de 30 días.

**La estatal**, que se da cuando a falta de tutor de todas las clases anteriores, el Estado por intermedio de entidades públicas o de personas particulares, asume la guarda del menor.

El Código Civil en sus artículos 510 y 511 preceptúa que en la tutela estatal se confía a persona ajena a la familia del menor. Esa persona puede ser el director de un establecimiento de asilo, un funcionario o una persona particular, pero ordinariamente no es, y muchas veces no podría ser, un pariente del tutelado. Asimismo, dice que la tutela de los menores en situación irregular, material o moralmente abandonados o en peligro moral, se rige además por lo dispuesto en el Código de Menores y en las leyes y reglamentos especiales.

**La tutela oficiosa**, puede ocurrir, que una persona capaz, movida por sentimientos de piedad u otros semejantes, sin tener obligación legal alguna y sin haber llenado requisitos ni cumplido trámites, toma a su cargo a un menor que no tiene guardador; o que, impulsada por otra

clase de designios menos loables, asume los negocios o el manejo de los bienes de un menor. A tales casos hace referencia el artículo 563 del Código, cuando preceptúa que la persona que se encargue de los negocios de un menor, será responsable como si fuera su tutor.

#### **2.4.1.7 Función del tutor**

La obligación del tutor es cuidar de la persona y los bienes del pupilo, así como representarlo, haciendo presente que sus deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia.

Independientemente de las obligaciones preliminares que debían cumplirse y preceder el ejercicio de la tutela, era función primordial del tutor atender la administración de los bienes y patrimonio en general del pupilo, supuesto que no le correspondía velar por la protección moral y educación del incapaz, para lo cual el magistrado habría de elegir un pariente cercano de aquél o allegado a quien el tutor debía entregar los dineros necesarios para que cumpliera su cometido.

La función del tutor se resume en tres situaciones:<sup>9</sup>

- Debe dar protección y cuidado a la persona del menor.
- Debe administrar y cuidar los bienes del menor.
- También es su representante legítimo.

#### **2.4.1.8 Atribuciones del tutor<sup>10</sup>**

- Alimentar y educar al menor, lo cual incluye la capacitación para el trabajo y, por la naturaleza misma de la educación,

---

<sup>9</sup> DÍAZ VALDIVIA, Héctor. Derecho de Familia, Ob. Cit. Pág. 75

<sup>10</sup> Ibidem pág 78

incluye también la atribución de corregir moderadamente al menor y acudir a la autoridad en los mismos casos que los preceptuados para los padres, cuando resultare insuficiente la autoridad del tutor o fuere preciso internar al menor en un establecimiento de reeducación.

- Defender y proteger la persona del menor, lo que incluye la atribución de tenerlo a su lado y recogerlo del lugar donde estuviere sin su permiso, recurriendo de ser necesario a la autoridad; atribuciones que ejercerá bajo la vigilancia del consejo de familia.
- Representarlo en todos los actos civiles, excepto en aquellos que, conforme a la ley, el menor puede ejecutar por sí solo.
- El tutor tiene atribuciones para manejar el patrimonio del menor con diligencia ordinaria y con mayores restricciones que las que la ley impone a los padres.
- El tutor es responsable ante terceros por los daños que causen sus pupilos menores de diez años que habiten con él y tiene responsabilidad indirecta si el menor es mayor de diez años.
- El tutor tiene el derecho y el deber de ejercer la guarda del menor (tener consigo al pupilo en su casa). El poder de corrección de los tutores es similar al de los padres.
- El tutor no está obligado a suministrar, de sus recursos, educación y alimentos al pupilo. Ello se deducirá de las rentas de los bienes del menor. También podrá el tutor demandar por alimentos para el pupilo a los parientes de éste.

- El tutor tiene el derecho-deber de tener consigo al menor o, en su caso, colocarlo en otra casa cuando no tuviese medios para alimentarlo.
- El tutor es el representante legítimo del menor en todos los negocios civiles y administra los bienes de éste sin contar con el concurso de su voluntad.
- El tutor debe administrar los intereses del menor como un buen padre de familia y es responsable de todo perjuicio que resulte de la falta de cumplimiento de sus deberes.

#### **2.4.1.9 Terminio de la tutela**

El término de la tutela ocurre cuando ya no es necesaria. Ello puede suceder por muerte del tutor o del menor, por adquisición de la mayoría de edad del pupilo, por emancipación a causa de matrimonio u obtención de título de profesión u oficio del pupilo, cuando el menor tiene un hijo extramatrimonial, por recuperar la patria potestad el progenitor de éste que había sido privado o suspendido, por la profesión religiosa del pupilo, por reconocimiento de la paternidad o la maternidad que ocurre respecto del menor que tenía, al tiempo de nombrarse tutor, filiación desconocida. También acaba cuando el tutor se excusa de continuar en funciones y el juez lo admite.<sup>11</sup>

El tutor puede ser removido por incapacidad o también por inhabilidad, por no haber formado inventario y por no cuidar al menor adecuadamente. La remoción la decretará de oficio el juez. También la podrán pedir el menor si ya cumplió los catorce años, el Ministerio Público y los parientes del menor.

---

<sup>11</sup> CHUNGA L., Fermin, Derecho de Menores, Editorial GRIJLEY, Perú 2001, pág 98.

#### 2.4.1.10 Designación y control de la función del tutor

La tutela se constituye judicialmente en los casos de menores no emancipados que no se encuentran bajo la patria potestad de sus padres (por ejemplo, porque han fallecido o han abandonado al menor), incapaces, personas sometidas a patria potestad prorrogada (incapaces mayores de edad), y menores en situación de desamparo.

La persona que es nombrada tutor tiene la obligación de educar al menor o incapaz y procurarle una formación integral, además de administrar sus bienes y representarle en todos sus actos.

Aunque los tutores actúan en nombre y representación del sometido al régimen de tutela, para realizar ciertos actos necesitan la autorización del juez, como por ejemplo para:<sup>12</sup>

- Solicitar el internamiento del tutelado en un instituto de salud mental o de educación especial.
- Gravar o enajenar (transmitir, vender) sus bienes o empresas, objetos preciosos (joyas), y valores mobiliarios.
- Renunciar a derechos, aceptar acuerdos o someter a arbitraje cuestiones que afecten a los intereses del tutelado.
- Intervenir en la partición de herencia o división de la cosa común.
- Realizar gastos extraordinarios en los bienes del tutelado.
- Interponer demandas salvo en los casos urgentes o de poco interés económico.
- Solicitar préstamos.

La elección del tutor la realiza en juez entre su cónyuge, los padres, las personas que hayan sido designadas por los padres en sus

---

<sup>12</sup> CHUNGA L., Fermin, Derecho de Menores, ob. Cit. Pág 104

testamentos si éstos han fallecido, los descendientes, ascendientes o hermanos, o terceros, nombrando tutor a la persona que considera más capacitada, a su juicio, para el ejercicio del cargo.

Sin embargo, no podrán ser tutores:<sup>13</sup>

- Quienes hayan sido privados o suspendidos por resolución judicial del ejercicio de la patria potestad (total o parcialmente) o de los derechos de guardia y educación.
- Los destituidos de un cargo tutelar anterior.
- Los que estén cumpliendo una pena privativa de libertad.
- Los condenados por cualquier delito que haga suponer que no van a desempeñar correctamente la tutela.
- Los que no pueden materialmente desempeñar el cargo (por ejemplo, por cuestiones laborales o problemas económicos)
- Las personas que tengan una enemistad manifiesta con el tutelado.
- Las personas que tengan conflictos de intereses con el menor o incapaz.
- Los quebrados y concursados no rehabilitados.
- Las personas excluidas por los padres en sus disposiciones testamentarias.

Por su parte, la persona que haya sido nombrada como tutor puede rechazar el cargo por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales y profesionales, falta de relación con el menor o incapaz y, evidentemente, por la carencia de medios económicos suficientes para atenderle.

Esta renuncia al cargo debe hacerse en el plazo de 15 días desde el nombramiento si existe alguna de las causas anteriores o,

---

<sup>13</sup> CHUNGA L., Fermin, Derecho de Menores, ob. Cit. Pág 109

posteriormente, cuando se manifieste algún motivo que imposibilite el ejercicio de la tutela.

El cargo de tutor también puede ser retribuido consistiendo su remuneración en un porcentaje comprendido entre el 4 y el 20 % del rendimiento de los bienes del menor.

Antes de comenzar el ejercicio de la tutela, el tutor está obligado a realizar un inventario de los bienes que integran el patrimonio del tutelado y, al extinguirse el régimen, debe rendir cuentas de las operaciones que se han realizado en su patrimonio.

Por su parte, la tutela se extingue cuando se produce alguna de las siguientes situaciones:<sup>14</sup>

- Cuando el menor alcanza la mayoría de edad.
- Cuando adquiere el beneficio de la mayor de edad.
- Cuando el que era titular de la patria potestad, la recupera.
- Por fallecimiento.

Si no desempeñan bien sus funciones, los tutores pueden ser destituidos por un juez de oficio (porque así lo considere conveniente) o a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier otra persona interesada. En estos casos y mientras se designa a un nuevo tutor se nombrará a un defensor judicial que protegerá los intereses del menor o del incapaz

## **2.4.2 LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL MENOR**

### **2.4.2.1 Introducción a los derechos del menor**

---

<sup>14</sup> CHUNGA L., Fermin, Derecho de Menores, ob. Cit. Pág 111

El problema de los derechos del menor, aceptada la titularidad de los mismos, radica en su ejercicio atendido la limitación de la capacidad de obrar del mismo. En efecto, aceptar la titularidad del derecho del menor para negar después su ejercicio por falta de plena capacidad de obrar supone un reconocimiento puramente teórico de los derechos de la personalidad.

Se sostiene aquí que el menor puede ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad cuando tenga madurez suficiente sin necesidad de haber alcanzado la plena capacidad de obrar. Es cierto, sin embargo, que este planteamiento no soluciona qué sucede con el ejercicio del derecho cuando el menor no tiene madurez por lo que se analiza si es aceptable la representación legal en el ámbito de los derechos de la personalidad y qué actuación deben tener los padres o tutor como consecuencia de los deberes inherentes a la patria potestad y la tutela.

#### **2.4.2.2 La protección de la personalidad del menor**

##### **A. Tesis monista, pluralista y mixta.**

La teoría monista parte de que la defensa de la personalidad debe construirse a través de un único derecho de la personalidad pues éste es un valor unitario de imposible fraccionamiento en múltiples situaciones jurídicas.<sup>15</sup>

Este planteamiento comporta una gran flexibilidad en la defensa de la personalidad en la medida en que en ella tienen cabida todas las posibles manifestaciones de la misma. Sin embargo, por esa misma razón hay cierta vaguedad en relación a las situaciones jurídicas

---

<sup>15</sup> BILBAO UBILLOS, J.M. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. ISBN 1997. Pág 116.

efectivamente reconocidas o incluidas en tal derecho general lo cual comporta cierta dosis de inseguridad jurídica en la tutela de la personalidad.

La mayor parte de la doctrina defiende la tesis pluralista según la cual la personalidad se protege a partir de una multiplicidad de derechos subjetivos que tienen por objeto manifestaciones de aquélla. Es común en esta tesis partir de la pluralidad de derechos pero hacer referencia al valor unitario de la personalidad como origen de los mismos.

Sin duda conlleva esta teoría una mayor seguridad jurídica en la medida en que está determinada cada una de las parcelas integrantes de la personalidad que merece protección<sup>26</sup>. Sin embargo, tiene la desventaja de que aquellos derechos no reconocidos de forma expresa por el ordenamiento jurídico son difícilmente tutelables. De ahí que, especialmente en países que sufrieron periodos políticos de totalitarismo y tras la 2ª guerra mundial, se buscaran fórmulas alternativas que evitaran este problema.

Fruto de ello son las teorías mixtas que, junto a la aceptación de la existencia de una pluralidad de derechos de la personalidad en el ordenamiento jurídico, defiende la existencia de un derecho general a la personalidad.

Principal manifestación de esta tesis la encontramos en el derecho alemán. Así, el art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn establece el deber incondicional de proteger y respetar la dignidad humana y el art. 2.1 del mismo cuerpo normativo reconoce el derecho que toda persona tiene al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral. Esto ha llevado a la jurisprudencia alemana a reconocer un derecho general de la personalidad. Sin embargo, de forma paralela

y simultánea a tal derecho general se recogen en el ordenamiento jurídico una pluralidad de derechos especiales de la personalidad

Esta tesis tiene la ventaja de que aquellas parcelas o manifestaciones de la personalidad, que no reciben protección expresa del ordenamiento jurídico porque en él no existe un derecho específico en tal sentido, no quedan desprotegidas pues encuentran tutela a través de su inclusión en el derecho general de la personalidad. La protección se configura a partir de la incardinación en el derecho general de la personalidad. A su vez se supera la vaguedad que supone la existencia de un único derecho de la personalidad en la medida en que éste se concreta en una pluralidad de derechos.<sup>16</sup>

Sin embargo, también presenta esta tesis una desventaja. En efecto, si bien como punto de partida es la más completa, implica que la personalidad sólo puede ser defendida desde el punto de vista del derecho subjetivo. Ello plantea dos cuestiones, a saber: la primera, resolver si efectivamente los derechos de la personalidad son derechos subjetivos u otra figura. La segunda, si, aceptada la calificación como derecho subjetivo, esta categoría garantiza plenamente la tutela de la personalidad o es conveniente acudir a otras figuras.

## **B. Derechos fundamentales y derechos de la personalidad.**

Mediante la codificación civil se intenta proteger de forma privatista la personalidad mientras que en el ámbito constitucional se pretende proteger tal valor desde el punto de vista público. Es tras la 2ª guerra mundial cuando se trata de superar la vieja dicotomía derechos civiles-derechos políticos en la medida en que no existe una diferencia sustancial entre ellos.

---

<sup>16</sup> BILBAO UBILLOS, J.M. Ob. Cit. Pág 133

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico todo este proceso ha quedado diluido por la evolución de la historia política del país. En efecto, durante el periodo dictatorial se carecía de Constitución en España toda vez que en nuestro CC, altamente influido por la mentalidad burguesa del legislador decimonónico, más interesado en salvaguardar intereses patrimoniales que personales, no regula de forma expresa los llamados derechos de la personalidad. Por ello, en el periodo de la dictadura franquista se carecía en nuestro ordenamiento tanto de la figura del derecho fundamental como del derecho de la personalidad.

Ahora bien, pese a discusiones doctrinales sobre su existencia real, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, gracias al trabajo jurisprudencial, el concepto de derechos de la personalidad a través de la responsabilidad aquiliana. Es decir, la jurisprudencia aprovechó las herramientas que le ofrecía el Derecho positivo, que inicialmente no estaban pensadas para proteger el ámbito de la personalidad, para crear la figura de los derechos de la personalidad. Con todo, ello se llevó a cabo con las limitaciones propias de la situación política, tanto en relación a la cantidad de derechos protegidos como al grado de protección como, sobre todo, a que la oposición del derecho se circunscribe a la esfera de los particulares.

Es probable que, por este motivo, al recoger la Constitución, los llamados derechos fundamentales se entendiera que éstos eran derechos exclusivos del ámbito público y como tales defendibles frente al Estado, mientras que los derechos de la personalidad eran derechos privados defendibles frente a los particulares. De ahí que haya quien considere que derechos fundamentales y derechos de la personalidad no hacen referencia a la misma realidad. Sin embargo, en la actualidad ello no se puede mantener en base a varios argumentos. En primer lugar, doctrina y jurisprudencia constitucional<sup>35</sup> han reconocido que los

derechos fundamentales son recurribles en amparo tanto si los vulnera el propio Estado como si lo hace un particular. Es cierto que las desigualdades en el ámbito de las relaciones Estado-ciudadano hicieron necesaria la configuración de los derechos fundamentales como una garantía que podía esgrimir el individuo frente al poder estatal que agredía sus derechos. Sin embargo, el Estado no es actualmente el único potencial agresor de los derechos fundamentales sino que, por el contrario, ha pasado a ser el único defensor que tiene el individuo frente a agresiones que provengan de otros particulares.

Por ello, debe afirmarse que los derechos fundamentales pueden defenderse frente al Estado pero también frente a los particulares. En efecto, la *Drittwirkung* es decir, la posibilidad de alegar los derechos fundamentales frente a los particulares, existe hoy en nuestro ordenamiento jurídico. Lo que ocurre es que, en lugar de tener acceso al recurso de amparo de forma directa e inmediata, es preciso acudir antes al procedimiento preferente y sumario que permite interponer ante la jurisdicción ordinaria para la defensa de los derechos fundamentales que han sufrido agresiones de particulares. Cuando esta jurisdicción no acepte las pretensiones del particular, éste podrá recurrir en amparo. Se trata de una *Drittwirkung* mediata o indirecta pero que también permite el amparo ante agresiones de los particulares a los derechos fundamentales. Por tanto, no puede afirmarse que derechos de la personalidad y derechos fundamentales sean derechos diferentes porque los primeros se alegan frente al Estado y los segundos frente a particulares pues el amparo es posible tanto si la agresión proviene del Estado como de un particular, aunque por vías diferentes.<sup>17</sup>

Por otra parte, actualmente interés público y privado coexisten. El Derecho civil debe respetar y ser interpretado conforme a la

---

<sup>17</sup> BILBAO UBILLOS, J.M. Ob. Cit. Pág 136

Constitución por lo que la doctrina de los derechos de la personalidad vendrá influida por la de los derechos fundamentales. Ya no puede mantenerse que el Derecho privado protege únicamente el interés privado puesto que con algunas de sus instituciones también se persigue la protección del interés público o general como ocurre con los derechos de la personalidad que protegen el interés de cada individuo en el ámbito de su personalidad por cuanto ello es una cuestión de interés público.

También se ha argüido que algunos derechos de la personalidad se han recogido como derechos fundamentales pero no todos de tal manera que no pueden equipararse ambas categorías de forma plena. Sin embargo, el Estado de Derecho se caracteriza, entre otras cosas, por el reconocimiento de la dignidad y la libertad del ser humano de tal manera que todos los derechos fundamentales se fundamentan en la dignidad personal. Por otra parte, los derechos de la personalidad se caracterizan por ser manifestaciones directas de la personalidad.

De esta forma, no es aceptable que en un Estado de Derecho la enumeración de los derechos fundamentales no recoja todos los derechos de la personalidad porque no es pensable que los derechos más inherentes a la persona, los de la personalidad, no tengan reconocida la protección máxima del ordenamiento jurídico mediante su elevación a rango fundamental. Todo derecho de la personalidad está incluido en el valor dignidad de tal manera que deberán incardinarse los derechos de la personalidad no reconocidos expresamente como fundamentales en otros derechos que sí lo estén. Es decir, deberá buscarse la fórmula para incardinar el derecho de la personalidad no recogido como derecho fundamental en otro derecho que sí esté reconocido como tal mediante la búsqueda de un elemento conexo que permita hacer del derecho fundamental en cuestión una interpretación

amplia e inclusiva del derecho de la personalidad no recogido expresamente como derecho fundamental.

Pero, en todo caso, es necesario hacer un estudio más detallado de los dos derechos que plantean esta problemática, a saber, el derecho al nombre y el derecho de autor. El derecho al nombre tiene una naturaleza mixta puesto que por una parte, es una cuestión de orden público lo cual implica abundante reglamentación y por otra, en relación a su faceta de manifestación de la identidad personal del individuo nadie duda que estamos ante un derecho de la personalidad.

En consecuencia, todos los derechos de la personalidad son derechos fundamentales. Falta por ver si la afirmación inversa, a saber, que todos los derechos fundamentales son siempre derechos de la personalidad, es también cierta. Es pensable que el constituyente decidiera otorgar protección de amparo, no solamente a aquellos derechos inherentes a la persona, cuestión ésta indiscutibles, sino también a otros derechos que, si bien no derivan directamente de la dignidad y la personalidad, tienen una importancia capital en un Estado social y democrático de derecho como el nuestro. Lógicamente los derechos fundamentales inherentes a la persona deben ser reconocidos a todo individuo y así sucede en la mayor parte de ellos pues se habla de toda persona, todos, nadie o incluso de forma impersonal se dice que se garantiza uno u otro derecho.

### **C. La dignidad y la personalidad como cláusulas generales de la que emanan derechos.**

Existe cierta unanimidad entre la doctrina en poner en relación la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad con los derechos de la personalidad pues éstos encuentran su fundamento en los valores. Los derechos de la personalidad tienen como objetivo hacer efectivo los

valores dignidad y personalidad. Mediante la pluralidad de derechos se protege como un todo la personalidad globalmente considerada. En este sentido, los valores funcionan como una cláusula general de la que emanan una serie de derechos subjetivos que están al servicio de la consecución de tales valores.

Algunos de estos derechos están reconocidos expresamente por el ordenamiento pero la ventaja de configurar la personalidad como un valor es que ello nos permite, no sólo interpretar cada derecho de la forma más adecuada a la concepción social de la personalidad, sino crear nuevos derechos y nuevas figuras de acuerdo con las necesidades que reclame la protección de la personalidad en cada momento.<sup>18</sup>

Así sucede con el derecho al nombre o el derecho moral de autor por lo que se ha puesto en duda su carácter o rango fundamental. Sin embargo, si bien es cierto que determinados aspectos del contenido del derecho al nombre, así como la abundante regulación y control sobre el mismo fruto del principio de orden público que lo impregna, no tiene rango fundamental, no puede negarse que el derecho a tener un nombre como signo identificativo de la persona debe considerarse un derecho fundamental incardinable en el derecho a la imagen. Por otra parte, es evidente que la difusión del nombre y los apellidos puede comportar en determinadas ocasiones un atentado contra la intimidad por lo que también se incardinaria dentro del contenido del derecho fundamental a la intimidad personal.

En conclusión, entender la personalidad como un valor superior del ordenamiento del cual emanan todos los derechos de la personalidad nos permite superar la dificultad que entraña partir únicamente de una pluralidad de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, a

---

<sup>18</sup> BILBAO UBILLOS, J.M. Ob. Cit. pág. 144

saber, que ante una regulación o reconocimiento escaso e incompleto de los mismos, la personalidad queda desprotegida. Y al mismo tiempo, nos permite escapar de la figura del derecho subjetivo cuando ésta no nos proporciona la protección de la personalidad que exige un Estado de Derecho.

#### **D. Aceptación de la categoría del derecho subjetivo pero no como único medio de tutela de la personalidad.**

Parece que la doctrina mayoritaria entiende que los derechos de la personalidad son derechos subjetivos. Pero hay otras teorías que defienden que no estamos ante un derecho subjetivo sino ante un deber jurídico o ante un bien jurídico de la personalidad o incluso ante otra figura más compleja y rica que el derecho subjetivo: un nuevo modo de situación o de relación jurídica.

En efecto, la configuración de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos no ha sido pacífica. En un primer momento se objetó la falta de regulación de estos derechos en el ordenamiento jurídico. Ciertamente el derecho subjetivo se caracteriza por ser un poder tipificado e institucionalizado por el ordenamiento jurídico en la medida en que así lo aconsejan determinados valores éticos, económicos. Sin embargo, esta crítica ya no puede hacerse en la actualidad. En efecto, prácticamente todos los derechos emanados de la personalidad que son pensables están reconocidos en la Constitución.

Por otra parte, también se ha dicho que la defensa del derecho subjetivo de la personalidad no puede llevarse a cabo si no hay una lesión previa del mismo. Pero, si bien ello fue cierto en determinado momento histórico en que sólo se podía defender los derechos de la personalidad, ello ya no puede hoy mantenerse pues ello garantiza una

protección unitaria de la personalidad e informa todas las normas del ordenamiento. Por ello, la protección de la personalidad se manifiesta, por ejemplo, en la actuación de los titulares de la patria potestad que tutelan la personalidad del hijo menor de edad. También se protege la personalidad del menor a través de su formación integral pues la educación reconocida como derecho fundamental que debe garantizar el libre desarrollo de la personalidad del menor, sus derechos fundamentales, su libertad religiosa e ideológica e inculcar el respeto a los valores y derechos constitucionales.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico tutela el ejercicio de los derechos fundamentales cuando permite prestar el consentimiento para que otros hagan uso de la propia imagen, cuando consagra la libertad de opinión como derecho fundamental. En este sentido, el ordenamiento jurídico garantiza el ejercicio de los derechos de la personalidad sin perjuicio de que lógicamente sólo hay una intervención directa cuando la salvaguarda de los mismos no ha sido respetada en la práctica.

Sin lugar a dudas la objeción más importante a la configuración de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos es aquella que sostiene que, dada la imposibilidad de determinar el objeto de tales derechos en la medida en que sujeto y objeto se confunden, no puede hablarse de derecho subjetivo para referirse a los mismos.

A este respecto se ha dicho que son fórmulas mentales utilizadas para aludir a estados o situaciones humanas deseables y por ello susceptibles de interés, que son manifestaciones de la personalidad, modos de ser de la persona físicos o morales o que son intereses dignos de protección. En cualquier caso, se coincide en concebir al objeto de los derechos de la personalidad como una manifestación de la misma pero desde una óptica distinta de la subjetividad o, como

se ha dicho, “objeto será el hombre mismo, no en cuanto “persona”, sino en cuanto a “hombre objetivado””. En efecto, los derechos de la personalidad son una forma de protección de las cualidades de las manifestaciones de la existencia humana pero no la persona en sí misma.

La determinación de los derechos de la personalidad y su diferenciación del sujeto conlleva cierta dificultad por su vaguedad. Sin embargo, ni ello supone un obstáculo insalvable, como ha quedado expuesto *ut supra*, ni justifica abandonar la idea de concebir los derechos de la personalidad como derechos subjetivos. Las categorías del Derecho positivo no deben interpretarse de forma rígida sino flexible y desde la óptica de los valores superiores del ordenamiento jurídico. La categoría del derecho subjetivo está al servicio de la tutela de la dignidad y la personalidad por lo que, en la medida en que tal institución es útil para la protección de tales valores, debe hacerse un esfuerzo para interpretarla de forma tal que tengan cabida en ella los derechos de la personalidad.<sup>19</sup>

Cuestión diferente es que el derecho subjetivo como categoría jurídica proporcione una protección suficiente de la personalidad como valor. En efecto, la tutela de la personalidad se consigue en parte a través de la figura del derecho subjetivo pero hay otras figuras o instituciones que también pueden ser útiles en la defensa de tales valores. Aquí se intentará demostrar que hay diferentes formas de protección de la personalidad y que no son excluyentes sino complementarias de tal suerte que el derecho subjetivo es sólo uno de los cauces jurídicos de defensa del valor personalidad.

De ahí que podamos hablar de un derecho general al libre desarrollo de la personalidad del que derivan una serie de derechos de la

---

<sup>19</sup> BILBAO UBILLOS, J.M. Ob. Cit. pág 152

personalidad cuya existencia se revela, sin embargo, insuficiente para salvaguardar la personalidad como valor y los bienes jurídicos que derivan de ella.

#### **2.4.2.3 La declaración de los derechos del niño**

La primera declaración de derechos del niño, de carácter sistemática, fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, redactada por Eglantyne Jebb fundadora de la organización internacional Save the Children, que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924.

Las Naciones Unidas aprobaron en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, implícitamente, incluía los derechos del niño, sin embargo, posteriormente se llegó al convencimiento que las particulares necesidades de los niños debían estar especialmente enunciadas y protegidas.

Por ello, la Asamblea General de la ONU, aprueba en 1959 una Declaración de los Derechos del Niño, que constaba de 10 principios, concretando para los niños los derechos contemplados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Seis años antes había decidido que el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para los niños (UNICEF) continuara sus labores como organismo especializado y permanente para la protección de la infancia (denominándolo oficialmente Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia).

#### **2.4.2.4 Categorías de los derechos del niño**

Los derechos del niño pueden dividirse en las siguientes categorías:<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> BRAGE CAMAZANO, J. Los límites a los derechos fundamentales. Madrid 2005 pág 135.

- a. Derechos a la supervivencia: que buscan proteger y garantizar el derecho a la vida y a satisfacer sus necesidades más básicas, como el alimento, el abrigo y la protección de salud.
- b. Derechos al desarrollo: que buscan proteger y garantizar su desarrollo pleno (físico, espiritual, moral y social), como el derecho a educación, a la cultura, al juego y la libertad de pensamiento, conciencia y religión.
- c. Derechos a la protección: que buscan proteger y garantizar que no sean objeto de abusos, negligencia y explotación, como el derecho al nombre (identidad), nacionalidad y cuidado
- d. Derechos a la participación: que buscan proteger y garantizar su participación en las decisiones que les afectan y en las actividades de sus comunidades locales y países, como la libertad de expresión.
- e. Derechos a ser escuchado: que buscan proteger y garantizar su respeto por los demás. Porque si no escuchas a un niño, el niño tampoco escuchara a los demás (es para su educación).

#### **2.4.2.5 Derechos del niño y legislación interna**

Aunque la legislación y el sistema jurídico de cada país suele ser diferente, casi la totalidad de los países entienden las necesidades de los niños como sumamente importantes, por esto consagran medidas especiales para su protección. Protección de la que no solo se ocupa una ley simple sino que, habitualmente, la misma Constitución. Entre los derechos que se protegen constitucionalmente se encuentran los siguientes:<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> BRAGE CAMAZANO, J. ob. Cit. Pág 147

- a. Derecho a la educación
- b. Derecho a una familia
- c. Derecho a la atención de salud preferente
- d. Derecho a no ser obligados a trabajar
- e. Derecho a ser escuchado

#### **2.4.2.6 Obligaciones del menor**

Los hijos tienen la obligación de obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, respetarles siempre y contribuir al levantamiento de las cargas de la familia, en la medida de sus posibilidades y mientras convivan con ella. Por su parte, padres o tutores tienen obligaciones de vigilar a sus hijos menores y son responsables civiles de los daños causados por ellos, de los derivados de delitos y faltas penales e, incluso de las multas de tráfico.<sup>22</sup>

A los menores de 18 años se les aplican unas normas penales específicas por unos Juzgados y Tribunales diferentes a los del resto de los ciudadanos. Los Jueces de Menores son quienes se pronuncian sobre la responsabilidad penal derivada de los hechos cometidos por personas entre los 14 y los 18 años, la responsabilidad civil y velan por el cumplimiento y la ejecución de sus sentencias. Si el menor no ha cumplido los 14 años, no se le exigirá responsabilidad.

Aunque el Código Civil dice que no pueden prestar consentimiento para contratar, el contrato realizado por un menor de edad no es nulo aunque puede llegar a ser anulado. La jurisprudencia es uniforme en este sentido: el contrato existe, pero es anulable, en ocasiones. Y así como los tribunales han anulado un contrato de telefonía móvil concertado por un menor, no se han pronunciado en contra de un servicio basado en practicar un tatuaje permanente, bien realizado y en

---

<sup>22</sup> HINOSTROZA N., Alberto, Derecho de Familia, Editorial San Marcos, Lima 1999. Pág 88

perfectas condiciones higiénicas, pero sin el consentimiento de los padres

#### **2.4.2.7 Responsables de la protección de los derechos de los niños**

La ratificación casi universal de la Convención sobre los Derechos del Niño refleja un compromiso mundial para con los principios de los derechos de la infancia, y al ratificar la Convención, los gobiernos declaran su intención de poner en práctica este compromiso. La tarea, sin embargo, debe involucrar no sólo a los gobiernos sino a todos los miembros de la sociedad. Las normas y los principios establecidos en la Convención solamente pueden hacerse realidad cuando todo el mundo los respete, en el marco de la familia, en las escuelas y otras instituciones que proporcionan servicios a los niños, en las comunidades y en todos los escalafones de la administración.

#### **2.4.2.8 Familias y los derechos de la infancia**

La Convención sobre los Derechos del Niño subraya y confirma la importancia de las familias —y en particular de los padres y las madres— en la protección de los derechos de la infancia. Existe una percepción equivocada de que la Convención quita a los padres, las madres y otros tutores la responsabilidad de la atención de los niños y concede una mayor autoridad en esta esfera a los gobiernos. Pero no es así. En varios artículos, la Convención se refiere directamente a la función de los padres, las madres y las familias y encarga a los gobiernos la tarea de proteger y asistir a las familias en el cumplimiento de su función esencial en la crianza de sus hijos. Exhorta a los gobiernos a que respeten la responsabilidad de los padres, las madres, los tutores y otras personas encargadas de la atención cuando se trata de orientar a los niños sobre el ejercicio de sus propios derechos.

En el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, nociones anticuadas como la idea de que los niños son la "propiedad" de sus padres, quienes tienen derechos absolutos sobre ellos, han sido reemplazadas por el concepto de que los padres son responsables de la protección de los derechos de sus hijos (el artículo 5 y el artículo 18). Aunque el artículo 5 deja claro que los padres tienen derechos con respecto a sus hijos, estos derechos están vinculados directamente con la necesidad de que los padres y las madres promuevan y protejan los derechos de sus hijos. Las responsabilidades de los padres y las madres con respecto a los derechos de sus hijos disminuyen a medida que el niño madura, es decir, cuando los niños comienzan a comprender los valores, la cultura y las normas de su sociedad, y cuando comienzan a relacionarse con los otros sobre la base de la tolerancia, el respeto mutuo y la solidaridad entre sus familias y las comunidades. La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el equilibrio entre los derechos y las responsabilidades de las familias, por una parte, y la capacidad cada vez mayor de los niños para ser los actores principales en el ejercicio de sus derechos y sus responsabilidades, por otra.

#### **2.4.2.9 Poner los principios en práctica**

Por encima de todo, convertir en realidad los principios que sustentan los derechos de la infancia exige la actividad y el liderazgo de los gobiernos. Al ratificar la Convención, los estados se comprometen a tomar "todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos" en la Convención (artículo 4) y a presentar informes sobre tales medidas al Comité de los Derechos del Niño, el organismo de expertos elegidos internamente que se encargan de verificar la aplicación de la Convención por parte de los Estados.

Como señaló un miembro del Comité durante el análisis de un informe de uno de los Estados, no existen medidas acertadas o equivocadas en materia de aplicación de los derechos. Lo más importante es que la Convención debe ser el punto de referencia y la inspiración de las acciones que se tomen en todas las esferas gubernamentales. Y debido a que la protección de los derechos humanos es por naturaleza un proceso permanente infinito, siempre hay posibilidades para realizar mejoras.

En sus análisis, el Comité exhorta a todas las esferas gubernamentales a que utilicen la Convención como una pauta para formular y aplicar políticas, a fin de:<sup>23</sup>

- Formular un amplio programa nacional
- Establecer organismos o mecanismos permanentes para promover la coordinación, la verificación y la evaluación de las actividades en todos los sectores gubernamentales.
- Velar porque todas las medidas legislativas sean plenamente compatibles con la Convención mediante su incorporación a las leyes nacionales o asegurando que sus principios tengan preferencia en los casos de conflicto con la legislación nacional.
- Involucrar a los niños en los procesos de formulación de políticas en todas las esferas gubernamentales mediante la realización de una evaluación de los efectos de las medidas sobre los niños.
- Analizar el gasto gubernamental para establecer la proporción de fondos públicos que se emplea en beneficio de la infancia y asegurar que estos recursos se utilicen de manera efectiva.
- Asegurar que se recopila una cantidad suficiente de datos y se utilizan para mejorar la situación de todos los niños en todas las jurisdicciones.

---

<sup>23</sup> MALLQUI R., Max, MOHME THANO Z., Eloy, Derecho de Familia, Editorial San Marcos, Lima 2001. Pág 126.

- Concienciar y difundir información sobre la Convención mediante la formación de todas las personas que participan en la formulación de políticas gubernamentales y trabajan con o para los niños.
- Involucrar a la sociedad civil —incluidos los propios niños— en el proceso de aplicar el tratado y concienciar a la opinión pública sobre los derechos de la infancia.
- Establecer por ley oficinas independientes —defensores del pueblo, comisiones u otras instituciones— para promover proteger los derechos de la infancia.

El Comité de los Derechos del Niño exhorta constantemente a los gobiernos a que tomen medidas especiales y formulen políticas y programas especiales destinados a los niños. De esta forma, ha contribuido al fomento de un sentimiento por el cual las cuestiones de los niños tienen una mayor prioridad política y ha promovido una mayor toma de conciencia sobre la forma en que las medidas o la falta de medidas de los gobiernos afectan a los niños.

#### **2.4.2.10 La función de las autoridades locales**

En muchos países, los gobiernos locales están asumiendo una responsabilidad mucho mayor en la protección de los derechos de la infancia. De hecho, las autoridades locales tienen una función esencial que desempeñar apoyando a otros prestadores de servicios y también en las esferas de la regulación, la aplicación y la verificación de los derechos de la infancia.

Esta función es cada vez mayor debido a que la descentralización y la reducción de las redes de bienestar social han creado un vacío en la prestación social, que ha aumentado las cargas de las autoridades locales. En muchos de estos casos, las autoridades municipales y las

ramas locales de los organismos nacionales se convierten en los prestadores principales de los servicios básicos a los niños. Incluso cuando disminuye la asistencia de los niveles más altos de gobierno, las autoridades locales detentan la responsabilidad jurídica de responder como mejor puedan a la situación de los niños que viven bajo su jurisdicción.

### **2.4.3 LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL MARCO DEL AUGE DE LOS DERECHOS HUMANOS**

El cambio que más ha marcado el nuevo rumbo de la Filosofía del Derecho y sobre todo de la Teoría del Estado, es el protagonismo de los derechos humanos.

La era de la modernidad se inicia, en el ámbito jurídico, con un clima de fervor por los derechos individuales que sirvió de matriz a la propia génesis del Estado de Derecho en su versión Liberal. Sin embargo desde fines del siglo XIX y la década de los 70 del ya pasado siglo XX se produce un ataque frontal a los llamados derechos subjetivos, en una suerte de monismo, que negaba la dicotomía: Derecho Objetivo / Derecho Subjetivo.

Hoy, nuevamente, en el mundo jurídico se ha situado el centro de gravedad de la reflexión sobre los derechos y libertades de la persona. Se estima que "si el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el Derecho".

Debe destacarse que ese "retorno a los derechos" implica la idea que los derechos y libertades constituyen el fundamento auténtico del Estado de Derecho, a despecho que nos afiliemos al iusnaturalismo, o mejor neiusnaturalismo ( tesis de los derechos humanos como derechos naturales), o al positivismo (tesis del constitucionalismo,

exigencia de instrumentos jurídicos con garantías reforzadas para la tutela de los derechos).

La mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas "generaciones" de derechos. Sin embargo dichas generaciones no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal, tampoco implica la sustitución global de un catálogo de derechos por otro, pues en ocasiones se verá la aparición de nuevos derechos, en respuesta a necesidades históricas, y en otras, suponen la redimensión de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados.

Los derechos humanos como categorías históricas, nacen con la modernidad en el seno del Iluminismo que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Nacen con marcado tinte individualista. Los derechos humanos nacen, según anotábamos, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos. Vienen considerados como derechos de defensa de las libertades del individuo que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada, los que adoptan una actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa. Es la libertad el valor guía de los derechos de primera generación.

La matriz ideológica individualista sufrirá una gran evolución en las luchas sociales del siglo XIX, aparecen así los derechos humanos de segunda generación: los derechos económicos, sociales, culturales; alcanzan su consagración jurídica y política en la sustitución del Estado Liberal de Derecho por el Estado Social de Derecho.

Mientras en la primera generación los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa de las libertades del individuo que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos

en la esfera privada, en la segunda se traducen en derechos de participación política activa de los poderes públicos. El valor guía de los derechos de la segunda generación es la igualdad.

Los derechos humanos se presentan hoy con rasgos sumamente novedosos, al centrarse en temas como: el derecho a la paz, los derechos del consumidor, el derecho a la calidad de vida (ecología), a la libertad informática. La solidaridad es el valor de los derechos de esta nueva generación.

Los derechos y libertades de tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno denominado de "contaminación de las libertades", en clara alusión a la erosión de los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías.

Frente a los mencionados derechos, existen otros muy heterogéneos como: las garantías frente a la manipulación genética, el derecho a morir con dignidad, el derecho a la identidad cultural de los pueblos, base del pluralismo jurídico consagrado en el Art. 149º de la Constitución del Perú.

Dentro de este enfoque de tercera generación se encuentran los derechos de los colectivos: trabajadores, mujeres, niños, ancianos, minusválidos. En definitiva, la tercera generación de derechos humanos ha contribuido a redimensionar la propia imagen del hombre en cuanto sujeto de derechos. Es pues aquí donde se ubican los derechos de niños y adolescentes.

#### **2.4.3.1 Doctrina de la protección integral**

En el marco de los derechos del niño como auténticos derechos humanos surge la "Doctrina de la Protección Integral", que tiene como

principal sustento el reconocimiento del niño y adolescente como sujeto de derechos y no como objeto de tutela.

La doctrina de la Protección Integral significa un nuevo paradigma en el tratamiento del niño, superando la vieja doctrina de la Irregularidad Social que centraba su atención en solo dos segmentos de la población infantil: menores de edad en situación de abandono y menores infractores a quienes denominaban "antisociales", vieja doctrina que inspiró por cerca de un siglo los Códigos de Menores de los diferentes países del mundo. De allí que el cambio de paradigma se dé en una doble perspectiva:<sup>24</sup>

- a. Que los destinatarios son todos los que integran la población infantil sin discriminación alguna; y
- b. Que la protección dispensada a niños y adolescentes es integral.

Esta nueva doctrina se sustenta en un principio importante como es el "interés superior del niño", que debe cobrar vida en todas las acciones o decisiones que se tomen en relación con niños y adolescentes.

#### **2.4.3.2 Convención internacional de los derechos del niño**

La doctrina de la protección integral, sirve de sustento al instrumento internacional más importante en materia de derechos humanos relativos a la niñez: La Convención Internacional de los Derechos del Niño, adoptada en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el 20 de noviembre de 1989, diez años después que se conformó el Grupo de Trabajo Abierto que redactó el proyecto.

En atención a la protección primordial y superior de la infancia, los consagrados por la convención son "derechos específicos" con el fin de

---

<sup>24</sup> PERALTA A., Javier, Derecho de Familia, Editorial IDEMSA, Arequipa 2002. Pág 236

reforzar los derechos otorgados a los seres humanos en general, cuando se trata de aplicarlos a niños y adolescentes, adecuándolos a su proceso de desarrollo. En otras palabras se reconoce no menos derechos de los establecidos para los seres humanos en general, pero reforzados, dada la especial protección de sus destinatarios.

Suscrita la Convención por nuestro país, en agosto de 1990, fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico interno, de conformidad con el Art. 105 de la entonces vigente Constitución de 1979. Nuestra legislación tuvo que ser modificada plasmándose el cambio en el primer Código de Niños y Adolescentes, vigente desde junio de 1993.

Debe destacarse, que no obstante lo precisado, el texto de la convención debe entenderse como un marco mínimo y flexible, respecto a la legislación interna del país u otros textos internacionales, como lo consagra el Art. 41<sup>o</sup> que establece que:

“Nada de lo dispuesto en ella afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en el derecho interno de un Estado parte, o el derecho internacional vigente en dicho Estado.”

Destacan entre sus normas, la consagración de derechos que anteriormente lo estuvieron exclusivamente para los mayores de edad: como la libertad de opinión, el derecho a trabajar, la libertad de religión, libertad de asociación, derecho a vivir en un ambiente sano y en un ambiente ecológicamente equilibrado, entre otros.

Asimismo, el cambio de paradigma en el tratamiento del adolescente infractor de la ley penal, de uno eminentemente protector a otro básicamente sancionador.

### **2.4.3.3 Definición y contenido del derecho del niño y del adolescente**

Dentro del marco de la doctrina de la protección integral es preciso tratar de definir esta moderna rama del Derecho.

Existen diferentes definiciones que se han dado, la mayoría de las cuales se relaciona con la superada doctrina de la irregularidad social.

Así tenemos la definición de Alyrio Cavallieri que lo define como "el conjunto de normas jurídicas relativas a definir la situación irregular del menor, su tratamiento y prevención".

Hugo D'Antonio define el Derecho de Menores "como la rama del Derecho Privado cuyas normas de marcadas connotaciones tutelares, refiriéndose a todo lo conveniente en la persona y los intereses del menor.

La definición que más concuerda con la moderna doctrina y con la que estamos de acuerdo es la que da Ubaldo Calvento: "La protección integral del niño y adolescente a través del Derecho".<sup>25</sup>

Podríamos estudiar el Derecho de los Niños y Adolescentes desde un triple aspecto: sustantivo, adjetivo y ejecutivo. Está constituido por los principios y garantías que aseguren los derechos que tienen niños y adolescentes a poder desarrollarse en forma integral en un medio familiar adecuado.

Es el Derecho Procesal del Niño y del Adolescente que tiene por objeto el estudio del procedimiento en las vías: Civil, Penal y Tutelar de naturaleza especial.

---

<sup>25</sup> PLÁCIDO V., Alex, Manual del Derecho de Familia, Editorial, Gaceta Jurídica, Lima, 2002. Pág 243

Constituido por la ejecución de las medidas de protección o de tratamiento en el ámbito tutelar o penal respecto a niños y adolescentes.

#### **2.4.3.4 El código de los niños y adolescentes**

El Perú ha sido uno de los primeros países latinoamericanos en introducir la moderna doctrina de la protección integral al derecho interno, pues luego de la ratificación, en agosto de 1990, del texto de la Convención Internacional de los Derechos de Niño que consagra plenamente dicha doctrina, el 28 de diciembre de 1992 se publica en el diario oficial "El Peruano" el texto del Código de los Niños y Adolescentes, que luego de una *vacatio legis* de seis meses, entró en vigencia el 28 de junio de 1993. Se dejaba así de lado la llamada doctrina de la irregularidad social que inspiró el Código de Menores de 1962, vigente durante 30 años en nuestro país.

El Código de los Niños y Adolescentes ha tenido una corta vigencia de 8 años, pues a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial producida el 7 de agosto del año 2000 ha entrado en vigencia el nuevo Código de los Niños y Adolescentes, inspirado también en la doctrina de la protección integral, que modifica algunas de las instituciones del derogado, como vamos a analizar a lo largo del presente análisis.

#### **2.4.3.5 Título Preliminar**

El título Preliminar contiene los principios inspiradores de todas las normas del Código que desarrolla la doctrina de la protección integral.

La definición de niño que trae el Art. 1º es la misma del texto de la Convención de los Derechos del Niño. Esta considera como tales a los

menores de 18 años de edad; pero además el legislador ha asegurado el criterio de su homólogo brasileño, optando por diferenciarlos en dos categorías jurídicas: niño, desde el momento de la concepción hasta antes de cumplir los doce años y adolescente, a partir de los 12 años hasta antes de los 18.

La titularidad de derechos, uno de los principales pilares de protección integral, está consagrada en el artículo II, que claramente establece que además de gozar de los derechos inherentes a su condición de persona humana, los niños y adolescentes tienen protección especial y derechos específicos en relación a su proceso de desarrollo y etapa de formación.

En relación con los referidos derechos, al niño y al adolescente se le reconoce en el artículo IV capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes, destáquense aquí las normas de auto protección que ha previsto el propio Código en el Libro II, Capítulo IV en el régimen del Adolescente Trabajador como analizaremos más adelante.

El Art. 3º consagra el derecho del niño a la igualdad de oportunidades que resulta fundamental dentro del marco de la doctrina de la protección integral, pues se trata de salvaguardar el derecho del niño a convertirse en adulto gozando a tal efecto de iguales oportunidades dejando de lado toda discriminación.

Una de las dos principales perspectivas de la protección integral, esto es la aplicación general, está contemplada en el Art. 5º cuando establece que el Código se aplicará a todos los niños y adolescentes del territorio peruano, sin ninguna distinción, por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen social, posición

económica, etnia, impedimento físico o mental, o por cualquier otra condición.

La atención que el Código dispensa al niño y al adolescente se hace extensiva a la madre y a la familia según el Art. 6º.

Son fuentes para la interpretación y aplicación del Código de los Niños y Adolescentes, los principios y las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás Convenios Internacionales sobre la materia ratificados por el Perú.

Asimismo son fuentes supletorias cuando corresponda, según el Art. 7º, el Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal.

La aplicación del Derecho Consuetudinario cuando se trate de niños y adolescentes pertenecientes a grupos étnicos o comunidades nativas o indígenas, está consagrada en el mismo Art. 7º in fine del Título Preliminar, siendo el límite las normas de orden público.

Nos parece desafortunada la supresión de la consulta, en estos casos, a las autoridades de la comunidad que establecía el Art. 9º del Título Preliminar del derogado Código, acorde con la consagración del pluralismo jurídico por el Art. 149º de la Constitución.

El Interés Superior del Niño, principio rector de todo el sistema jurídico de protección de niños y adolescentes, está consagrado en el Art. 9º. En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, y demás instituciones, así como en la acción de la sociedad se considera el principio del interés superior del niño y el adolescente y el respeto a sus derechos.

Si bien no existe consenso respecto a la conceptualización de este principio; sin embargo podríamos intentar una primera definición, como "todo aquello que mejor favorezca a la protección integral de niños y adolescentes y el respeto a sus derechos".

Este principio actúa como norma orientadora de todas las medidas que adopten las autoridades judiciales o administrativas. Es uno de los principales pilares de la doctrina de la protección integral que otorga prioridad social y compromete la acción preferente de las autoridades del Estado a favor de los menores de edad. Tiene su sustento en el respeto a la dignidad de la persona humana reconocida en los artículos 1º y 3º de la Constitución Política del Perú.

La existencia de un Sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes está garantizada en el Art. 10º del Título Preliminar. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados los intereses de niños y adolescentes serán tratados como problemas humanos.

## CAPITULO III

### PRESENTACION, ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS

#### CUADRO Nº 1

#### RAZONES POR QUE SE INICIA ANTE EL JUZGADO DE FAMILIA UN PROCESO DE TUTELA A UN MENOR DE EDAD

Juzgados	1° J. Familia	2° J. Familia	3° J. Familia	4° J. Familia	Total	%
Por muerte de los padres	18	19	17	20	74	33
Por condena de los padres	16	13	16	14	59	27
Por abandono de los padres	14	13	15	14	56	25
Por incapacidad de los padres	8	11	7	7	33	15
<b>Subtotal</b>	<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

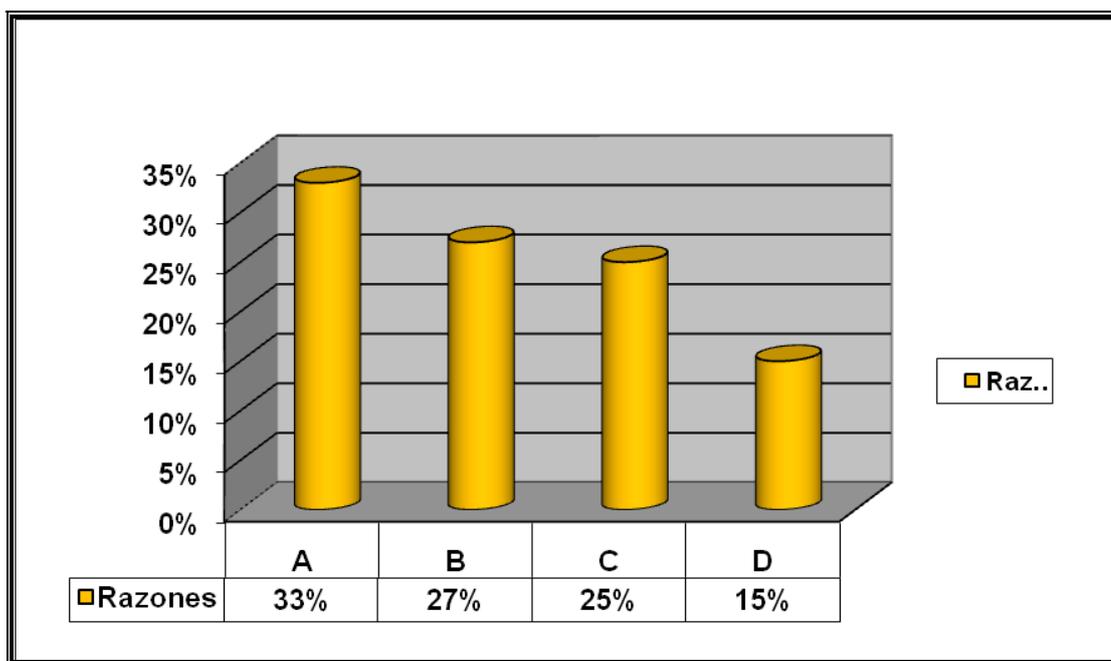
Fuente: JUFA AQP 2009

#### INTERPRETACION

En este primer cuadro observamos, que la razón principal por la que se inicia un proceso de tutela a un menor de edad ante el Juzgado de Familia es por la muerte de los padres del menor con un 33%, siendo la segunda razón por la condena judicial de los padres con un 27%; seguido por el abandono de los padres al menor con un 25% y por último está por la incapacidad de los padres del cuidado del menor con un 15%.

## GRAFICO N° 1

**RAZONES POR QUE SE INICIA ANTE EL JUZGADO DE FAMILIA UN  
PROCESO DE TUTELA A UN MENOR DE EDAD**



Fuente: JUFA AQP 2009

## LEYENDA

**A: Por muerte de los padres**

**B: Por condena de los padres**

**C: Por abandono de los padres**

**D: Por incapacidad de los padres**

## CUADRO Nº 2

**SON IDONEAS LAS RAZONES POR QUE SE INICIA ANTE EL JUZGADO  
DE FAMILIA UN PROCESO DE TUTELA A UN MENOR DE EDAD**

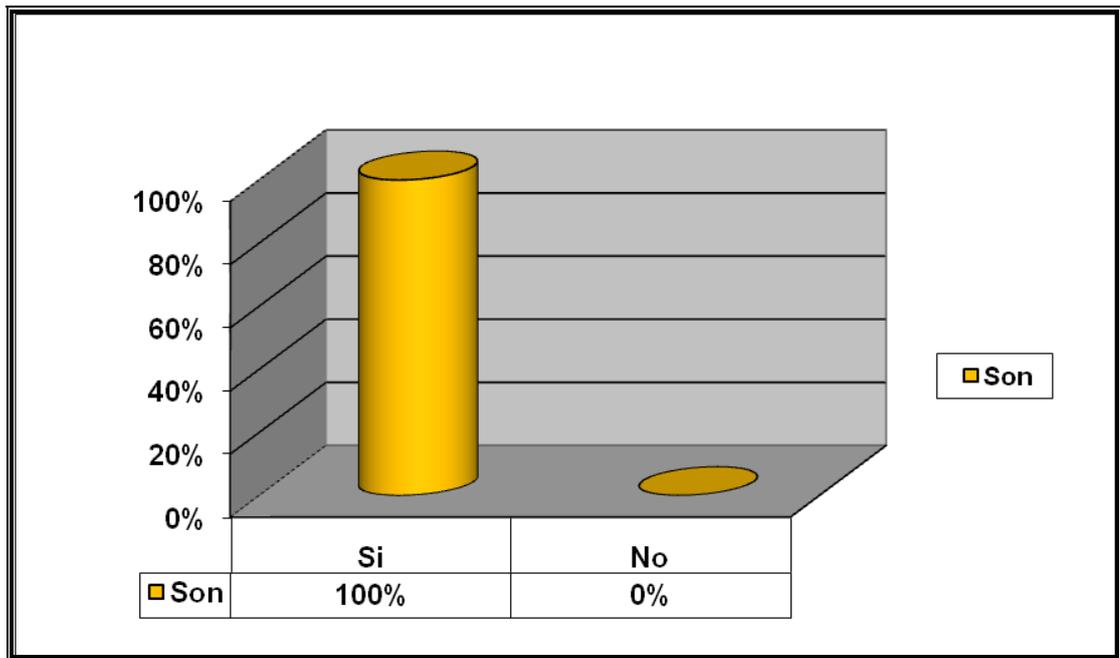
Son	Juzgados	1°	2°	3°	4°	Total	%
	J. Familia	J. Familia	J. Familia	J. Familia			
<b>Si</b>		56	56	56	56	222	100
<b>No</b>		–	–	–	–	–	–
<b>Subtotal</b>		<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

**Fuente:** JUFA AQP 2009

**INTERPRETACION**

En el segundo cuadro, encontramos que ante la interrogante que si son o no idóneas las razones por las que se inicia ante el Juzgado de Familia un proceso de tutela a un menor de edad; la totalidad de los cuatro Juzgados de Familia encuestados, es decir el 100% consideran que si lo son.

## GRAFICO N° 2

**SON IDONEAS LAS RAZONES POR QUE SE INICIA ANTE EL JUZGADO DE FAMILIA UN PROCESO DE TUTELA A UN MENOR DE EDAD**

Fuente: JUFA AQP 2009

## CUADRO Nº 3

**SITUACIÓN EN LA QUE SE ENCUENTRA EL MENOR DE EDAD AL  
CUAL SE LE HA APERTURADO UN PROCESO DE TUTELA**

<b>Juzgados</b>	<b>1°</b>	<b>2°</b>	<b>3°</b>	<b>4°</b>		
<b>Razones</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>Total</b>	<b>%</b>
<b>Desamparo moral</b>	17	13	16	14	60	27
<b>Albergado en casa de extraños</b>	15	15	N 15	17	62	28
<b>Albergado en hogar de niños</b>	13	16	14	13	56	25
<b>Desamparo material</b>	11	12	10	11	44	20
<b>Subtotal</b>	<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

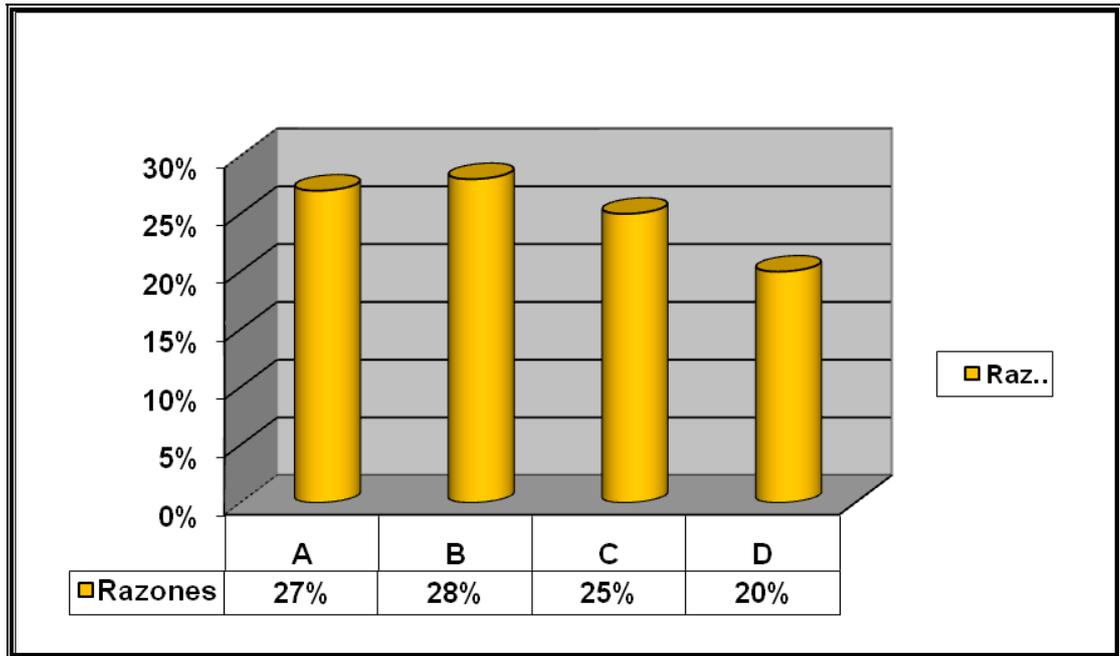
Fuente: JUFA AQP 2009

### INTERPRETACION

En el tercer cuadro se observa que la situación más común en la que se encuentra el menor de edad al cual se le ha aperturado un proceso de tutela es la de encontrarse albergado en casa de extraños en un 28%, segundo es la situación de desamparo moral con un 27%, luego está el encontrarse albergado en hogar de niños en un 25% y finalmente la situación de desamparo material con un 20%.

### GRAFICO N° 3

#### SITUACIÓN EN LA QUE SE ENCUENTRA EL MENOR DE EDAD AL CUAL SE LE HA APERTURADO UN PROCESO DE TUTELA



Fuente: JUFA AQP 2009

#### LEYENDA

<b>A: Desamparo moral</b>
<b>B: Albergado en casa de extraños</b>
<b>C: Albergado en hogar de niños</b>
<b>D: Desamparo material</b>

#### CUADRO N° 4

### ES IDONEA LA SITUACIÓN EN LA QUE SE ENCUENTRA EL MENOR DE EDAD AL CUAL SE LE HA APERTURADO UN PROCESO DE TUTELA

Son	Juzgados	1°	2°	3°	4°	Total	%
	J. Familia	J. Familia	J. Familia	J. Familia			
<b>Si</b>	–	–	–	–	–	–	–
<b>No</b>	56	56	56	56	222	100	100
<b>Subtotal</b>	<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>	<b>100</b>

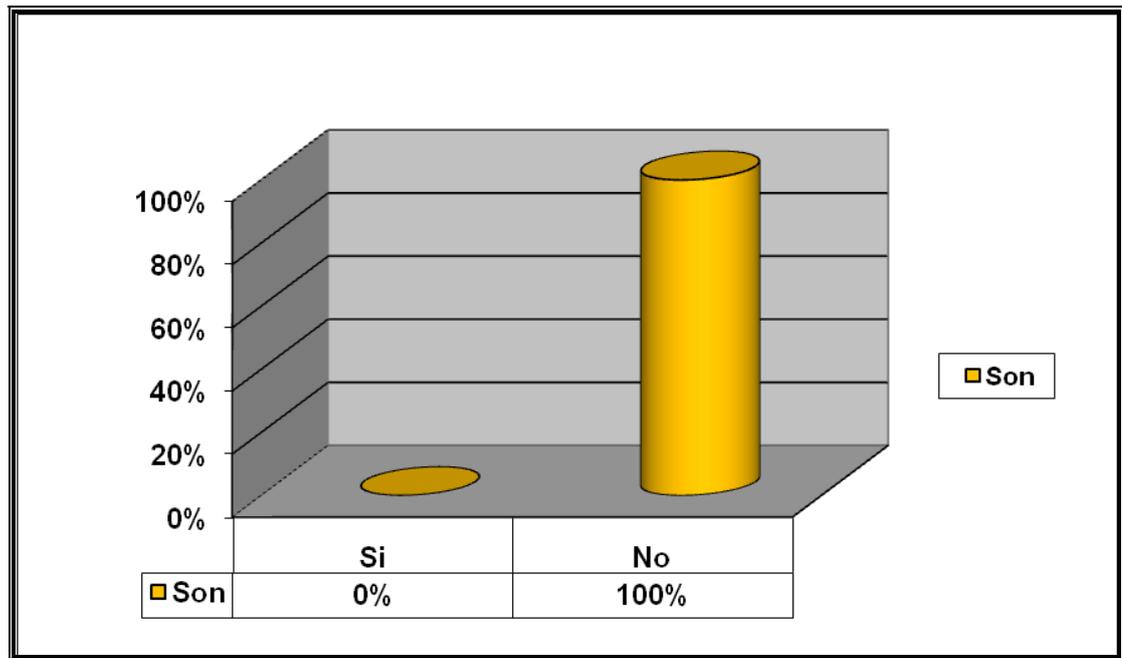
Fuente: JUFA AQP 2009

#### INTERPRETACION

En este cuarto cuadro, encontramos que ante la pregunta que si es o no idónea la situación en la que se encuentra el menor de edad al cual se le ha aperturado un proceso de tutela ante el Juzgado de Familia; la totalidad de los cuatro Juzgados de Familia encuestados, es decir el 100% consideran que no lo es.

## GRAFICO N° 4

**ES IDONEA LA SITUACIÓN EN LA QUE SE ENCUENTRA EL MENOR DE EDAD AL CUAL SE LE HA APERTURADO UN PROCESO DE TUTELA**



Fuente: JUFA AQP 2009

## CUADRO Nº 5

**CLASE DE TUTELA QUE SE HA SOLICITADO AL MENOR DE EDAD  
QUE SE LE APERTURO UN PROCESO DE TUTELA**

<b>Juzgados</b>	<b>1°</b>	<b>2°</b>	<b>3°</b>	<b>4°</b>		
<b>Razones</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>Total</b>	<b>%</b>
<b>Legítima</b>	23	25	24	23	95	43
<b>Testamentaria</b>	12	13	14	12	51	23
<b>Dativa</b>	12	10	10	11	43	19
<b>Estatal</b>	9	8	7	9	33	15
<b>Subtotal</b>	<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

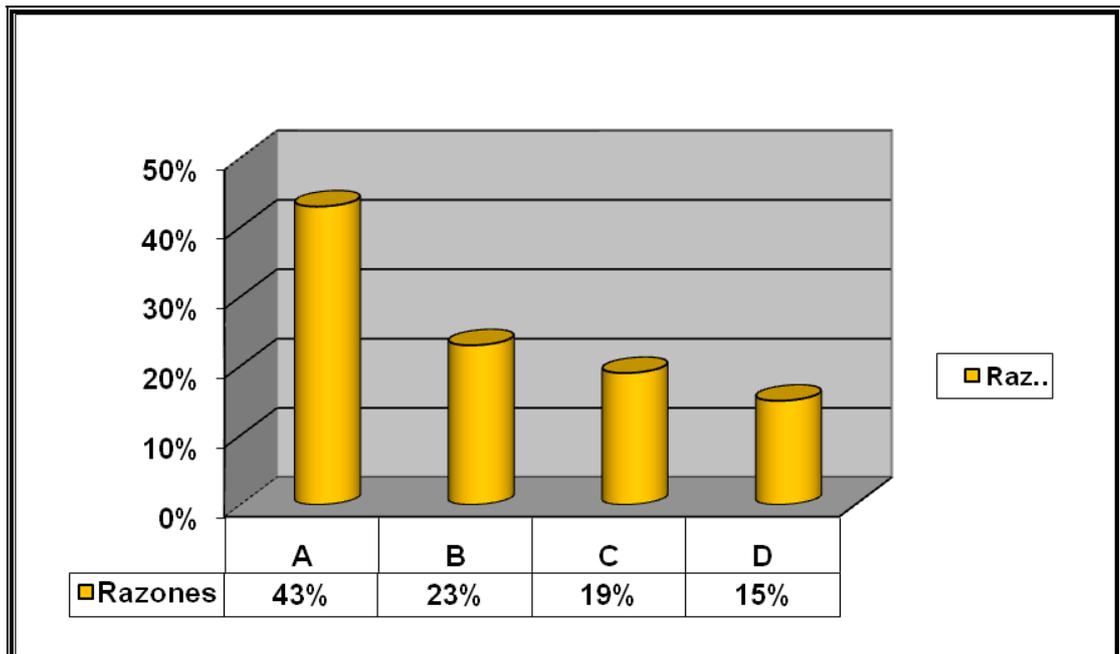
Fuente: JUFA AQP 2009

### INTERPRETACION

En el quinto cuadro observamos que la tutela primordial que se ha solicitado para el menor de edad al cual se le apertura un proceso de tutela, es la tutela de clase legítima en un 43%; seguida de la tutela de clase testamentaria en un 23%, luego la tutela de clase dativa en un 19% y finalmente la tutela de clase estatal con un 15%.

### GRAFICO Nº 5

#### CLASE DE TUTELA QUE SE HA SOLICITADO AL MENOR DE EDAD QUE SE LE APERTURO UN PROCESO DE TUTELA



Fuente: JUFA AQP 2009

#### LEYENDA

<b>A: Legítima</b>
<b>B: Testamentaria</b>
<b>C: Dativa</b>
<b>D: Estatal</b>

## CUADRO N° 6

**ES IDONEA LA CLASE DE TUTELA QUE SE HA SOLICITADO AL  
MENOR DE EDAD QUE SE LE APERTURO UN PROCESO DE TUTELA**

Son	Juzgados	1°	2°	3°	4°	Total	%
	J. Familia	J. Familia	J. Familia	J. Familia			
<b>Si</b>		56	56	56	56	222	100
<b>No</b>		–	–	–	–	–	–
<b>Subtotal</b>		<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

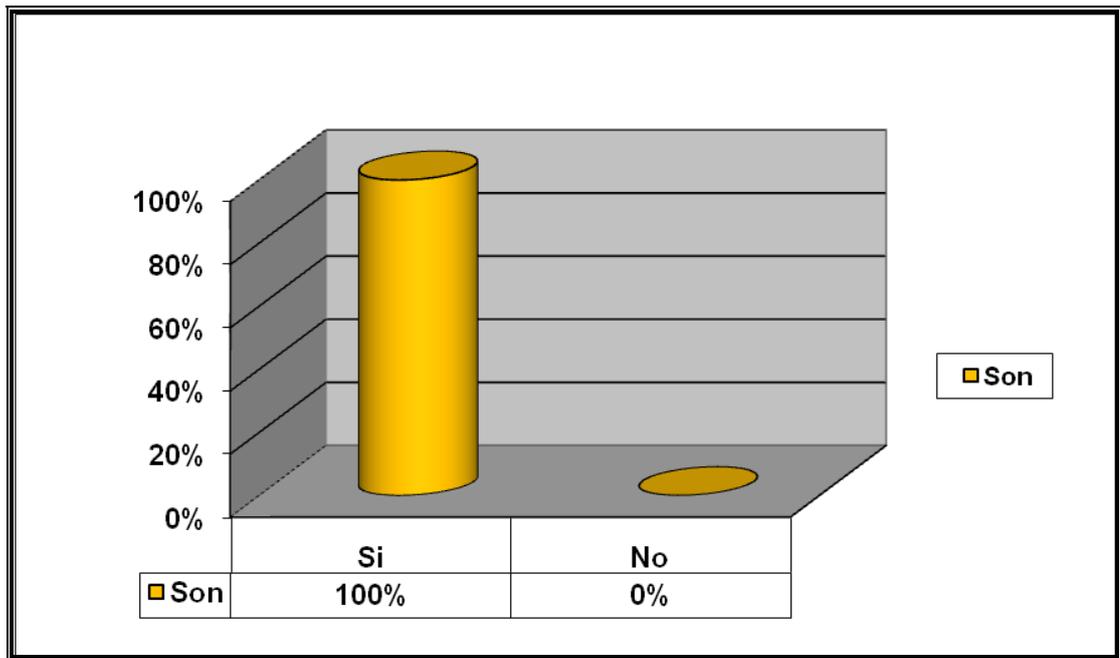
**Fuente:** JUFA AQP 2009

**INTERPRETACION**

En el sexto cuadro encontramos, que ante la pregunta que si es o no idónea la clase de tutela que se ha solicitado para el menor de edad al que se le apertura un proceso de tutela ante el Juzgado de Familia; la totalidad de los cuatro Juzgados de Familia encuestados, es decir el 100% consideran que si lo es.

## GRAFICO Nº 6

**ES IDONEA LA CLASE DE TUTELA QUE SE HA SOLICITADO AL MENOR DE EDAD QUE SE LE APERTURO UN PROCESO DE TUTELA**



Fuente: JUFA AQP 2009

## CUADRO N° 7

**LAS MEDIDAS QUE TOMA EL JUZGADO DE FAMILIA EN LA  
APERTURA DE UN PROCESO DE TUTELA A MENOR DE EDAD**

Juzgados	1° J. Familia	2° J. Familia	3° J. Familia	4° J. Familia	Total	%
Se lo envíe a la familia cercana	18	17	19	18	72	32
La apertura de un informe social	16	15	14	13	58	26
La apertura de un informe psicológico	12	14	13	15	54	24
Se lo envíe a un albergue	10	10	9	9	38	17
<b>Subtotal</b>	<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

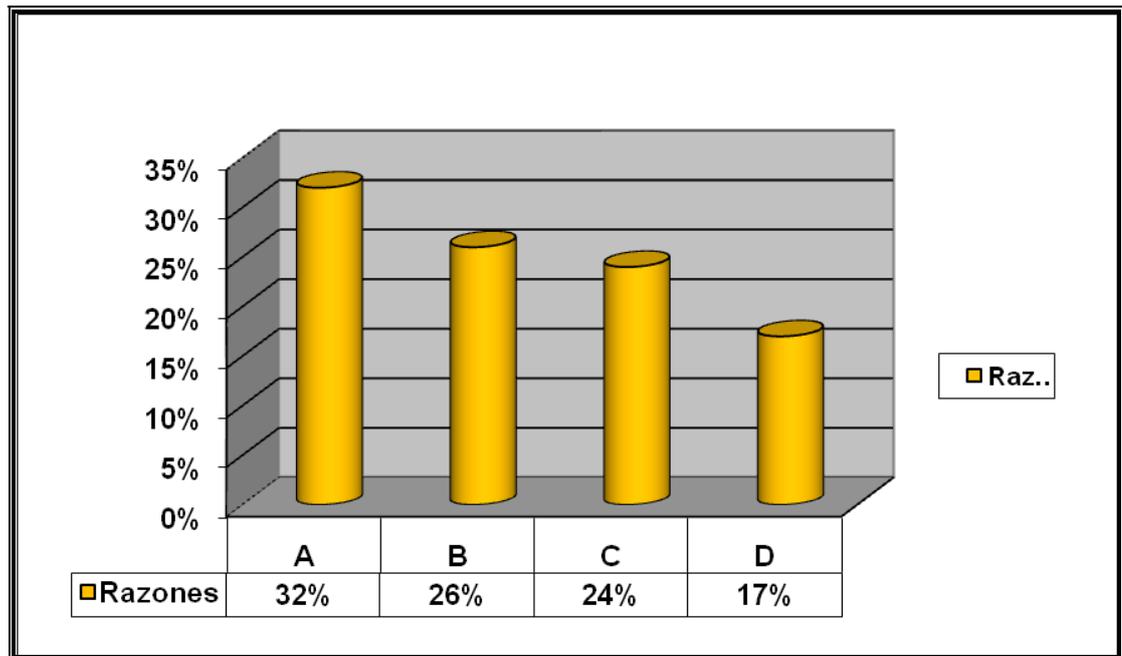
Fuente: JUFA AQP 2009

### INTERPRETACION

En este séptimo cuadro se evidencia que la principal medida que toma el Juzgado de Familia en la apertura de un proceso de tutela a un menor de edad, es la de enviar al menor a una familia cercana con 32%, luego está la medida de apertura un informe social con un 26%, después la de apertura un informe psicológico con un 24% y por último la medida de enviar al menor a un albergue con un 17%.

## GRAFICO N° 7

**LAS MEDIDAS QUE TOMA EL JUZGADO DE FAMILIA EN LA  
APERTURA DE UN PROCESO DE TUTELA A MENOR DE EDAD**



Fuente: JUFA AQP 2009

## LEYENDA

<b>A: Se lo envíe a la familia cercana</b>
<b>B: La apertura de un informe social</b>
<b>C: La apertura de un informe psicológico</b>
<b>D: Se lo envíe a un albergue</b>

**CUADRO N° 8**

**SON IDONEAS LAS MEDIDAS QUE TOMA EL JUZGADO DE FAMILIA EN  
LA APERTURA DE UN PROCESO DE TUTELA A MENOR DE EDAD**

<b>Juzgados</b>	<b>1°</b>	<b>2°</b>	<b>3°</b>	<b>4°</b>		
<b>Son</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>Total</b>	<b>%</b>
<b>Si</b>	56	56	56	56	222	100
<b>No</b>	–	–	–	–	–	–
<b>Subtotal</b>	<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

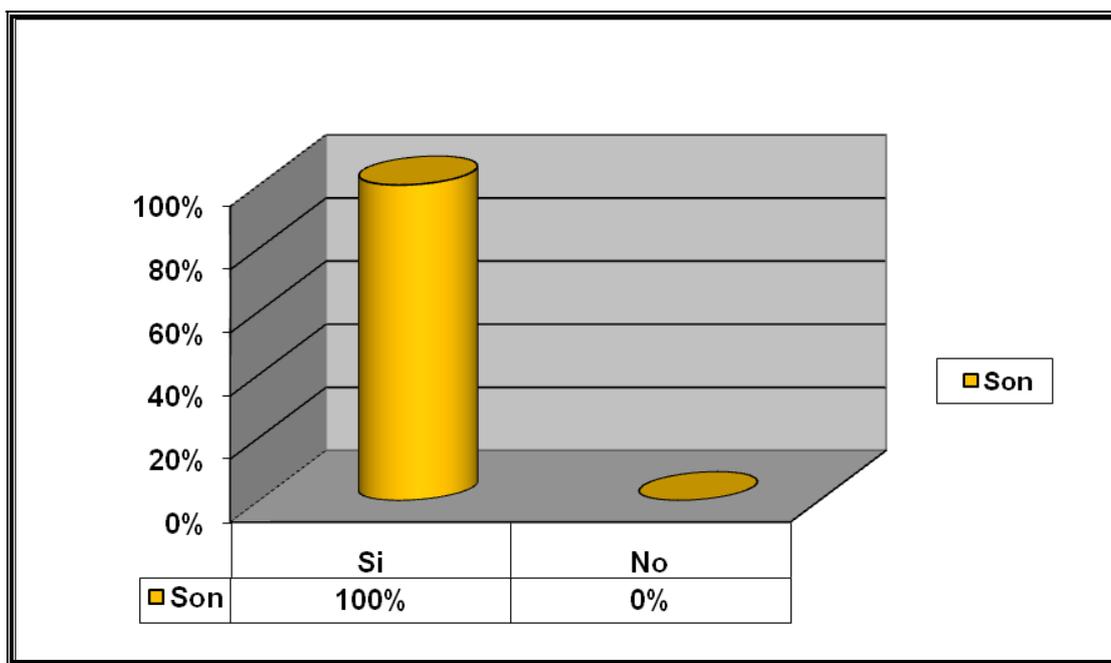
**Fuente:** JUFA AQP 2009

**INTERPRETACION**

En el este octavo cuadro observamos, que ante la interrogante que si son o no idóneas las medidas que toma el Juzgado de Familia en la apertura de un proceso de tutela a un menor de edad; la totalidad de los cuatro Juzgados de Familia encuestados, es decir el 100% consideran que si lo son.

## GRAFICO N° 8

**SON IDONEAS LAS MEDIDAS QUE TOMA EL JUZGADO DE FAMILIA EN  
LA APERTURA DE UN PROCESO DE TUTELA A MENOR DE EDAD**



Fuente: JUFA AQP 2009

## CUADRO N° 9

**LOS REQUISITOS QUE EXIGE EL JUZGADO DE FAMILIA EN EL  
NOMBRAMIENTO DE TUTOR A UN MENOR DE EDAD**

<b>Juzgados</b>	<b>1°</b>	<b>2°</b>	<b>3°</b>	<b>4°</b>		
<b>Razones</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>Total</b>	<b>%</b>
<b>Habilitado en el ejercicio de sus derechos</b>	25	26	25	27	103	46
<b>No tener tipos de enemistad con el menor</b>	16	14	15	17	62	28
<b>No tener conflicto de intereses con el menor</b>	10	10	9	9	38	17
<b>Habilitado por testamento o notarialmente</b>	5	6	6	2	19	9
<b>Subtotal</b>	<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

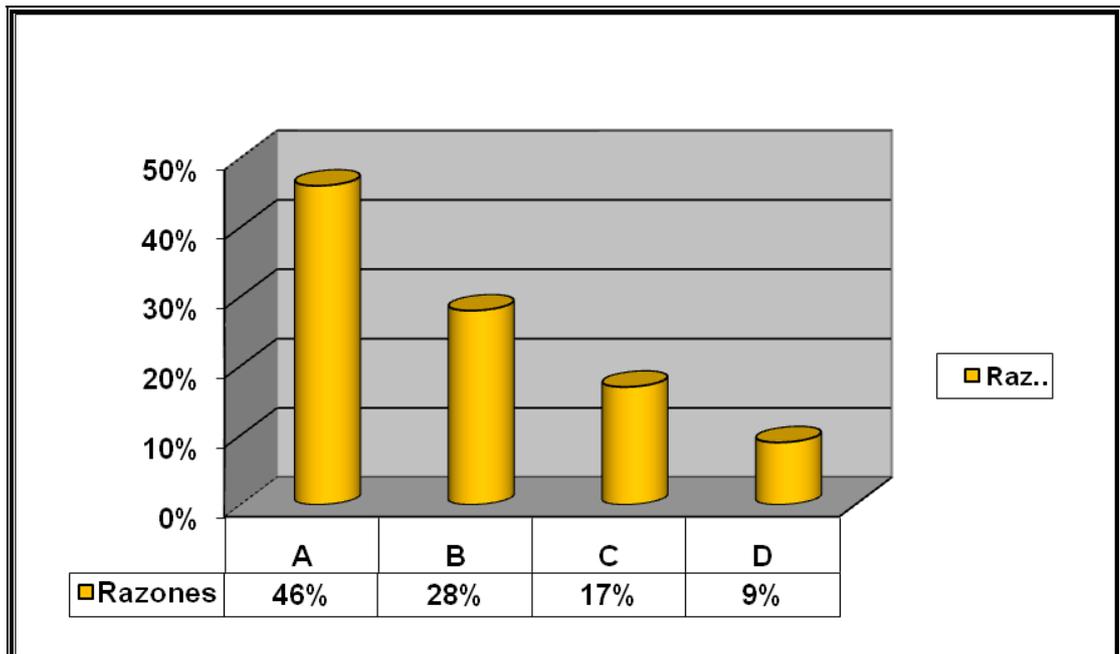
Fuente: JUFA AQP 2009

**INTERPRETACION**

En el noveno cuadro se encuentra que dentro de los requisitos que exige el Juzgado de Familia en el nombramiento de tutor para un menor de edad, el más importante es el estar habilitado en el ejercicio de sus derechos con un 46%, luego el de no tener ningún tipo de enemistad con el menor en un 28%, posteriormente el de no tener conflicto de intereses con el menor en un 17% y por último el de estar habilitado por testamento o notarialmente con un 9%.

## GRAFICO N° 9

**LOS REQUISITOS QUE EXIGE EL JUZGADO DE FAMILIA EN EL  
NOMBRAMIENTO DE TUTOR A UN MENOR DE EDAD**



Fuente: JUFA AQP 2009

## LEYENDA

<b>A: Habilitado en el ejercicio de sus derechos</b>
<b>B: No tener tipos de enemistad con el menor</b>
<b>C: No tener conflicto de intereses con el menor</b>
<b>D: Habilitado por testamento o notarialmente</b>

## CUADRO N° 10

**SON IDONEOS LOS REQUISITOS QUE EXIGE EL JUZGADO DE  
FAMILIA EN EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR A UN MENOR DE EDAD**

<b>Juzgados</b>	<b>1°</b>	<b>2°</b>	<b>3°</b>	<b>4°</b>		
<b>Son</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>Total</b>	<b>%</b>
<b>Si</b>	56	56	56	56	222	100
<b>No</b>	–	–	–	–	–	–
<b>Subtotal</b>	<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

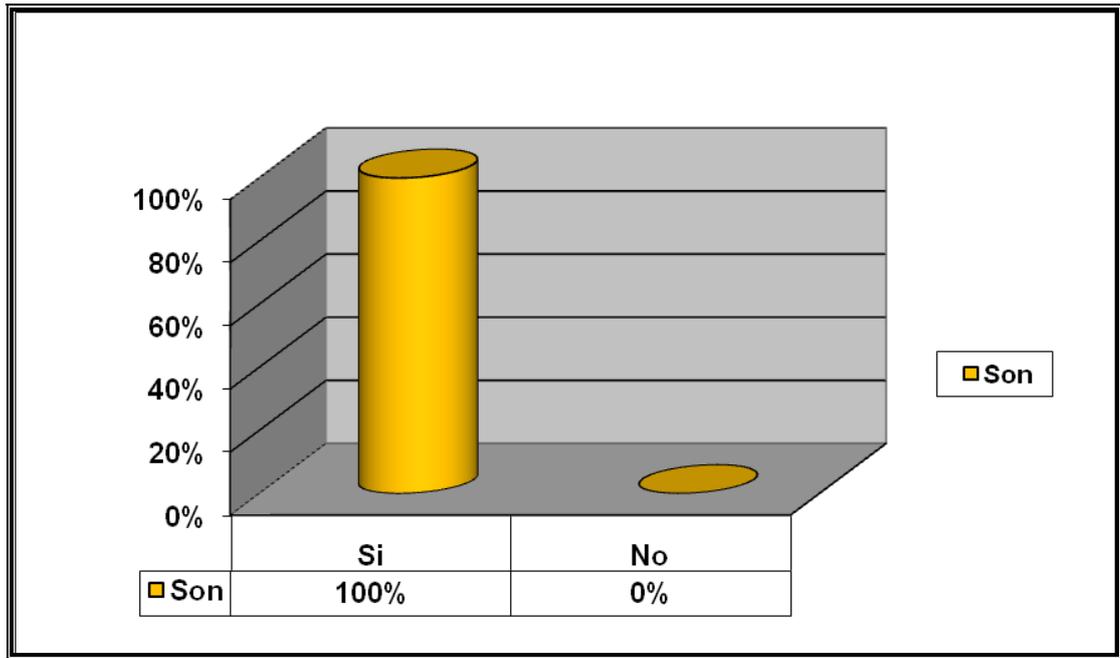
**Fuente:** JUFA AQP 2009

**INTERPRETACION**

En el este décimo cuadro, se observa que ante la interrogante que si son o no idóneos los requisitos que exige el Juzgado de Familia en el nombramiento de tutor para un menor de edad; la totalidad de los cuatro Juzgados de Familia encuestados, es decir el 100% consideran que si lo son.

GRAFICO Nº 10

**SON IDONEOS LOS REQUISITOS QUE EXIGE EL JUZGADO DE FAMILIA EN EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR A UN MENOR DE EDAD**



Fuente: JUFA AQP 2009

## CUADRO N° 11

**LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD QUE EL JUZGADO DE FAMILIA  
PROTEGE EN EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR**

<b>Juzgados</b>	<b>1°</b>	<b>2°</b>	<b>3°</b>	<b>4°</b>		
<b>Razones</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>Total</b>	<b>%</b>
<b>Derechos de supervivencia</b>	18	19	17	20	74	33
<b>Derechos del desarrollo</b>	16	13	16	14	59	27
<b>Derechos de protección</b>	14	13	15	14	56	25
<b>Derechos de participación</b>	8	11	7	7	33	15
<b>Subtotal</b>	<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

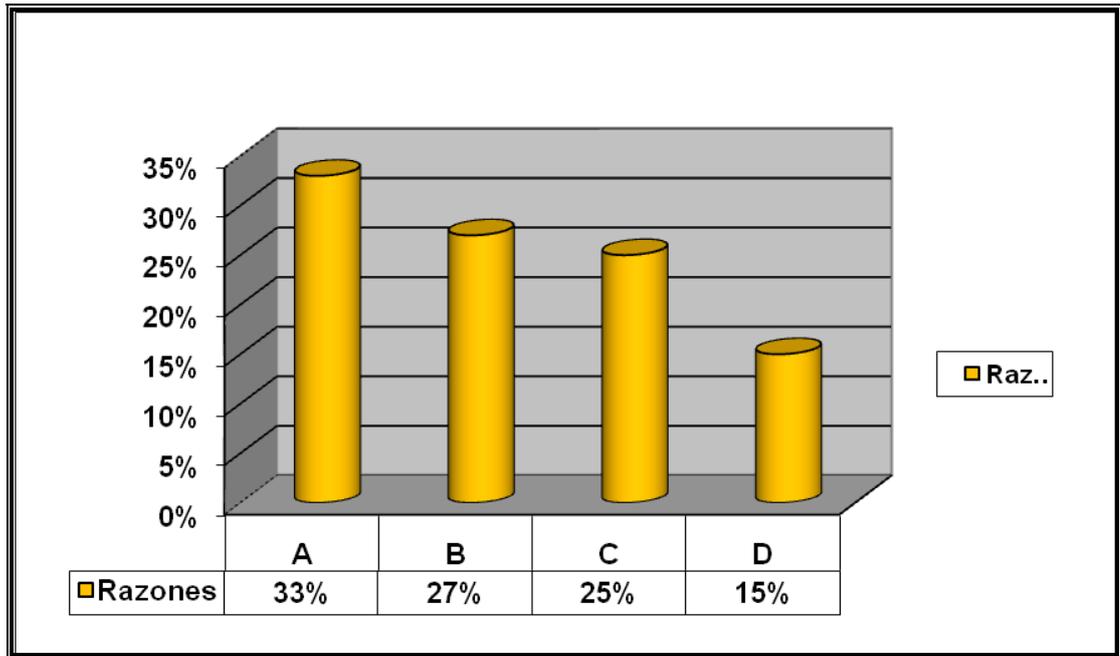
Fuente: JUFA AQP 2009

### INTERPRETACION

En el presente cuadro evidenciamos que entre los derechos del menor que el Juzgado de Familia protege en el nombramiento de tutor, se encuentra en primer lugar los derechos de supervivencia con un 33%, seguido de los derechos del desarrollo con un 27%, luego los derechos de protección con un 25% y al final los derechos de participación con un porcentaje de 15%.

## GRAFICO Nº 11

**LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD QUE EL JUZGADO DE FAMILIA  
PROTEGE EN EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR**



Fuente: JUFA AQP 2009

## LEYENDA

**A: Derechos de supervivencia**

**B: Derechos del desarrollo**

**C: Derechos de protección**

**D: Derechos de participación**

## CUADRO N° 12

**SON IDONEOS LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD QUE EL  
JUZGADO DE FAMILIA PROTEGE EN EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR**

<b>Juzgados</b>	<b>1°</b>	<b>2°</b>	<b>3°</b>	<b>4°</b>		
<b>Son</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>Total</b>	<b>%</b>
<b>Si</b>	56	56	56	56	222	100
<b>No</b>	–	–	–	–	–	–
<b>Subtotal</b>	<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

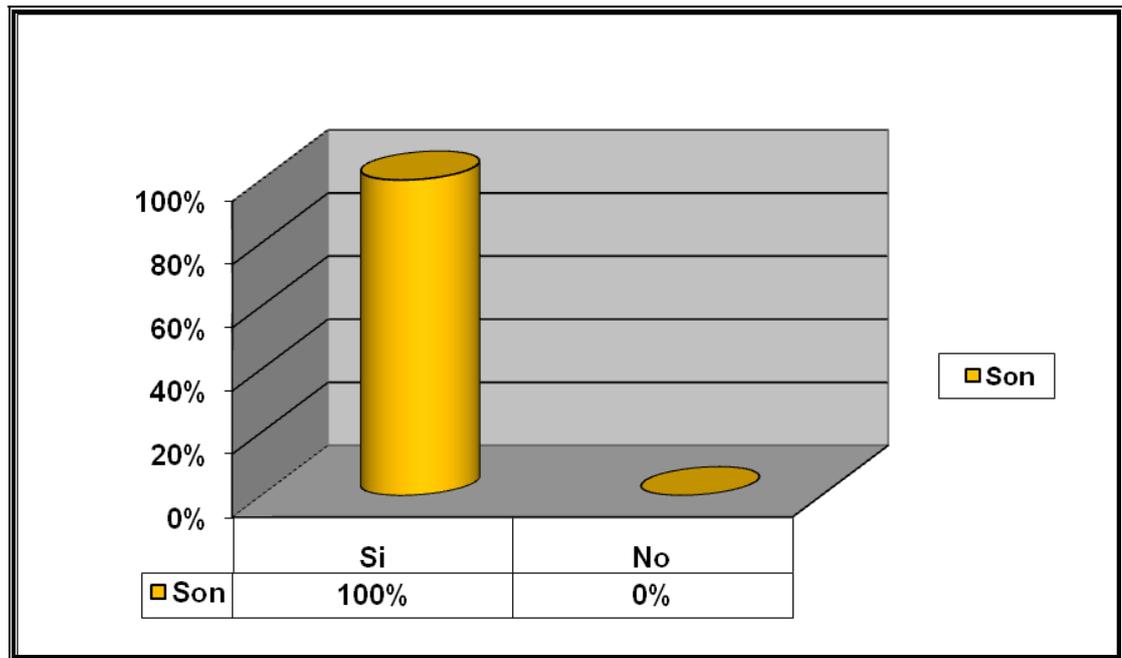
**Fuente:** JUFA AQP 2009

**INTERPRETACION**

En este cuadro, se encuentra que ante la pregunta que si son o no idóneos los derechos del menor de edad que el Juzgado de Familia protege en el nombramiento de tutor para un menor de edad; en la totalidad de los cuatro Juzgados de Familia encuestados, es decir el 100% se consideran que si lo son.

GRAFICO Nº 12

**SON IDONEOS LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD QUE EL  
JUZGADO DE FAMILIA PROTEGE EN EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR**



Fuente: JUFA AQP 2009

## CUADRO N° 13

**LAS OBLIGACIONES DEL MENOR DE EDAD QUE EL JUZGADO DE  
FAMILIA PROTEGE EN EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR**

<b>Juzgados</b>	<b>1°</b>	<b>2°</b>	<b>3°</b>	<b>4°</b>		
<b>Razones</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>Total</b>	<b>%</b>
<b>Obligación de supervivencia</b>	17	13	16	14	60	27
<b>Obligación del desarrollo</b>	15	15	15	17	62	28
<b>Obligación de protección</b>	13	16	14	13	56	25
<b>Obligación de participación</b>	11	12	10	11	44	20
<b>Subtotal</b>	<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

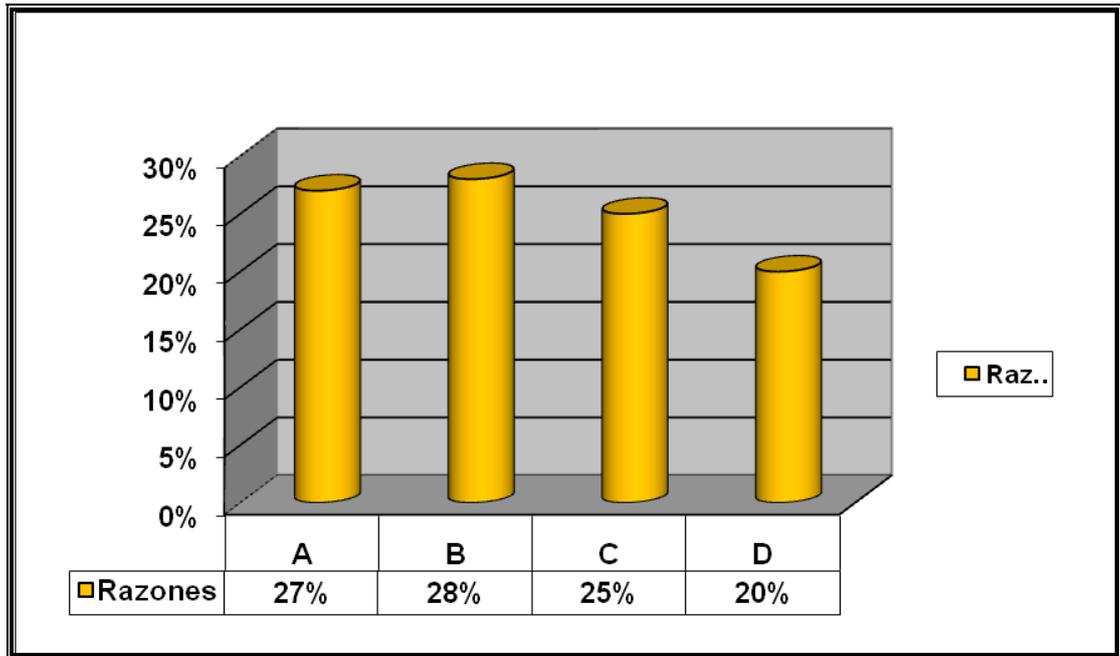
Fuente: JUFA AQP 2009

### INTERPRETACION

En este otro cuadro se observa que las obligaciones del menor de edad que el Juzgado de Familia protege en el nombramiento de tutor son en primer lugar la obligación de supervivencia con un porcentaje de 27%, en segundo lugar la obligación del desarrollo con un 28%, en tercero la obligación de protección con un 25% y por último la obligación de participación con un porcentaje de 20%.

### GRAFICO Nº 13

#### LAS OBLIGACIONES DEL MENOR DE EDAD QUE EL JUZGADO DE FAMILIA PROTEGE EN EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR



Fuente: JUFA AQP 2009

#### LEYENDA

**A: Obligación de supervivencia**

**B: Obligación del desarrollo**

**C: Obligación de protección**

**D: Obligación de participación**

### CUADRO N° 14

#### SON IDONEAS LAS OBLIGACIONES DEL MENOR DE EDAD QUE EL JUZGADO DE FAMILIA PROTEGE EN EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR

Son	Juzgados	1°	2°	3°	4°	Total	%
	J. Familia	J. Familia	J. Familia	J. Familia			
<b>Si</b>		56	56	56	56	222	100
<b>No</b>		–	–	–	–	–	–
<b>Subtotal</b>		<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

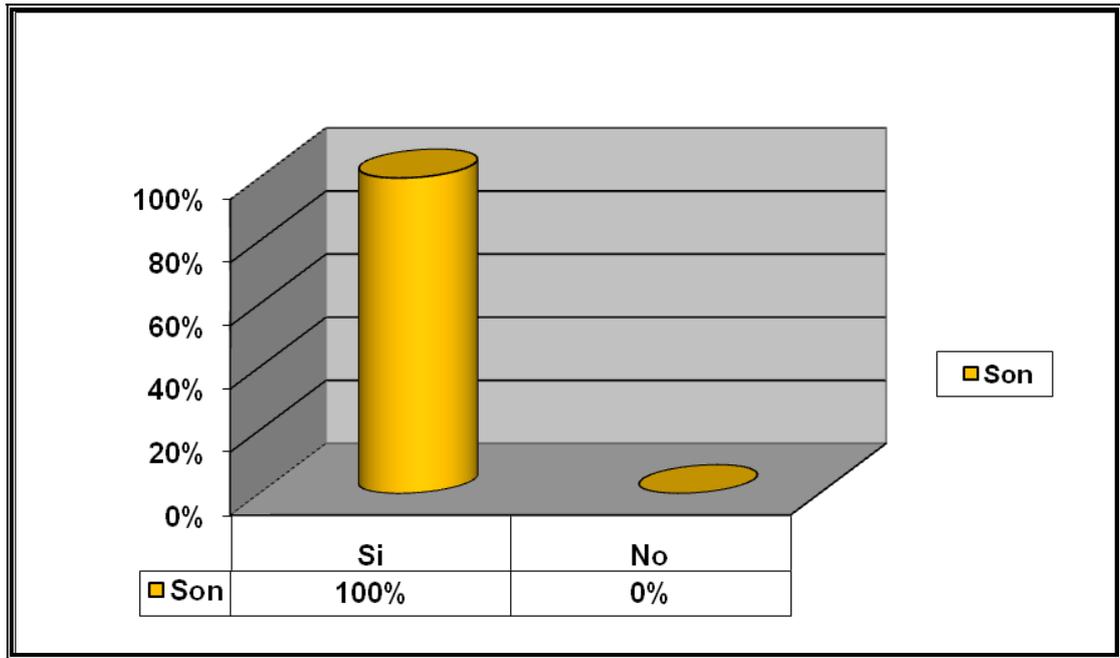
Fuente: JUFA AQP 2009

#### INTERPRETACION

En dicho cuadro, observamos que ante la pregunta que si son o no idóneas las obligaciones del menor de edad que el Juzgado de Familia protege en el nombramiento de tutor para un menor de edad; en la totalidad de los cuatro Juzgados de Familia encuestados, es decir el 100% se consideran que si lo son.

GRAFICO Nº 14

**SON IDONEAS LAS OBLIGACIONES DEL MENOR DE EDAD QUE EL  
JUZGADO DE FAMILIA PROTEGE EN EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR**



Fuente: JUFA AQP 2009

## CUADRO N° 15

**LAS FACULTADES QUE OTORGA EL JUZGADO DE FAMILIA AL TUTOR  
NOMBRADO DE UN MENOR DE EDAD**

<b>Juzgados</b>	<b>1° J. Familia</b>	<b>2° J. Familia</b>	<b>3° J. Familia</b>	<b>4° J. Familia</b>	<b>Total</b>	<b>%</b>
<b>Alimentar, educar y proteger al menor</b>	18	17	19	18	72	32
<b>Manejar el patrimonio del menor</b>	16	15	14	13	58	26
<b>Representarlo en cualquier acto civil al menor</b>	12	14	13	15	54	24
<b>Realizar sus gastos y pagos del menor</b>	10	10	9	9	38	17
<b>Subtotal</b>	<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

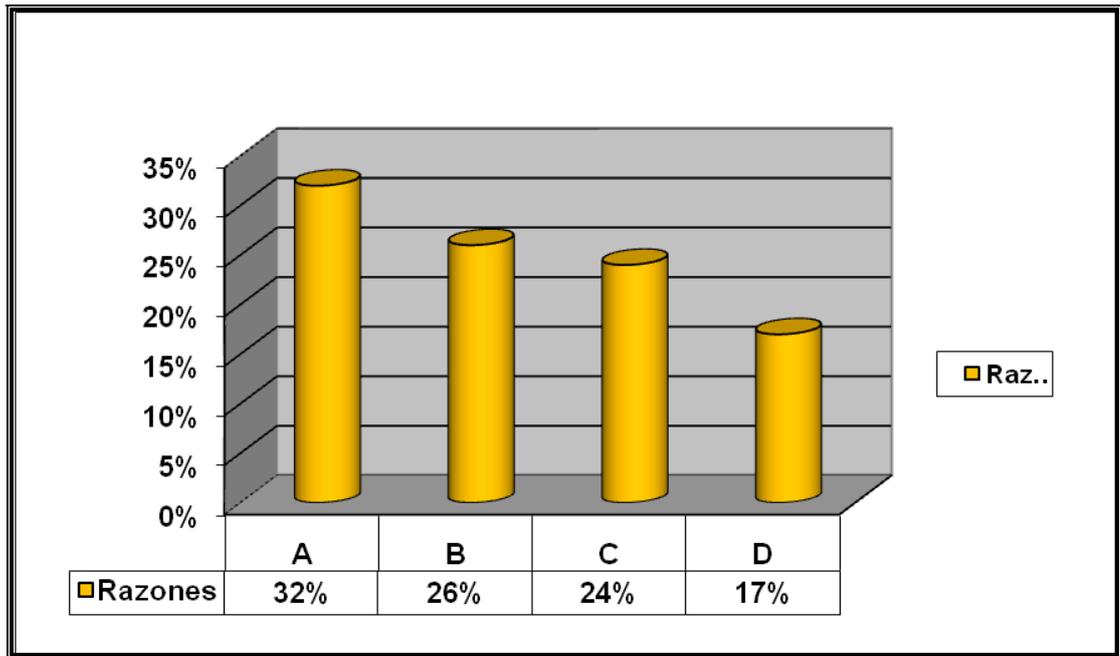
Fuente: JUFA AQP 2009

**INTERPRETACION**

En este cuadro observamos que dentro de las facultades que otorga el Juzgado de Familia al tutor nombrado de un menor de edad, se encuentra mayoritariamente el de alimentar, educar y proteger al menor con un porcentaje de 32%, luego el de manejar el patrimonio del menor con un 26%, después está el de representar en cualquier acto civil al menor con un porcentaje de 24% y finalmente el de realizar los gastos y pagos del menor con un 17%.

## GRAFICO Nº 15

### LAS FACULTADES QUE OTORGA EL JUZGADO DE FAMILIA AL TUTOR NOMBRADO DE UN MENOR DE EDAD



Fuente: JUFA AQP 2009

#### LEYENDA

<b>A: Alimentar, educar y proteger al menor</b>
<b>B: Manejar el patrimonio del menor</b>
<b>C: Representarlo en cualquier acto civil al menor</b>
<b>D: Realizar sus gastos y pagos del menor</b>

## CUADRO N° 16

**SON IDONEAS LAS FACULTADES QUE OTORGA EL JUZGADO DE  
FAMILIA AL TUTOR NOMBRADO DE UN MENOR DE EDAD**

Son	Juzgados	1°	2°	3°	4°	Total	%
	J. Familia	J. Familia	J. Familia	J. Familia			
<b>Si</b>		56	56	56	56	222	100
<b>No</b>		–	–	–	–	–	–
<b>Subtotal</b>		<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

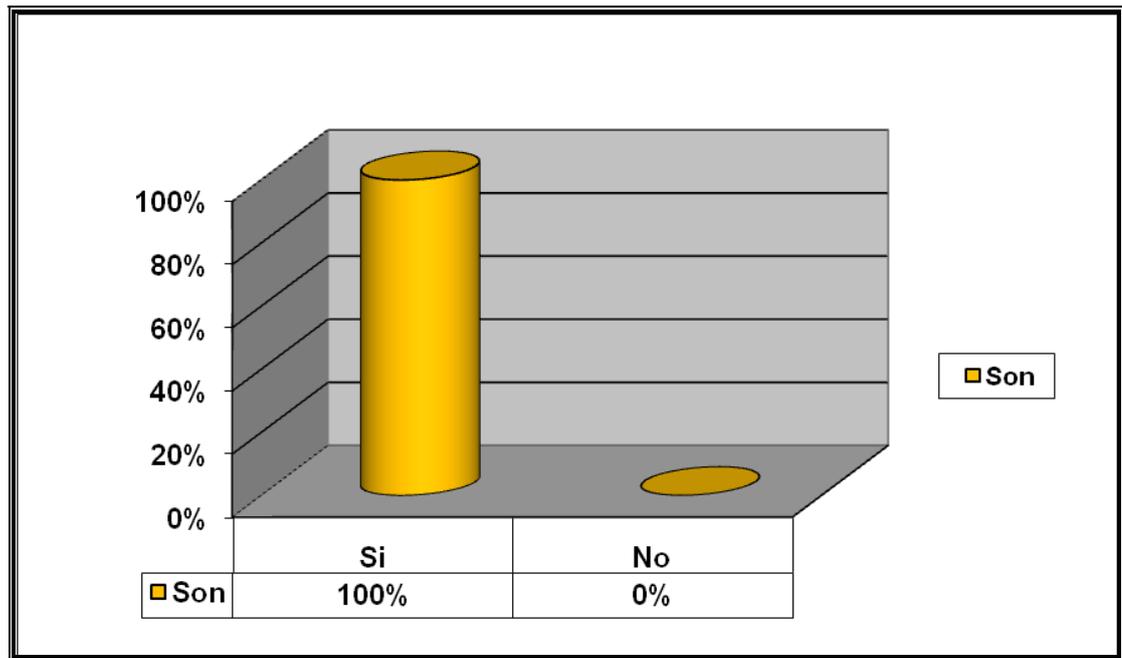
**Fuente:** JUFA AQP 2009

**INTERPRETACION**

En el presente cuadro, observamos que ante la pregunta que si son o no idóneas las facultades que otorga el Juzgado de Familia al tutor nombrado de un menor de edad; en la totalidad de los cuatro Juzgados de Familia encuestados, es decir el 100% se consideran que si lo son.

GRAFICO Nº 16

**SON IDONEAS LAS FACULTADES QUE OTORGA EL JUZGADO DE FAMILIA AL TUTOR NOMBRADO DE UN MENOR DE EDAD**



Fuente: JUFA AQP 2009

## CUADRO N° 17

**LAS RAZONES POR LAS QUE EL JUZGADO DE FAMILIA DESIGNA EL  
NOMBRAMIENTO DE TUTOR A UN MENOR DE EDAD**

<b>Juzgados</b>	<b>1°</b>	<b>2°</b>	<b>3°</b>	<b>4°</b>	<b>Total</b>	<b>%</b>
<b>Razones</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>		
<b>Persona designada por la ley</b>	23	25	24	23	95	43
<b>Persona designada por testamento</b>	12	13	14	12	51	23
<b>Persona designada por el Estado</b>	12	10	10	11	43	19
<b>Persona designada por acuerdo</b>	9	8	7	9	33	15
<b>Subtotal</b>	<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

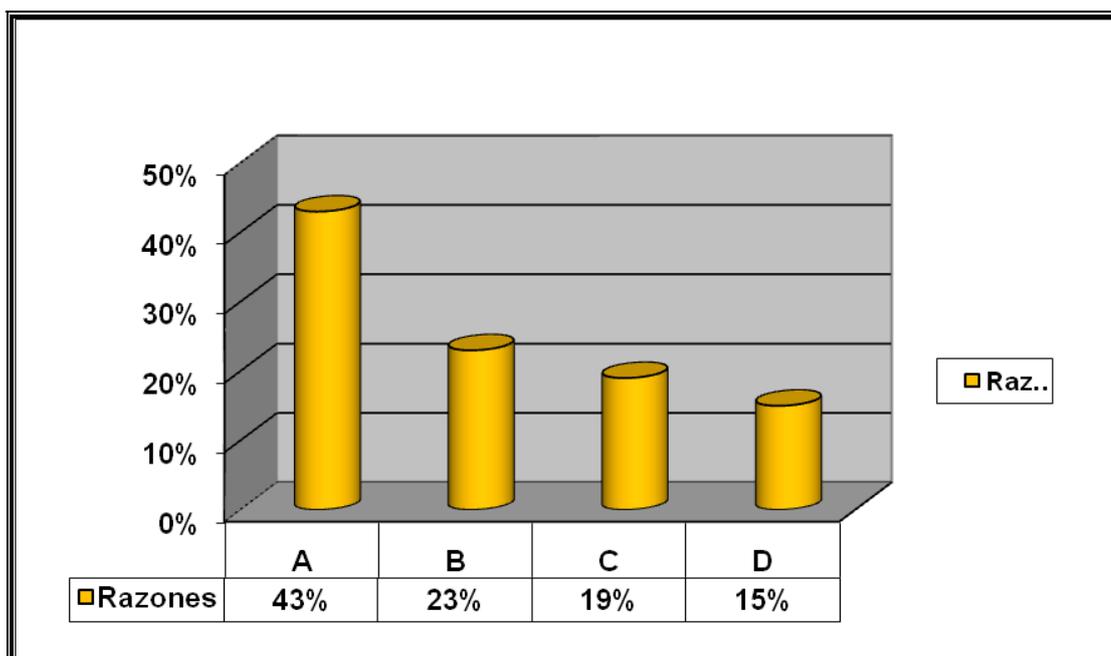
**Fuente:** JUFA AQP 2009

**INTERPRETACION**

En este cuadro encontramos que la razón principal por la que el Juzgado de Familia designa el nombramiento de tutor a un menor de edad es primordialmente por ser una persona designada por ley con un 43%, en segundo lugar por ser una persona designada por testamento con un porcentaje de 23%, en tercer lugar por ser una persona designada por el Estado con un porcentaje de 19% y finalmente por ser una persona designada por acuerdo con un 9%.

## GRAFICO N° 17

**LAS RAZONES POR LAS QUE EL JUZGADO DE FAMILIA DESIGNA EL  
NOMBRAMIENTO DE TUTOR A UN MENOR DE EDAD**



Fuente: JUFA AQP 2009

**LEYENDA**

<b>A: Persona designada por la ley</b>
<b>B: Persona designada por testamento</b>
<b>C: Persona designada por el Estado</b>
<b>D: Persona designada por acuerdo</b>

## CUADRO N° 18

**SON IDONEAS LAS RAZONES POR LAS QUE EL JUZGADO DE  
FAMILIA DESIGNA EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR A UN MENOR DE  
EDAD**

<b>Juzgados</b>	<b>1° J. Familia</b>	<b>2° J. Familia</b>	<b>3° J. Familia</b>	<b>4° J. Familia</b>	<b>Total</b>	<b>%</b>
<b>Son</b>						
<b>Si</b>	56	56	56	56	222	100
<b>No</b>	-	-	-	-	-	-
<b>Subtotal</b>	<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

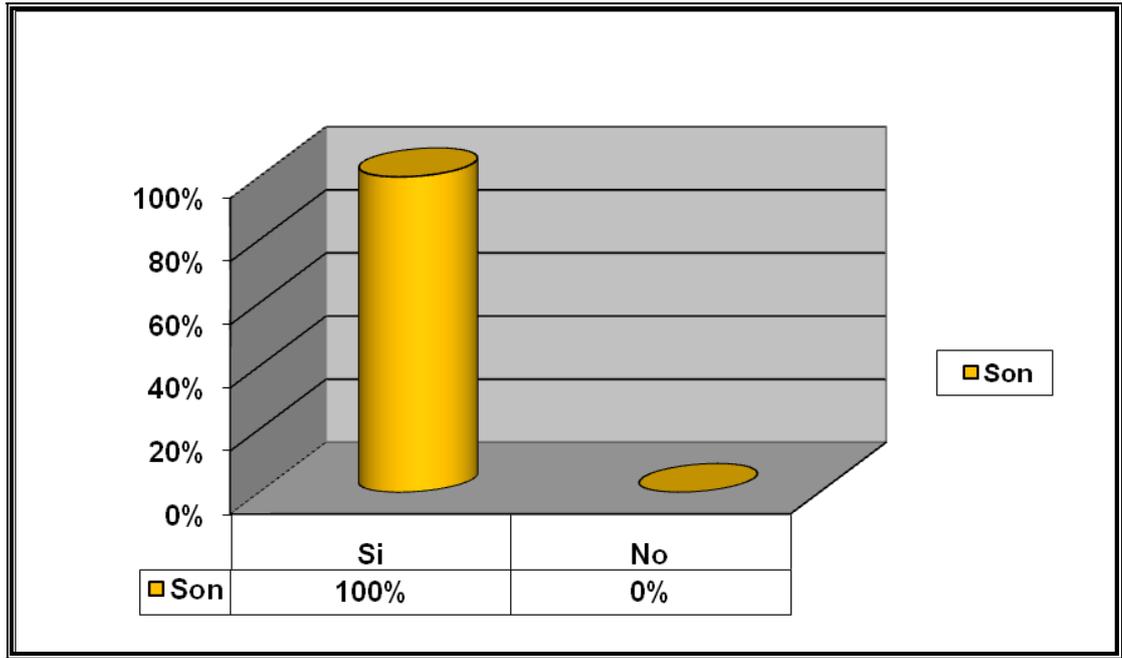
**Fuente:** JUFA AQP 2009

**INTERPRETACION**

En el dicho cuadro, observamos que ante la interrogante que si son o no idóneas las razones por las que el Juzgado de Familia designa el nombramiento de tutor a un menor de edad; en la totalidad de los cuatro Juzgados de Familia encuestados, es decir el 100% se consideran que si lo son.

## GRAFICO Nº 18

**SON IDONEAS LAS RAZONES POR LAS QUE EL JUZGADO DE FAMILIA DESIGNA EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR A UN MENOR DE EDAD**



Fuente: JUFA AQP 2009

## CUADRO N° 19

**LAS MEDIDAS DE CONTROL QUE TOMA EL JUZGADO DE FAMILIA  
CUANDO SE DESIGNA UN TUTOR A UN MENOR DE EDAD**

<b>Juzgados</b>	<b>1°</b>	<b>2°</b>	<b>3°</b>	<b>4°</b>		
<b>Razones</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>Total</b>	<b>%</b>
<b>Solicitud de informes de tutoría</b>	25	26	25	27	103	46
<b>Reunión de consejo de familia</b>	16	14	15	17	62	28
<b>Visitas de asistencia social</b>	10	10	9	9	38	17
<b>Ninguna</b>	5	6	6	2	19	9
<b>Subtotal</b>	<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

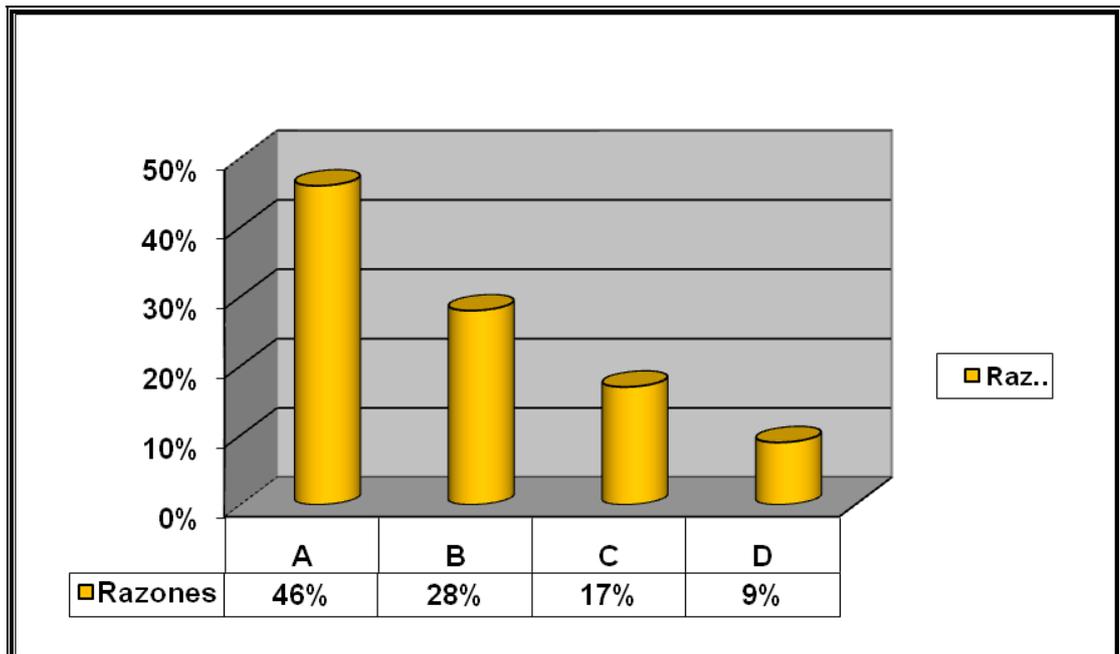
Fuente: JUFA AQP 2009

**INTERPRETACION**

En este cuadro se encuentra que entre las medidas de control que toma el Juzgado de Familia cuando designa un tutor a un menor de edad, es principalmente la solicitud de informes de tutoría con un porcentaje de 46%, luego está la reunión de consejo de familia con un 28%, seguido de las visitas de asistencia social con un porcentaje de 17% y por último también encontramos que minoritariamente no se toma ninguna medida por parte del Juzgado al designar un tutor con un 9%.

## GRAFICO Nº 19

**LAS MEDIDAS DE CONTROL QUE TOMA EL JUZGADO DE FAMILIA  
CUANDO SE DESIGNA UN TUTOR A UN MENOR DE EDAD**



Fuente: JUFA AQP 2009

**LEYENDA**

<b>A: Solicitud de informes de tutoría</b>
<b>B: Reunión de consejo de familia</b>
<b>C: Visitas de asistencia social</b>
<b>D: Ninguna</b>

## CUADRO N° 20

**SON IDONEAS LAS MEDIDAS DE CONTROL QUE TOMA EL JUZGADO DE FAMILIA CUANDO SE DESIGNA UN TUTOR A UN MENOR DE EDAD**

<b>Juzgados</b>	<b>1°</b>	<b>2°</b>	<b>3°</b>	<b>4°</b>		
<b>Son</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>J. Familia</b>	<b>Total</b>	<b>%</b>
<b>Si</b>	-	-	-	-	-	-
<b>No</b>	56	56	56	56	222	100
<b>Subtotal</b>	<b>56</b>	<b>56</b>	<b>55</b>	<b>55</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

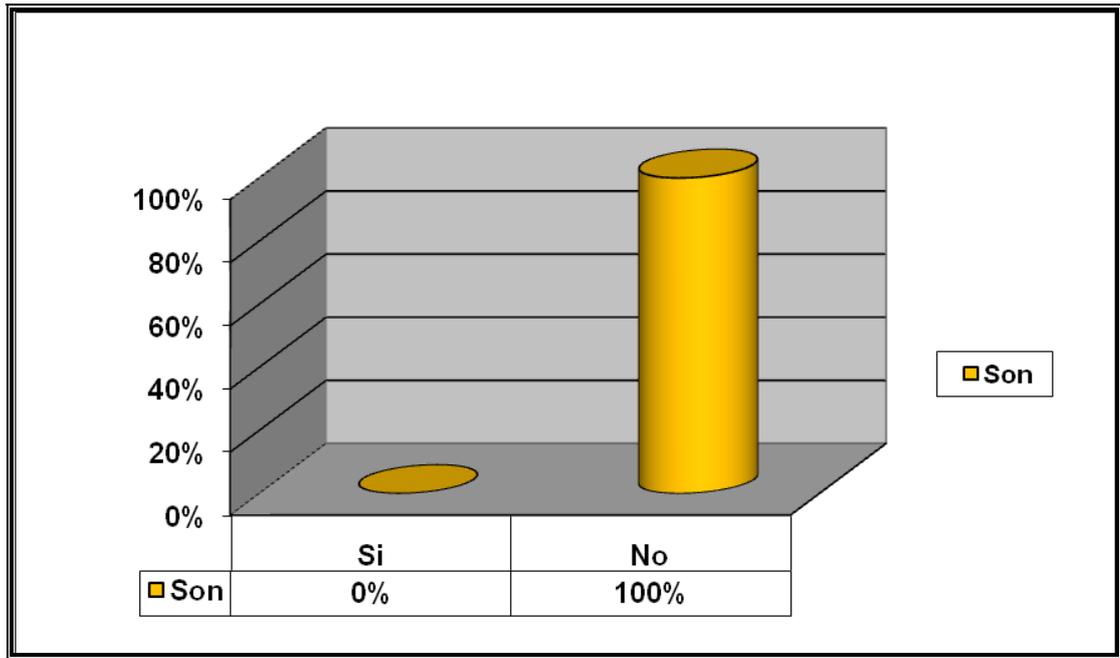
**Fuente:** JUFA AQP 2009

**INTERPRETACION**

En este cuadro, se observa que ante la pregunta que si son o no idóneas las medidas de control que toma el Juzgado de Familia cuando designa un tutor a un menor de edad; en la totalidad de los cuatro Juzgados de Familia encuestados, es decir el 100% se consideran que no lo son.

GRAFICO Nº 20

**SON IDONEAS LAS MEDIDAS DE CONTROL QUE TOMA EL JUZGADO DE FAMILIA CUANDO SE DESIGNA UN TUTOR A UN MENOR DE EDAD**



Fuente: JUFA AQP 2009

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** En la presente investigación se ha llegado a determinar que la principal razón por la cual se inicia ante el juzgado de familia un proceso de tutela a un menor de edad, es porque se ha producido la muerte de los padres del menor, en algunos casos la muerte de ambos, y en otros casos la muerte de uno de ellos, circunstancias estas que conllevan a que dicho menor se encuentre desprotegido, por lo que se hace necesario la urgencia de la tutela del órgano judicial correspondiente para la salvaguarda de los derechos e intereses del menor.

**SEGUNDA.-** Asimismo tenemos que en el desarrollo de esta investigación se ha determinado que la situación en la que se encuentra el menor de edad al cual se le ha aperturado un proceso de tutela, es una situación de abandono, puesto que el mismo se encuentra albergado en casa de algún o pariente lejano o amigo de la familia, que al menor le resulta un extraño, y por ende dicha situación provoca la vulnerabilidad del menor que puede verse expuesto a peligros respecto a su integridad personal, física, emocional y patrimonial según sea el caso.

**TERCERA.-** De otro lado tenemos que la presente investigación determina la clase de tutela que se ha solicitado al menor de edad a quien se le apertura un proceso de tutela, siendo que dicha tutela es la legítima, es decir que es solicitada por algún pariente del menor según el grado de parentesco que lo vincule a él, dicha parentesco ha sido debidamente acreditado dentro del proceso y valorado oportunamente por el juzgado quien con las pruebas pertinentes determina si acepta o rechaza el pedido de tutoría.

**CUARTA.-** Respecto a las medidas que toma el juzgado de familia en la apertura de un proceso de tutela a menor de edad, es la de ordenar que se envíe al menor a un familiar cercano a efecto de que se asegure su protección y se le brinden todas las condiciones necesarias para su

bienestar, pero sin embargo esta situación no garantiza un adecuado resguardo de sus derechos fundamentales que pueden verse en peligro si el familiar provisional en el cual se alojara temporalmente el menor es el adecuado en estas circunstancias.

**QUINTA.-** El principal requisito que exige el juzgado de familia en el nombramiento de tutor a un menor de edad, es que el mismo se encuentre habilitado en el ejercicio de sus derechos civiles, y que por ende no se encuentre incurso en ninguna causal de impedimento que no le permita poder acceder a la tutoría del menor, para ello deberá acreditar con documentos idóneos no estar incurso en ninguna de las causales establecidas por ley.

**SEXTA.-** Los derechos esenciales del menor de edad que el juzgado de familia protege en el nombramiento de tutor, son sus derechos de supervivencia que comprenden el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho al bienestar personal, el derecho a la integridad, el derecho a la libertad, entre otros derechos fundamentales; son precisamente estos derechos los de mayor relevancia jurídica para el juzgador, pues ellos constituyen los pilares de toda vida humana en desarrollo.

**SETIMA.-** Las obligaciones primordiales del menor de edad que el juzgado de familia protege en el nombramiento de tutor, son sus obligaciones de supervivencia, que al igual que sus derechos están basados en su relación con los demás y los intereses que en común enfrenta con su entorno familiar y personal, como son el asistir a su centro educativo a cumplir con sus labores de aprendizaje y todas aquellas actividades que son propias de su edad y su compromiso con la comunidad donde se desarrolla.

**OCTAVA.-** Una de las principales facultades que otorga el juzgado de familia al tutor nombrado de un menor de edad, es la de velar por su alimentación, educación y protección al menor, estas necesidades son de vital importancia

para el desarrollo de todo ser humano y por ende de un menor de edad, muy al margen de sus otras necesidades y derechos, el tutor debe resguardar constantemente que el niño a su cargo se encuentre debidamente alimentado, aprendiendo y vigilado para no pone en riesgo su integridad personal.

**NOVENA.-** La razón determinante por la que el juzgado de familia designa el nombramiento de tutor a un menor de edad, es porque de acuerdo a ley es la más idónea, puesto que es un pariente consanguíneo muy cercano y la ley lo respalda, asumiendo también que dicho vínculo de parentesco puede garantizar que el menor estará mejor cuidado y protegido, que en una entidad estatal o albergue.

**DECIMA.-** La medida de control que más adopta el juzgado de familia cuando se designa un tutor a un menor de edad, es la de ordenar que se solicite al tutor informe anuales sobre su desempeño y labor respecto a su tutoría, pero sin embargo esta situación en la práctica no se cumple, puesto que los procesos tutelares una vez sentenciados son archivados y no existen los requerimientos del juzgado respecto a estos informes y dichos tutores tampoco informan sobre su trabajo, como tampoco los familiares cercanos del niño no lo requieren.

## RECOMENDACIONES

**PRIMERA.-** Se hace necesario regular la obligatoriedad que el tutor tiene de informar al juzgado correspondiente, por lo menos cada año o durante ciertas circunstancias la condición de su pupilo y sobre los bienes del mismo, el cual se encuentra sujeto a su posesión o control.

**SEGUNDA.-** Asimismo se hace necesario elaborar y evaluar los alcances de las funciones y requisitos del tutor que debe ser nombrado a cada menor, con el apoyo de los profesionales acordes a la materia, y la orientación del servicio especializado de protección de menores.

**TERCERA.-** El juzgador debe asumir la responsabilidad en el ámbito de sus competencias para la toma de decisiones o medidas necesarias en el caso de menores que se encuentren ante un desamparo total, ante la ausencia de familiares directos, teniendo en cuenta siempre las normas legales vigentes y normas internacionales.

**CUARTA.-** Se hace necesario la intervención de un órgano pupilar, por la vía de la representación, que debe ser considerado como la actuación de un órgano jurisdiccional llamado a asegurar la justicia de las resoluciones judiciales y a perfeccionar la defensa de los menores incapaces. Asimismo, su misión tutelar se cumple con la pertinente intervención en los juicios en que los menores estén involucrados a los efectos de que sus intereses encuentren debido resguardo.

**QUINTA.-** Los menores sólo pueden ser titulares de derechos, a cuya protección concurren sus representantes, el Ministerio Público y los jueces, y nunca objeto de derecho de terceros. Los derechos de estos últimos, extensos y respetables, hallan siempre un límite cuando el interés del menor aparece afectado. Este interés entonces, por el que velan la sociedad y a ley es el norte que debe guiar lo que se decida en relación a ellos.

## ANEXOS

### BIBLIOGRAFÍA

1. AZPIRI O., Jorge, Derecho de Familia, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires 2002.
2. BILBAO UBILLOS, Juana María. *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. ISBN 1997.
3. BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson. ISBN 2005.
4. BIDART CAMPOS, Germán José. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Ediar 2007.
5. CORNEJO Chávez Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, Gaceta Jurídica editores, Lima 1998.
6. CORNEJO Chávez Héctor, *La Familia en la ley y en la realidad del Perú*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1985.
7. CORNEJO Fava María Teresa, *Matrimonio y Familia*, tercer milenio s.a. Lima 2000.
8. CHUNGA LAMONJA, Fermín, *Derecho de Menores*, Editorial GRIJLEY, Perú 2001.

9. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Familia en el derecho peruano*, libro homenaje al doctor Héctor Cornejo Chávez, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú Lima 1992.
10. DÍAZ VALDIVIA, Héctor. *Derecho de Familia*. Décima Edición. Arequipa: 1998.
11. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas 2ª edición, 2005.
12. EDICIONES LEGALES, *Código de los Niños y Adolescentes*, Editorial San Marcos, Perú 2004.
13. HINOSTROZA MINGUEZ., Alberto, *Derecho de Familia*, Editorial San Marcos, Lima 1999.
14. MALLQUI REYNOSO, Max, MOHME THANO, Eloy, *Derecho de Familia*, Editorial San Marcos, Lima 2001.
15. PERALTA ANDIA, Javier. *Derecho de Familia*, Editorial IDEMSA, Arequipa 2002
16. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex, *Manual del Derecho de Familia*, Editorial, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
17. PLACIDO VILCACHAHUA, Alex. Filiación y Patria Potestad en la doctrina y en la jurisprudencia, Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2002.
18. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. Lima: Editorial Palestra, 2005.
19. SUAREZ Franco Roberto, *Derecho de Familia*, Temis s.a. Editorial, Bogota 2001
20. VALVERDE Emilio, *El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano*, Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima 1942.

## 1. MATRIZ DE CONSISTENCIA

**TEMA:** DESIGNACIÓN Y CONTROL DE LA FUNCIÓN DEL TUTOR FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL MENOR EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA 2010

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	METODOLOGÍA
<p>1. Problema Principal</p> <p>¿De qué manera la designación y control de la función del tutor influye en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa en el año 2010?</p> <p>2. Problemas Secundarios</p> <p>a) ¿De qué manera la aplicación de la función del tutor influye en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa en el año 2010?</p> <p>b) ¿De qué modo el control de la función del tutor influye en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa en el año 2010?</p>	<p>1. Objetivo general</p> <p>Determinar de qué manera la designación y control de la función del tutor influye en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del Cercado de Arequipa en el año 2010.</p> <p>2. Objetivos Específicos</p> <p>a) Identificar la manera como la aplicación de la función del tutor influye en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa en el año 2010.</p> <p>b) Explicar de que modo el control de la función del tutor influye en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa en el año 2010</p>	<p>1. Hipótesis General</p> <p>La designación y control de la función del tutor influye en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa.</p> <p>2. Hipótesis Secundarias</p> <p>a) La aplicación de la función del tutor influye en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa.</p> <p>b) El control de la función del tutor influye en la protección de los derechos y obligaciones del menor en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa.</p>	<p>1. Tipo de Investigación</p> <p>De acuerdo al propósito de investigación, naturaleza del problema y objetivos formulados, el siguiente estudio será calificado como una investigación aplicada, ya que se utilizara los conocimientos en la práctica, para aplicarlos en los caso de nombramiento de tutor, en provecho de los menores.</p> <p>2. Nivel de Investigación</p> <p>Será una investigación especializada, porque es una investigación más compleja y consiste en establecer la comparación de variables entre grupos de estudio y de control.</p> <p>3. Metodología de la Investigación</p> <p>Tanto para la variable independiente como para la dependiente, se emplearán los métodos deductivo e inductivo.</p> <p>4. Diseño de la Investigación</p> <p>El diseño general que se emplea en el presente trabajo es el transeccional o transversal, mediante el cual se realizará el estudio de un hecho o fenómeno en un momento determinado y siendo el diseño específico el estudio explicativo causal de la presente investigación.</p> <p>5. Población</p> <p>Los procesos tutelares tramitados por los Juzgados de Familia del cercado de</p>

			<p>Arequipa.</p> <p>6. Muestra Para la investigación de campo, consideramos como unidades de estudio los expedientes de procesos tutelares tramitados en los Juzgados de Familia del cercado de Arequipa, durante los meses de enero a diciembre del año 2009 que suman en total 444 procesos, de los cuales se tomarán 222.</p> <p>7. Técnicas Observación documental, Revisión documental, Análisis y síntesis, Inducción y deducción, Encuesta y Técnica del cuestionario.</p> <p>8. Instrumentos Ficha bibliográfica, Ficha documental, Libreta de apuntes, Libreta de apuntes, Cédulas de preguntas, Matriz de registro.</p>
--	--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

**ENCUESTA**

Juzgado \_\_\_\_\_ No de ficha \_\_\_\_\_ No de expediente \_\_\_\_\_

1. CUALES SON LAS RAZONES POR QUE SE INICIA ANTE EL JUZGADO DE FAMILIA UN PROCESO DE TUTELA A UN MENOR DE EDAD

---

SON IDONEAS SI ( ) NO ( )

2. CUAL ES LA SITUACIÓN EN LA QUE SE ENCUENTRA EL MENOR DE EDAD AL CUAL SE LE HA APERTURADO UN PROCESO DE TUTELA

---

ES IDONEA SI ( ) NO ( )

3. CUAL ES LA CLASE DE TUTELA QUE SE HA SOLICITADO AL MENOR DE EDAD QUE SE LE APERTURO UN PROCESO DE TUTELA

---

ES IDONEA SI ( ) NO ( )

4. CUALES SON LAS MEDIDAS QUE TOMA EL JUZGADO DE FAMILIA EN LA APERTURA DE UN PROCESO DE TUTELA A MENOR DE EDAD

---

SON IDONEAS SI ( ) NO ( )

5. CUALES SON LOS REQUISITOS QUE EXIGE EL JUZGADO DE FAMILIA EN EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR A UN MENOR DE EDAD

---

SON IDONEOS SI ( ) NO ( )



