



FACULTAD DE DERECHO

**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE
DERECHO**

TESIS

**LA MODIFICATORIA DEL ART. 88 DEL
CÓDIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES PARA
PROTEGER EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO
EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE CHICLAYO.**

**PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

Autor(a):

Darwin Paul Delgado Rodríguez

Asesor(a):

Dr. Mendiburú Rojas Augusto Franklin

Línea de Investigación:

CIENCIAS JURIDICAS

Pimentel – Perú

2019

**LA MODIFICATORIA DEL ART. 88 DEL CÒDIGO DE NIÑOS Y
ADOLESCENTES PARA PROTEGER EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO
EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE CHICLAYO.**

A desarrollarse como tesis para optar el Título Profesional de Abogado.

Dr. Mendiburu Rojas, Augusto Franklin
Asesor Metodológico

PRESIDENTE

SECRETARIO

VOCAL

Dedicatoria

A mi Abuela María Alejandrina Flores De Delgado por ser la principal promotora de haber culminado mis Estudios Universitarios de la Carrera Profesional de Derecho, asimismo a mis padres, como también Docentes quienes con sus vasta experiencia me sirvió para poder iniciar dicho tema de investigación de la cual será un aporte para nuestra legislación peruana en la especialidad de DERECHO DE FAMILIA.

Agradecimiento

*Al Asesor Metodológico, al asesor temático
y a nuestra casa de estudios Universidad
Señor de Sipan.*

Resumen

El código de Niño y Adolescentes ha establecido que los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria; es decir si un padre que desea ejercer su derecho a visitar a su hijo, hija o adolescente, no podrá realizarlo si no está al día de la pensión alimenticia.

Asimismo, teniendo en cuenta que el régimen de visitas no es solamente derecho de los padres, sino también de los hijos, imponiendo esta limitación a los padres, también se estaría vulnerando el derecho de los hijos, privándoles de este derecho.

En el desarrollo del presente trabajo primeramente hemos determinado la naturaleza jurídica la familia para luego partir al régimen de visitas, llegando a concluir que este es un derecho subjetivo familiar, un derecho de relación entre padres e hijos, que permite que a ambas partes, sobre todo padres e hijos puedan continuar manteniendo la relación paterna filial. No obstante en la realidad vemos como los niños, niñas y adolescentes sufren debido a que no pueden ver a sus padres, debido a que estos tienen una deuda de pensión alimenticia, en ese sentido este trabajo permitirá solucionar este problema de la sociedad y proponer la modificatoria respectiva de la norma, al amparo del derecho internacional.

Palabras claves: Código del Niño y Adolescente, régimen de visitas, relación paterna filial, pensión alimenticia, deudor alimentario.

Abstract

The Child and Adolescent Code has established that parents who do not exercise parental authority have the right to visit their children, for which they must prove with sufficient proof the compliance or the impossibility of fulfilling the food obligation; that is, if a parent wishes to exercise his right to visit his son, daughter or adolescent, he can not do so if he is not on the day of alimony.

Also, taking into account that the regime of visits is not only the right of the parents, but also of the children, imposing this limitation on the parents, it would also be violating the right of the children, depriving them of this right.

In the development of this work we have first determined the juridical nature of the family and then departed to the visitation regime, arriving to conclude that this is a subjective family right, a right of relationship between parents and children, which allows both parties, all parents and children can continue to maintain the filial parent relationship. However in reality we see how children suffer because they can not see their parents, because they have a debt of alimony, in this sense this work will solve this problem of society and propose the modification of the norm, under international law.

Key words: Child and Adolescent Code, visits regime, filial parental relationship, alimony, food debtor.

Índice

Dedicatoria	3
Agradecimiento	4
Resumen	5
Abstract	6
I. INTRODUCCIÓN	11
1.1 Planteamiento del Problema.....	12
1.2 Antecedentes del estudio.....	14
1.2.1. A nivel Internacional:.....	14
1.2.2. A nivel Nacional:.....	16
1.2.3. A nivel Local:.....	20
1.3 Abordaje Teórico.....	20
1.3.1. La Familia y el Matrimonio.....	20
1.3.1.1 Las Relaciones Familiares.....	20
1.3.1.2 Tipos De Familia	21
1.3.1.2.1 Familia Nuclear	21
1.3.1.2.2 Familia Monoparental	21
1.3.1.2.3 Familia Amplia.....	21
1.3.1.2.4 Familia Extensa	21
1.3.1.2.5 Familia Compuesta.....	22
1.3.1.2.6 Familia Ensamblada	22
1.3.1.3 Otras Formas De Categorías Y Relaciones Familiares	22
1.3.1.4 Nupcialidad	23
1.3.1.5 Resurgimiento De Las Acciones Matrimoniales.....	24
1.3.1.5.1 Matrimonio.....	24

1.3.1.5.2 Convivencia Propia	25
1.3.1.5.3 Convivencia Impropia	26
1.3.2. Alcances del Interés Superior del Niño	26
1.3.2.1 Definición.....	26
1.3.2.2 Antecedentes del origen del Interés Superior del Niño.....	36
1.3.2.3 La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989	38
1.3.2.4 El interés superior en la Convención sobre los Derechos del Niño	39
1.3.2.5 El interés superior en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	42
1.3.3. La institución Jurídica del Régimen de Visitas	44
1.3.3.1 Definición.....	44
1.3.3.2 Finalidad del Régimen de Visitas.....	45
1.3.3.3 Sustento fáctico del derecho de visitas.....	46
1.3.3.4 Fundamento legal del régimen de visitas	48
1.3.3.5 Personas legitimadas para acceder o solicitar régimen de visitas .	50
1.3.3.6 Ante el incumplimiento del régimen de visitas	51
1.3.3.7 El régimen de visitas y el pago de pensión alimentaria	51
1.3.3.8 Aspectos procesales de la demanda de régimen de visitas.....	52
1.4 Formulación del Problema.	57
1.5 Justificación e importancia del estudio.	57
1.6 Hipótesis.....	58
1.7 Objetivos	59
1.7.1 Objetivo general:	59
1.7.2 Objetivos específicos:.....	59
1.8. Limitaciones	59

II. MATERIALES Y MÉTODOS.....	59
2.1. Tipo de estudio y Diseño de Investigación	59
2.2. Población y muestra.	60
2.2.1. Población:.....	60
2.2.2. Muestra:.....	60
2.3. Operacionalización de Variables.....	61
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad. 62	
2.5. Procedimiento de análisis de datos.....	63
2.6. Criterios éticos.....	63
2.7. Criterios de Rigor Científico.....	65
III. RESULTADOS	66
3.1. Resultados	66
3.2. Discusión.....	76
3.3 Aporte Práctico.....	79
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	85
Conclusiones	85
Recomendaciones.....	86
REFERENCIAS	87
ANEXOS.....	90
ANEXO 1	90
ANEXO 2.....	91

TABLAS

Tabla 1.....	64
Tabla 2.....	65
Tabla 3.....	67
Tabla 4.....	68
Tabla 5.....	69
Tabla 6.....	70
Tabla 7.....	71
Tabla 8.....	72
Tabla 9.....	73
Tabla 10.....	74

FIGURAS

Figura 1	65
Figura 2	66
Figura 3	67
Figura 4	68
Figura5	69
Figura 6	70
Figura 7	71
Figura 8	72
Figura 9	73
Figura 10	74

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, se ha realizado con la finalidad de contribuir en la sociedad peruana, específicamente a favor del niño, niña y adolescente el amparo del derecho nacional e internacional; el régimen de visitas se permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o la madre que no ejerza patria potestad y sus hijos, conforme lo prescribe el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes: “Los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria.

El Juez respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar”; sin embargo el derecho debe tener presente el interés superior del niño, que en el derecho internacional se le conoce como el Principio del Interés Superior del Niño que puede definirse como: el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción, para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de la espiritualidad sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etcétera, que también influyen en los medios elegibles; en ese sentido, las normas tutelares y los efectos de las sentencias, en donde se discutan los intereses y derechos de los niños deben ceñirse a esta regla e interpretarse de la manera en que mejor se adecue a la protección del menor.

No obstante en la realidad vemos como los niños, niñas y adolescentes sufren debido a que no pueden ver a sus padres, debido a que estos tienen una deuda de pensión alimenticia, en ese sentido este trabajo permitirá solucionar este problema de la sociedad y proponer la modificatoria respectiva de la norma, al amparo del derecho internacional.

1.1 Planteamiento del Problema

Los padres no pueden ver a sus menores hijos, porque tiene una deuda de pensión alimenticia, mientras no estén al día en el pago total de la pensión alimenticia de sus hijos, de acuerdo a las normas peruanas, específicamente en el artículo 88 del código de niño y el adolescente estos no pueden ejercer su derecho al régimen de visitas, debido a que existe un impedimento imperativo normativo, lo cual en siglo XXI es aún una forma vejatoria jurídica y una clara violación al principio universal del interés superior del niño.

En ese sentido la problemática surge en la sociedad cuando el legislador sólo desde su percepción equivoca y errónea ve al niño como una forma de conseguir el dinero para la madre alimentista, sin ni siquiera tener presente la necesidad del niño y adolescente de crecer con la afectividad y ayuda emocional de ambos padres, de sentir la presencia de su padre deudor alimentario y estos puedan disfrutar de ellos; la sociedad peruana ha evolucionado a lo largo de los años, junto a la globalización ahora la información, ha generado que la población se percate, tan igual que el legislador que se le está haciendo un grave daño a los hijos, que viven la separación de sus padres, y aunado a ello, el padre no puede visitar a su menor hijo debido a que no puede estar al día en la pensión alimenticia, razón por la cual existe una clara violación al interés superior del niño, reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que desde ya a dejado establecido en reiteradas jurisprudencias que los estados partes deben velar por el cuidado en todo en cuanto le favorezca al niño, niña y adolescente.

Los padres deudores alimentarios en el Perú ven sin lugar a duda limitados el ejercicio de su derecho de visita que pueden tener hacia sus menores hijos, debido a que se ha establecido en la fórmula legal que se debe exigir, como requisito sine qua non estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, lo que debe ser acreditado con prueba suficiente, o en todo caso acreditar la imposibilidad de cumplimiento de dicha obligación.

Asimismo, teniendo en cuenta que el régimen de visitas no es solamente derecho de los padres, sino también de los hijos, imponiendo esta limitación a los padres, también se estaría vulnerando el derecho de los hijos, privándoles de este derecho

La fórmula legal del artículo 88 del código de niño y adolescentes, el legislador no lo formuló pensando en el bienestar del menor en todo cuanto le favorece, sino se realizó pensando en una fuente económica, como es el de cumplimiento alimenticio, de esta manera quiso limitar el derecho y por ende el sufrimiento del padre a no ver a sus menores hijos hasta estar al día en la pensión alimenticia.

Es menester mencionar que el presente trabajo considera que si bien es fundamental el pago de la pensión alimenticia hacia el niño, niña y adolescente, existe otros mecanismo legales que establece, el código penal peruano como ultima ratio, de denunciarlo por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, para que pague la pensión alimenticia adeudada, de forma coercitiva, caso contrario perdería su libertad personal, no obstante ese es otra forma coercitiva que el legislador lo ha estipulado.

Sin embargo mientras dure ese proceso, el padre deudor alimentario se le restringe el derecho de estar con su menor hijo, y poder darle todo el cariño afectivos, psicológico y emocional que este pueda necesitar de acuerdo a su edad y crecimiento, lo cual es una problemática social y local que debe y amerita ser estudiada por los profesionales del derecho, debido a que en la actualidad ciertas normas vejatorias como el artículo 88 del código del niño y el adolescente restringe derecho y principios universales hacia los menores de edad, motivo por el cual esta problemática merece la atención del derecho y ser estudiada para encontrar mejores soluciones y contribuya al bien común, además de contribuir al progreso de la familia y la sociedad peruana.

Los niños y adolescente, cuando crecen sin el apoyo de sus padres, sin su presencia, sin sus consejos trae como consecuencia una sociedad con problema crónicos, esto debido a que los padres deudores alimentarios al no ver a sus hijos, no escucharlos, no poder compartir sus experiencias, enseñanzas, afectividad, los niños crecen en un ambiente de confusión, de cólera y resentimiento con la sociedad, en tanto que un niño que crece con la visita de sus padres así sus padres estén separados crecen en un mejor ambiente y mejorar sus relaciones interpersonales lo cual conlleva a tener mejores ciudadanos fortalecidos en su

afectividad, autoestima y mejora el progreso de un país, con ciudadanos con mejor salud mental, que es lo que se requiere hoy en día, ante tantos problemas sociales que existen.

Asimismo el hecho de privar a un menor de edad de poder estar con su padre, disfrutar de él, de su compañía y presencia no solo es contrario al derecho e ilegal sino también que es acto violatorio con los derecho universales reconocidos al niño, niñas y adolescente, por lo que esta problemática debe ser estudiado.

En consecuencia esta investigación aportará al derecho y propondrá como alternativa de solución la modificatoria de la ley o leyes que vayan acorde al derecho comparado y a los cambios en nuestro país, y que la sociedad requiera para tener mejores ciudadanos, fortalecidos en su personalidad, asimismo esta investigación permitirá tener una sociedad con una salud mental mejor, debido a que los niños ya no sufrirán el hecho de no ver a su padres, máxime si a los niños no les interesa si su padre da dinero o no, les interesa jugar, reír, salir y/o estar un momento con su padres, así sean estos deudores alimentarios, asimismo con lo he señalado líneas arriba, existen otros mecanismo legales en donde se puede llevar a cabo los proceso por incumplimiento de pensión alimenticia hacia sus menores hijos.

1.2 Antecedentes del estudio

1.2.1. A nivel Internacional:

Simon, F. (2013) en su tesis doctoral titulada “Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva” concluye que:

El interés superior del niño, o del menor, ocupa un lugar de privilegio en la legislación, jurisprudencia y la doctrina contemporánea referida al derecho de familia y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Es imposible obviar su estudio en materia alguna que tenga relación con este grupo de edad y sus relaciones de familia; no obstante esta importancia existen grandes discrepancias sobre el contenido concreto que presenta, su alcance y forma de aplicación a casos específicos. Se sostiene que esto se debe su

condición de *concepto jurídico indeterminado* y por tanto su formulación “abierta” (p, 368).

El autor llega a una conclusión muy importante puesto que en nuestra jurisprudencia peruana, en especial la del Tribunal Constitucional hace referencia y ha establecido que el Interés Superior del Niño tiene un privilegio en su aplicación.

Oliveros, Y. (2013) en su tesis titulada “Vulneración del interés superior de la niña, niño y adolescente en el proceso de adopción” presentada ante la Universidad Empresarial Siglo 21 Argentina llega a la conclusión que

Cuando el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño hace referencia a que el niño debe crecer en “el seno de la familia”, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, refiere también a la familia adoptiva (p, 89).

El presente antecedente es de gran importancia en nuestra investigación ya que resalta el contenido e importancia de la Convención de los derechos del niño y adolescente que expresa del desarrollo integral del niño, aspecto muy importante tomado en nuestra tesis y propuesta de modificatoria del artículo 88° del Código del Niño y Adolescente de nuestro país.

Balladares (2014) en su tesis titulada “Elaboración de un mecanismo de visitas que regule la convivencia entre los progenitores ausentes a fin de garantizar el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes” para obtener el grado/título de Licenciado en Derecho, en Ambato, Ecuador llega a las siguientes conclusiones:

- La convivencia entre padres e hijos es sumamente importante para el niño, niña y adolescente, ya que actúa positivamente en su desarrollo como ser humano y persona
- La familia es el grupo primordial, natural y fundamental de la sociedad, protegido por la Constitución de la República, y al establecer un

régimen de visitas en favor del menor se está cumpliendo con lo establecido en nuestra legislación.

- Los progenitores deben entender y reflexionar que al fijar un horario de visitas no es en contra de ellos, es a favor de su hijo al que los dos progenitores tienen derecho.
- Así como la madre reclama una pensión alimenticia para su hijo también puede solicitar un horario de visitas en favor de su hijo, o también lo puede hacer su padre (p. 63).

Zaidán, S. (2016) en su tesis para la obtención de su grado de maestro presentada ante la Universidad Andina Simón Bolívar titulada “El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa” llega a la conclusión que la institución jurídica del régimen de visitas dentro del derecho de familia se registran nudos críticos en el debate social, en el debate legislativo, en el debate de las cortes. Este debate ya se produjo en otros países y resultó complejo ya que es un debate ineludible que exige incentivar a los assembleístas a valorar la conveniencia de incorporar la custodia compartida su legislación y a los jueces de su país puedan valorar la conveniencia de disponerla como primera opción, cuando resulte beneficioso para el hijo.

1.2.2. A nivel Nacional:

Rios, S y Saravia, H. (2018) en su tesis para optar el grado académico de Maestra en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial presentada ante la Universidad Nacional de la Amazonia Peruana, titulada “La tenencia del niño y su principio de Interés Superior” llega a la siguiente conclusión:

El interés superior del niño abarca respetar el derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan, sin embargo, también se tiene en cuenta el objetivo hacer realidad el interés superior del niño y establecer la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan. Pero, según los resultados de las encuestas las observancias reales a la aplicación, son distintas (p. 61).

Arcana, J. (2018) en su tesis para optar el título profesional de abogada presentada ante la Universidad Norbert de Wiener, titulada “La aplicación del Interés Superior del Niño en la Variación de Tenencia” llega a la siguiente conclusión la más resaltante:

La investigación busco determinar si el principio del interés superior del niño justifica la variación de tenencia de hecho a pesar que existe una conciliación judicial ,se concluye que; prevalece el Interés del niño frente a una violación de acuerdo de tenencia, si bien se incumple con la conciliación extrajudicial sobre tenencia y se varia de hecho la situación legal de los menores, sin embargo dicha conducta se justifica debido a que es deber de los padres velar por la integridad física del menor en congruencia con el principio del interés del niño ya que éste supone la supremacía de los derechos de los niños y los adolescentes en caso de colisión con otros derechos, por tanto exige que los fallos judiciales se sujeten a la protección integral de los niños y adolescentes recogidos en la convención sobre derechos los niños (p, 96).

Rojas, D. (2018) en su tesis presentada ante la Universidad Privada Antenor Orrego, titulada “La tenencia compartida acordada en los centros de conciliación extrajudicial y la vulneración del principio del interés superior del niño en el Perú” llega a la siguiente conclusión, que:

Se analizó la institución de la tenencia compartida en los centros de conciliación extrajudiciales y cómo garantiza el principio del Interés Superior del Niño en las actas referentes a la muestra encontrándose como conclusión que en las mismas se afectaba el principio del interés superior del niño porque no se estipula en ninguna de las actas analizadas como se está aplicando el principio del interés superior del niño, ni se menciona como se está garantizando dicho principio, además de las dimensiones consideradas en el análisis de cada acta, a fin de verificar si se considera al bienestar físico, bienestar mental, bienestar social, derecho a vivir en familia y derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes, ninguna las

contempla de manera conjunta, siendo puntos importantes que se deben considerar pues ayudarían a un desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Este antecedente es de suma importancia debido al análisis realizado del Interés Superior del Niño en el que no viene siendo aplicado en otra institución jurídica del Derecho de Familia, permitiendo que hagamos una comparación a la institución jurídica que estamos estudiando como es el Régimen de Visitas.

Lobato, K. (2016) en su tesis presentada ante la Universidad Nacional de Cajamarca titulada: “La garantía constitucional de hábeas corpus en los casos del derecho de familia relacionados con tenencia y régimen de visitas” considera que interés superior del niño en el régimen de visitas la Convención ha señalado que los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo, sin embargo estos procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión.

Delgado. F. (2016) en su trabajo de investigación presentado ante la Universidad Cesar Vallejo, tesis titulada: “Estudio del cumplimiento del interés superior del niño como principio predominante para la toma de decisiones respecto al derecho al régimen de visitas en las sentencias expedidas por el juzgado de familia de Tarapoto durante el periodo del 2011-2013” llega a las conclusiones que:

- Se concluye que los criterios señalados por la magistrada del Juzgado de familia para los procesos de régimen de visitas, tiene en cuenta la relación del padre y/o madre con su menor hijo, asimismo tiene en cuenta la

conducta del padre sobre algún proceso que tenga de violencia familiar y finalmente evalúa la condición económica para la pensión de alimentos.

- Se concluye que a consecuencia del proceso de régimen de visitas y acorde al principio de interés superior al niño; ello debe estar relacionado con el fin de evitar un perjuicio hacia el menor es decir identificar el cariño del menor hacia sus progenitores, así como su recreación y educación (p. 47).

Guzman, N. (2015) en su tesis para optar el grado de Abogado, titulada “Necesidad de regular el otorgamiento del régimen de visitas a padres deudores alimentarios, como una forma de protección del interés superior del niño y del adolescente” presentada ante la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa; concluye que:

- Analizando nuestra legislación, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, la vigencia del principio de interés superior del niño y adolescente, se puede ver que no es completamente necesario que el derecho de visita esté condicionado a cuestiones económicas como el cabal cumplimiento de las obligaciones alimentaria, pues imponer dicha condición más bien se vulneran los derechos de visita del menor.
- Teniendo en cuenta que en los Juzgados de Familia de Arequipa hay un alto porcentaje de demandas de régimen de visitas que son declaradas improcedentes o son rechazados por no subsanarse la inadmisibilidad de la demanda porque el demandante no acredita que está cumpliendo con sus obligaciones alimentarias (el 58.8% en totalidad), está completamente demostrado la existencia de la necesidad de modificar el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes a fin de garantizar el régimen de visitas, aplicando el principio de interés superior del niño y del adolescente (p. 136).

Noblecilla, S. (2014) en su tesis titulada “Factores determinantes de la tenencia de menores en los Juzgados de Familia de Trujillo: la primacía del interés superior del niño” presentada ante la Universidad Privada del Norte para

obtener el grado de Abogado, explica respecto al Interés Superior del Niño afirmando que:

Este se considera como un principio rector que debe prevalecer atacando a todo aquello que afecte de manera desproporcional los derechos de los niños, ya que anteponerse ante este principio ocasionaría excesos modificando el derecho y el objetivo principal que es velar por el bienestar de los niños, lo que ocasionaría una incertidumbre jurídica, donde se deje de lado considerar al niño como un ser humano, verdadero poseedor de derechos que deben ser respetados especialmente por los adultos y el Estado, debido a que los derechos del niño, niña o adolescentes, derivan de su condición de persona por lo que se busca su efectividad, en consecuencia el Interés Superior del Niño implica todo aquello que es integral para su desarrollo integral (p, 48).

1.2.3. A nivel Local:

En la presente investigación a nivel local no se ha encontrado antecedentes o investigaciones relacionadas al tema; sin embargo se tomará en cuenta el desarrollo doctrinario por parte de autores locales que puedan servir en la investigación.

1.3 Abordaje Teórico

1.3.1. La Familia y el Matrimonio

1.3.1.1 Las Relaciones Familiares

Estas surgen entre dos individuos que deciden engendrar un hijo, y sobre los cuales, pueden generarse elementos jurídicos propios de una unión por relación efectiva; es decir, matrimonio o convivencia, sin olvidar que algunas veces puede nacer de una relación conflictiva.

En algunas ocasiones puede que de por medio no exista una relación de unión, por la propia decisión de las ambas partes, limitándose a una relación puramente sexual, esporádica o frecuente, conforme lo determina la propia ley de violencia familiar, respecto a la involucración en un conflicto de naturaleza familiar.

1.3.1.2 Tipos De Familia

Varsi (2011) manifiesta que : “En este núcleo común de vida, el hombre desenvuelve sus potencialidades propias y sus necesidades en la sociedad a fin de ofrecer una protección a las personas necesitadas, sea por insuficiencia de edad, por problemas síquicos o por ausencia prolongada de su domicilio”(p.11)

Por su parte Planiol y Ripert (1939) manifiesta que : “ El dominio, el poder y la fuerza fueron sus elementos constitutivos pero cedieron en el tiempo dando paso a relaciones consentidas, el sentimiento comienza a ocupar un lugar importante” (p.10)

En cuanto Lopes (1968) manifiesta que “ El hombre y la mujer en conjunción matrimonial son los cocreadores e intercreadores de la familia”(p.106)

Por ultimo Monteiro (2001) manifiesta que: “ El hombre desde el nacimiento es parte integrante de una entidad natural: el organismo familiar” (p.1)

1.3.1.2.1 Familia Nuclear

Conformada por las relaciones entre un padre, una madre y la descendencia de ambos. En este tipo de familia, no es imprescindible que exista una relación matrimonial entre los progenitores, porque aquí se incluyen también a las relaciones convivenciales y las surgidas por procreación de la descendencia, sin que exista cohabitación de por medio.

1.3.1.2.2 Familia Monoparental

Esta familia existe un solo progenitor con su progeñie residiendo en un único domicilio.

1.3.1.2.3 Familia Amplia

Su constitución se da por parientes consanguíneos entre diferentes generaciones generalmente residentes en un único domicilio.

1.3.1.2.4 Familia Extensa

En este tipo de familia se registran niveles de relaciones personales frecuentes y fluidas, de diferentes ámbitos generaciones, pero que a la vez

identifican diferentes ámbitos de residencias como domicilios; vale decir, la familia que involucra abuelos paternos, maternos, tíos sobrinos, primos, nietos que se suelen frecuentar en fechas especiales y en ocasiones especiales.

1.3.1.2.5 Familia Compuesta

Familia que está conformada por parientes consanguíneos en diferentes generaciones residentes en un único domicilio, a quienes se les une terceras personas en relaciones matrimoniales, adquiriendo condición de familiar con vínculo de afinidad.

1.3.1.2.6 Familia Ensamblada

Es la que está compuesta por agregados de dos o más relaciones familiares preexistentes a la relación familiar estable, conformada por dos progenitores con su propia progenie, a la cual, adicionalmente, se incorporan los hijos concebidos en común.

Es importante señalar que, en este tipo de familia, superar los límites de categorización de las relaciones matrimoniales, ponderando positivamente las relaciones de solidaridad, convivencia y asistencia mutua.

A este tipo de familia, se le denomina también como “Familia reconstituida”; sin embargo es importante señalar que esta no implica una reunificación familiar, sino la unión de un miembro de una familia con una tercera persona, quien posteriormente se inserta en las relaciones familiares en virtud de su vínculo familiar o matrimonial.

1.3.1.3 Otras Formas De Categorías Y Relaciones Familiares

Debido a la evolución de la familia en la actualidad, han surgido nuevas categorías de relaciones familiares; tal es así que, provienen de la interpretación de los resultados estadísticos de los censos realizados por el INEI, y que este difunde, principalmente, porque son elementos valorativos importantes, sobre todo al momento de la planificación de políticas públicas.

Los más característicos son: 1) Relaciones familiares sin hijos en común, 2) Familias monoparentales y 3) Familias con nido vacío.¹

La primera, está conformada por personas sin una carga familiar y que todavía dependen, económicamente de su familia; ya sea porque se producen por la iniciación de una relación matrimonial o convivencial, o por el factor de la edad que rodea a las partes que conforman la relación matrimonial o convivencial.

El segundo, es la que está conformada por un único progenitor, que puede ser varón o mujer con su progenie, residiendo en un solo domicilio; sin olvidar que, a falta de uno de ellos, quedarían a cargo del que sobrevive. Y por último, el tercero, se caracterizan por la ausencia de hijos, ya sea porque estos conforman sus propias familias o porque la propia pareja opta por no tener progenie.²

1.3.1.4 Nupcialidad

Para Bermúdez (2015), esto involucra según estudios a las relaciones familiares con consecuencias jurídicas, que se traducen en matrimonios o regímenes convivenciales, tanto propias como impropias, aquellos que analizan el fenómeno poblacional, incluyendo su proyección, planificación y cuantificación.

Implica, además el estudio de las características de los miembros que componen las relaciones matrimoniales por actividad sexual conforme lo caracteriza el Instituto Nacional de estadísticas e Informática (INEI), limitándose a estas, dada la amplitud de las relaciones familiares.

El estudio generado de la nupcialidad permite la evaluación y estudio de una serie de indicadores geográficos y de índices por generación y sexo.

En este apartado, se difunden características de la población respecto al matrimonio, a su disolución, a la cohabitación, o a la determinación de la edad media a las primeras nupcias, entre otros. Factores que usualmente no son apreciados en un contexto jurídico, pero que explican el desarrollo de los niveles

¹ Rivas, Javier y Grande, Ildefonso. *Comportamiento del Consumido: Decisiones y Estrategias de Marketing*. Madrid. p. 243.

² Belén Jiménez, Ana. *Modelos y Realidades de la Familia Actual*. Madrid. p.155.

de las diferentes relaciones sociales en el ámbito familiar y terminan siendo vinculantes al momento de la programación de políticas públicas de planificación familiar, educación familiar o promoción de derechos; es decir de niños, adolescentes o personas de la tercera edad.³

El estudio que el INEI ejecuta respecto de la nupcialidad representa una operación estadística, para ubicar o identificar diferentes indicadores demográficos, y su fuente de información fundamental es la operación denominada Encuesta Demográfica, de carácter estructural.

Sobre estos estudios, la ley se adecúa normativamente a las nuevas exigencias sociales; el mejor ejemplo para identificar esta situación es la inserción de la causal de separación de hecho en el artículo 333° del Código Civil, debido a que su incidencia en la realidad social exigía la determinación del legislador para su introducción, agregándose a los parámetros normativos del divorcio, sanción y divorcio remedio.

1.3.1.5 Resurgimiento De Las Acciones Matrimoniales

Son las surgidas por una adecuación legal a las relaciones efectivas formadas entre dos personas de sexo opuesto, las cuales pueden generar⁴.

1.3.1.5.1 Matrimonio

Es la clásica institución civil de carácter familiar y de naturaleza vincular religiosa, la misma que se encuentra desarrollada en la doctrina y la legislación, sin algún elemento evolutivo desde su concepción en el Derecho Romano.

Arias (1952) manifiesta que “es la unión estable permanente, exclusiva y lícita lo que implica afirmar que se ha respetado las exigencias legales y formas y fondo” (p.77)

³ INEI. Fecundidad y pobreza. En: www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0688/Libro.pdf

⁴ Smally, Greg. Y otros. *El ADN de las Relaciones para Pareja*.

Por su parte Bossert y Zannoni (1989) manifiesta que “ desde el punto sociológico constituye la institución de las relaciones que tienen por base la unión intersexual “ (p.51)

Asimismo Lehmann (1953) manifiesta que “ el matrimonio es una unión contractual entre el marido y mujer jurídicamente reconocida y reglamentada, en orden a la comunidad de vida indivisa y duradera” (p.43)

Finalmente Planiol citado por Meza Ingar (1990) manifiesta que “ es un contrato por el cual el hombre la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad (p.21)

1.3.1.5.2 Convivencia Propia

Esta se caracteriza porque la pareja no tiene impedimento legal para formalizar su unión. Cabe señalar que, de acuerdo a la lógica social, si no existe impedimento matrimonial, las parejas tendrían que analizar bien el por qué la decisión de no casarse. Ante esto, es importante señalar que, esto puede ser a causa de una serie de situaciones en nuestro país, el cual tiene una estadística muy alta, si nos referimos al nivel mundial, de convivencias, frente a las relaciones matrimoniales.

Analizando este panorama, podríamos sustentar las siguientes razones:

- Porque no quieren una relación formal y legal.
- Porque los costos que implican una relación de este tipo son muy elevados.
- Porque los costos que supone la disolución de esta relación son muy cuantiosos.
- Porque la pareja refiere, primero, ponderar un nivel de conocimiento mutuo para luego decidir una unión formal en el mediano plazo.
- Porque la pareja no sume un compromiso a largo plazo.

1.3.1.5.3 Convivencia Impropia

Esta se caracteriza porque uno de los miembros de la relación tiene un impedimento legal que le imposibilita la formalización de la unión.

Si se quiere lograr el desarrollo de las diferentes realidades sociales y familiares, es factible observar en la vida social una implícita una subdivisión en esta categoría, porque no todas las personas que conforman una convivencia impropia conocen los elementos que rodean a la pareja; esto se debería por algunas razones tales como:

- a) El desconocimiento de la existencia de una relación familiar paralela, previa a la que conforma.
- b) Desconocimiento de la existencia de algún impedimento legal, que pudiera provocar un conflicto al momento de la determinación de una variación legal del estatus de la pareja.

Para que pueda funcionar la institución jurídica del Régimen de Visitas, anterior a esta surge por la constitución de una familia, o cualquier otro tipo de relaciones familiares.

1.3.2. Alcances del Interés Superior del Niño

1.3.2.1 Definición

El principio universalmente aceptado de interés superior del niño, se encuentra establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño. El numeral 1 del artículo 3 dispone *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

De acuerdo a la Opinión Consultiva OC-17/2002, del día 28 de agosto de 2002, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se establece que

“La expresión interés superior del niño implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios

rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

Puede afirmarse entonces que el interés superior del niño es un principio rector de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por ley N° 23.849/90, que reviste jerarquía de ley suprema de la Nación a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 (Oliveros, 2013).

(O’Doniel 2004) manifiesta que “ entiende por interés superior del menor todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.” (p.11)

Por su parte (Placido 2008), manifiesta que el interés superior del niño es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etc. Que también influyen en los medios elegible. (p.123)

Asegura que el interés superior del niño es una herramienta jurídica que tiene como fin asegurar el bienestar del niño en el plano físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a verificar si este criterio está realizado en el instante en el que una decisión debe ser tomada en relación a un niño y que esta represente una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tomado en cuenta.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, constituye un instrumento internacional vinculante para los Estados Partes respecto del tratamiento de la infancia. El mencionado instrumento internacional, inspirado en la denominada “Doctrina de la Protección Integral”, reconoce a los niños, niñas y adolescentes un conjunto de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales cuyo sustento se resume en cuatro principios

fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el respeto de la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten.

El Principio del Interés Superior del Niño, enunciado por el artículo 3º de la Convención y recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes peruano, preconiza que todas las medidas concernientes a los “niños” a ser adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener como suprema consideración su “interés superior”.

En ese sentido, corresponde a la administración de justicia en general, y con mayor razón a la especializada en infancia, que las decisiones a adoptarse tengan como sustento dicho interés superior, independientemente de los intereses de los padres; sin embargo, cabe preguntarnos, ¿existen límites para la aplicación de dicho Principio?

Para absolver esta interrogante, debemos resaltar, en primer término, que en la práctica judicial el Principio del Interés Superior del Niño es invocado y aplicado mayoritariamente por los operadores de justicia al momento de decidir o resolver una controversia en la cual se encuentra involucrado un niño, una niña o un adolescente.

Asimismo Miguel Cillero Bruñol (1998) manifiesta que, al respecto, “expresa lo siguiente: “(...) Generalmente se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico.” (p.17)

En razón a ello, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme, en consecuencia permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención lo recogiera, porque amparados en el ‘interés

superior’ se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra” (p. 108).

Como es de advertir, la reflexión alude a decisiones jurisdiccionales que sin mayor justificación y con la sola invocación del Principio del Interés Superior del Niño “resuelven” la 29itis, vulnerándose de esta forma la seguridad jurídica y la tutela procesal efectiva; la seguridad jurídica “(...) es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad (...)”.³⁷

En relación con el tema, Manuel Miranda Estrampes (2006) sostiene que los problemas surgidos en relación al Principio del Interés Superior del Niño derivan de su calidad de concepto jurídico indeterminado e indefinido por la propia Convención; así sostiene que “la decisión sobre lo que en cada caso se ajusta al interés del menor se deja al arbitrio judicial; no obstante, el juez no se encuentra ante un concepto vacío, sino que a la luz de la anterior conceptualización, el contenido de las resoluciones judiciales debe consistir en asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de los menores, quienes por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismos, para ello el juez deberá valorar el conjunto de circunstancias concurrentes, entre las que debe mencionarse la propia edad y circunstancias personales del menor (familiares, sociales)(...); el interés del menor actuará como criterio rector de la toma de decisiones cuando se suscite un conflicto con otros intereses legítimos, especialmente el interés de los progenitores. En estos casos, el conflicto deberá resolverse siempre primando el interés del menor” (p.109).

Quiere decir que, el Principio del Interés Superior del Niño debe indiscutiblemente ser la guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial; sin embargo, su sola enunciación no constituye razón ni

justificación suficiente de la decisión; peor aún, no puede instituirse como herramienta de la arbitrariedad, sino que, por el contrario, debe ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el caudal probatorio aportado al proceso, a partir del cual el Juzgador utilizando su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño.

Entendernos que, aquellas decisiones en las que únicamente se menciona el Principio del Interés Superior del Niño como frase “cliché” o “plantilla”, sin sustento, no resuelven un problema, sino que lo agravan, por cuanto al constituir un vicio procesal que afecta el deber de motivación de resoluciones judiciales,³⁸ acarrea la nulidad del fallo.

Vale decir que, a los operadores de justicia les corresponde garantizar el respeto y observancia del Principio del Debido Proceso, de tal forma que los derechos que lo conforman: defensa, producir prueba y que esta sea debidamente valorada, obtener una sentencia motivada y fundada en derecho, doble instancia, igualdad procesal, etc., sean plenamente ejercidos por las partes.

Ahora bien, resulta importante destacar que la Corte Suprema de Justicia del Perú por el III Pleno Casatorio Civil recaído en la Casación N° 4664-2010 PUNO, ha establecido como precedente judicial vinculante lo siguiente:

En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y en consecuencia debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4° y 43° de la Constitución Política del Estado.

Ser flexible implica que el Juez que conoce de un proceso en el cual se encuentra involucrado un niño debe partir por internalizar que el caso sometido a su conocimiento debe ser considerado como “problema humano” y que por ende merece especial atención y consideración.

Asimismo, el Código de los Niños y Adolescentes incorpora dicha obligación en el artículo X de su Título Preliminar.³⁹ La ratio legis de la norma es que el juzgador vaya más allá de la mera aplicación de la Ley, toda vez que de por medio se encuentran seres humanos que directa o indirectamente sufren las consecuencias del enfrentamiento familiar; de allí la necesidad de que la solución a la controversia se funde, además de lo que resulte más beneficio para el niño inmerso en la litis, en el reconocimiento expreso de su derecho a vivir en el seno de su familia y mantener con el padre o madre con quien no convive las relaciones interpersonales necesarias a fin de asegurar su desarrollo integral.

De acuerdo a lo dicho, cuando la Corte Suprema alude que en los procesos de familia los principios y normas procesales deben ser flexibilizados, básicamente se refiere a que debe entenderse que dichos procesos, por su especial naturaleza, no pueden estar sujetos a normas estrictas o trabas que impidan administrar justicia desde la perspectiva de la solución a un problema humano, más aún el rol tuitivo que corresponde al propio juzgador.

No debemos olvidar que la Constitución Política del Perú en su artículo 4º prevé que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

El dispositivo constitucional no hace más que ratificar la obligación primera del Estado de proteger al niño, entendiéndose como tal incluso al concebido, conforme lo estipulado por el numeral 2) del artículo 2º de la Carta Fundamental⁴⁰ y el artículo 1º del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en atención a su condición de persona humana demandante de especial cuidado y protección, tanto para la satisfacción de sus necesidades vitales, como para el logro de su realización integral.

La regla en modo alguno desconoce o niega el deber, a la vez derecho, legal y biológico de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos,⁴¹ como manifestación expresa del ejercicio de la patria potestad,⁴² sino que determina el rol preponderante del Estado en la protección de los derechos del

niño a través de políticas públicas específicas orientadas a coadyuvar a su bienestar, lo que incluye aspectos de alimentación, salud, educación, vivienda, entre otros. Debemos recordar que ante la muerte o ausencia de los padres o el incumplimiento de los roles paterno y materno, el Estado tiene la obligación de cautelar la integridad de los niños mediante la adopción de medidas de protección específicas, de acuerdo con las normas previstas por el Capítulo IX del Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes.

Al desarrollar los alcances del mencionado artículo 4º de la Norma Fundamental, el Tribunal Constitucional ha sido enfático en precisar lo siguiente:

Dentro del orden de prelación y jerarquías existente al interior de una Constitución, es decididamente un hecho incontrovertible, que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia y más aún, si se encuentra en situación de abandono, que promover la seguridad como valor aislado, pues independientemente de que tal dispositivo reposa directamente sus fundamentos en el artículo 1º de la Norma Fundamental y es, por consiguiente, rigurosamente tributario del principio “Dignidad de la Persona”, a la larga, del cumplimiento de un dispositivo, depende, en los hechos, la eficacia y vigencia del otro. No es posible, que un Estado proclame la Seguridad Ciudadana como valorpreciado de hoy cuando alimenta las condiciones de su propia alteración a futuro. Si una colectividad permite, de espaldas a su propia realidad, que la desprotección a la niñez se solvente con actitudes de indiferencia crónica, lo único que engendra son las condiciones para que la seguridad que hoy proclama como bandera, no vaya más allá de su propia existencia, como si el futuro de sus descendientes, paradójicamente la seguridad de ellos, no le interesara en lo absoluto.

A lo señalado en los párrafos precedentes, es necesario precisar que conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4º de la Constitución se establece que “La comunidad y el

Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)", haciendo que la preservación del interés superior del niño y del adolescente sea una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que "En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos". Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4º), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria, pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales

El deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Recordemos que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por

sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos

Del análisis de las sentencias glosadas resulta factible establecer lo siguiente:

1. Para un Estado y su colectividad resulta importante proteger a la infancia, más aún si se encuentra en situación de abandono.
2. La comunidad y el Estado están obligados a proteger especialmente al niño, niña y adolescente tiene como sustento el reconocimiento del Principio del Interés Superior del Niño como parte integrante del bloque de constitucionalidad.
3. En todo proceso judicial en el que se verifique la afectación de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, los órganos jurisdiccionales deben procurar brindarles atención especial y prioritaria, debiendo resolver a favor de aquellos en contraposición a cualquier otro interés.

Por tanto, flexibilizar, como así se señala en la propia sentencia casatoria, supone evitar el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal, de tal forma que principios procesales como congruencia, preclusión, eventualidad procesal, prohibición de reforma en peor, entre otros, cedan ante la imperiosa necesidad de dar una solución integral al conflicto, todo lo cual nos lleva a concluir que el único límite para la aplicación del Principio Superior del Niño en instancia judicial es que la decisión, además de encontrarse debidamente fundamentada fáctica y jurídicamente, constituya lo más beneficioso para el niño involucrado en la problemática.

Ante esto es importante resaltar lo siguiente:

1. Que el Principio del Interés Superior del Niño representa el espíritu de la Doctrina de la Protección Integral, materializado en el reconocimiento de los derechos humanos de la infancia consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

2. Este interés debe ser la guía y criterio rector en la toma de decisiones en materia de infancia, lo que a la vez garantizará la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
3. El Principio del Interés Superior del Niño conforma el Bloque de Constitucionalidad a que se refiere el artículo 4º de la Constitución Política del Estado, plasmado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y supone la supremacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de colisión con otros derechos o intereses.
4. Exige además este interés que los fallos judiciales se sujeten tanto en la forma como en el fondo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de los Niños y Adolescentes.
5. En caso de colisión entre el Principio del Interés Superior del Niño y el Principio del Debido Proceso, deben ponderarse los derechos en conflicto y privilegiarse el primero.
6. Además se antepone a cualquier otro derecho o interés en controversia.
7. Por otro lado, constituye una norma sustantiva que tiene prevalencia sobre cualquier norma procesal.
8. Corresponde además que los operadores de justicia de todas las instancias internalicen los alcances del Principio del Interés Superior del Niño y sopesarlo como fundamento de todos los fallos judiciales en materia de infancia.
9. Los operadores de justicia tienen la obligación de hacer suya la línea hermenéutica del Tribunal Constitucional en el sentido de privilegiar sobre cualquier circunstancia el interés superior del niño.

1.3.2.2 Antecedentes del origen del Interés Superior del Niño

El interés superior del niño tiene un lugar central en la jurisprudencia, legislación y la doctrina referida al derecho de familia y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes; por ello las normas que regulan el estatus jurídico, protección de las relaciones de familia de la niñez y adolescencia se refieren al interés superior de forma permanente, es así que no se puede ignorar su estudio profundo. Asimismo se le considera un “eje alrededor del cual deben girar todos los institutos...”de protección de los menores de edad (Simon, 2013).

En este sentido Simon (2013) afirma que:

Daniel O'donnell, autor de los primeros análisis a profundidad de la CDN, expresa la preocupación por el posible impacto negativo del interés del menor en dicho instrumento, ya que podría debilitar su fuerza como instrumento dirigido a respeto y a la garantía de los derechos de la infancia al “condicionar el contenido de los derechos reconocidos [...] con base en valores ‘superiores’ de una sociedad o cultura”. (p. 2)

Se considera que la aparición de la categoría interés del menor o mejores intereses del niño es consecuencia de un cambio de apreciación y el surgimiento de una visión romántica de la infancia, que reemplazo a la idea predominante, antes del siglo XVII, de que los hijos son propiedad de los progenitores, en particular del padre que tenía un rol dominante en la familia, en el que obviamente los deseos e intereses de los niños no contaban (Simon, 2013).

A inicios del Siglo XX surge la regla de la “preferencia materna” por la que se considera que el interés del niño va a estar mejor protegido, en su primera infancia si es la madre la que se encarga de su cuidado. A partir de este momento la tendencia cambia, los jueces toman decisiones más precisas en cada caso, lo que implica un análisis de las circunstancias que rodean a la vida de los niños, esto da origen a la consideración de los interés del niño frente a los intereses de sus progenitores.

Se reconoce que el principio del interés del menor surge en el derecho angloamericano, vinculado a decisiones –judiciales o cuasijudiciales- sobre matrimonio, adopción, hogares sustitutos, guarda y tutela en los que el menor de

edad está involucrado, y se globaliza a raíz de su incorporación en el texto de la CDN, por lo que este instrumento es una referencia esencial para estudiar el interés superior. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que existe un corpus juris sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes y que forma parte de éste la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual ha sido ratificada por todos los estados miembros latinoamericanos (en realidad por todos los estados americanos excepto Estados Unidos).

Este comprensivo “...corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efecto jurídico distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones); así como las decisiones adoptadas por los órganos internacionales. Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16, párrafo 115).

En lo que se refiere al tema materia del presente trabajo la OC-17 (ya citada) en su párrafos 37 y 53; en los casos: de los “Niños de la Calle” (ya citado) en su párrafo 194; Instituto de Reeducción del Menor, en la Sentencia de 2 de septiembre de 2004, publicada en la Serie C, No. 12, párrafo 148; Hermanos Gómez Paquiyaury, en la Sentencia de 8 de junio del 2004, párrafo 156 se reconoce esto “Tanto la Convención Americana como la Convención, sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.

Existen pocas referencias, antes de 1989, del interés superior del niño en la normativa internacional.

En base lo anteriormente mencionado el interés superior del niño como norma de primera jerarquía, forma parte de los principios, derechos y garantías constitucionales. Es fundante de derechos que la Convención de 1989 regula y su existencia es anterior al reconocimiento por el derecho positivo. Se origina en el derecho natural de asegurar la continuidad de la vida, protegiendo a los más débiles frente a las distintas circunstancias de la vida.

1.3.2.3 La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989

A la Convención de los Derechos del Niño (más adelante CDN) se la califica como la “carta magna de la infancia y la adolescencia” instrumento fundamental en la evolución de los derechos de los menores de edad a nivel global.

La propuesta de CDN inicia en el año 1978, cuando la delegación polaca ante las Naciones Unidas presentó, a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, una propuesta de Convención acerca de los derechos del niño. El propósito era que este instrumento sea adoptado el año siguiente, que había sido declarado por la organización internacional como el Año Internacional del Niño.

De este modo, a pesar de las limitaciones de la propuesta polaca esta dio inicio al proceso de elaboración de dicho instrumento. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el año 1979, decidió examinar el texto presentado para ello se creó el llamado “Grupo de trabajo abierto para la cuestión de una convención sobre los derechos del niño”.

En 1980 Polonia sometió un nuevo documento, que tenía como base la Declaración de los Derechos del Niño, por ello el interés del menor estaba regulado del mismo modo que en ese instrumento.

La propuesta contenía una regulación similar a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, por ello su trascendencia radica en ser la base de la CDN que, después de 10 años de trabajo, el 20 de noviembre de 1989, fue aprobada por unanimidad, es así que en esa fecha se abrió para la firma de los Estados miembros y no miembros de las Naciones Unidas el 26 de enero de 1990 y el 2 setiembre del mismo año. Por ello se consideró un hito no anteriormente visto puesto que nunca un tratado de derechos humanos había entrado tan rápidamente

en vigor y había sido ratificado por tantos Estados, a enero del año 2013 había ratificado 193 estados y firmado dos entre ellos Somalia y Estados Unidos (Simon, 2013).

1.3.2.4 El interés superior en la Convención sobre los Derechos del Niño

En la CDN el interés superior previsto en el artículo 3.1, es considerado uno de los principios generales del instrumento, al igual que el principio de no discriminación (artículo 2), el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (artículo 6) y, opinión del niño (artículo 12).

La formulación general del interés del menor se encuentra recogido en el artículo 3.1:

“En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

El proceso de incorporación del Interés Superior del niño no fue pacífico, desde un inicio se expusieron varias preocupaciones por la indecisión del interés del interés superior del niño que estaría *“abierto, a través de los términos generales en que se expresan, a interpretaciones diversas y que en realidad se define a nivel nacional en términos de las leyes y las prácticas de crianza de los hijos que se dan en esa nación”* esto se reiteró en varias ocasiones.

La propuesta inicial era que el interés superior del niño debería ser la consideración primordial, pero esto se modificó al considerar que podrían existir situaciones en que se den conflictos con otros intereses que deben ser considerados como el interés de la justicia o el de la sociedad general, que también podían ser *“por lo menos igual si no mayor, importancia que los intereses del niño”* por ello en el texto aprobado el interés superior es una consideración primordial.

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 14, recoge la necesidad de sopesar los diferentes intereses en juego, aclarando que el interés

superior del niño no está al mismo nivel que todas las otras consideraciones, tiene una posición prioritaria

La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar.

Algunos autores consideran que la fórmula del interés superior del niño, contenida en la CDN, refleja una visión hiperindividualista, coloca los intereses de los niños y niñas por encima de los demás miembros de la comunidad y sobre el interés general. Como se examinará más adelante, esta perspectiva del interés superior es la que ha hecho que en algunos países, como Francia, exista gran resistencia a la incorporación de esa noción, manteniéndose en general el concepto interés del menor y no interés superior del niño.

Por tanto no se niega la posición de superioridad del interés sobre otros intereses sociales o derechos, al contrario se acepta esta posibilidad, pero se espera sean armonizados, pero reconociéndoles una posición de jerarquía frente a otros intereses.

El Comité de los derechos del niño (más adelante CRC) como principio “rector-guía” de la CDN ha sido utilizado, de acuerdo a Alston, P & Gilmour-Walsh, B. (1996), en cuatro contextos:

1. En relación a la asignación general de recursos:

Debe considerarse la Convención como un marco de acción para mejorar la condición de los niños. A este respecto, el Comité desea recalcar la importancia de la aplicación de los principios generales de la Convención, tal como se recogen en sus artículos 2, 3, 6 y 12, para orientar las medidas que hay que tomar con objeto de poner en práctica los derechos del niño. En particular, el Comité desea señalar a la atención del Estado Parte la significación de las disposiciones del artículo 3 de la Convención relativas al interés superior del niño, entre otras cosas, para orientar en el futuro los

debates y las decisiones sobre la distribución y la asignación de recursos para la realización de los derechos del niño.

2. Como un “principio paraguas”, al aplicarlo “en su sentido más amplio y, por tanto, más abstracto”:

El Comité considera que no se han adoptado suficientes medidas para garantizar la aplicación de los principios generales de la Convención en las políticas, la práctica y los procedimientos, especialmente con respecto al artículo 3 (el interés superior del niño) y el artículo 12 (respeto de las opiniones del niño). El Comité opina que las medidas adoptadas con objeto de garantizar el respeto de las opiniones del niño, en la vida social y familiar, así como en el contexto de los procedimientos administrativos, de asistencia social y de otra índole que les afectan y se aplican a ellos, son insuficientes.

3. En relación a asuntos específicos, Alston considera que ha sido utilizado en dos categorías: “como apoyo al contenido y a la importancia de los derechos fundamentales reconocidos concretamente en la Convención”, y en una serie de asuntos que la Convención no trata o bien son estipulaciones insuficientes para proporcionar una base adecuada sobre la cual el Comité puede actuar con resolución.

En estas circunstancias, el principio proporciona una base importante sobre la que el Comité podrá construir una interpretación más teleológica (en otras palabras más orientada a la política), por ejemplo en temas como el castigo corporal, que no está regulado en CDN, refugio y sobre la edad mínima para contraer matrimonio.

4. Para tratar temas en el ámbito privado, expresando su preocupación, por ejemplo, al considerar los castigos corporales al interior de la familia como incompatibles con el interés superior del niño.

De todos estos “contextos” el más relevante, para la tesis, es cuando se lo utiliza para resolver situaciones concretas por parte de las autoridades, particularmente cuando existe un conflicto entre las personas a cargo de su cuidado o entre estas y un tercero, sean agentes estatales u otras personas

interesadas en el bienestar de una persona menor de edad. Esto ha sido ampliado posteriormente el Comité en sus observaciones generales.

1.. Jurisprudencia del Interés Superior del Niño en los tribunales internacionales sobre el interés superior Para la comprensión del desarrollo del principio del interés del menor es relevante la forma en que los tribunales continentales lo han aplicado. A continuación realizaré una rápida revisión de algunas de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1.3.2.5 El interés superior en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una gran importancia en la legislación y jurisprudencia, debido a que sus decisiones son consideradas una “interpretación autorizada” del alcance de las obligaciones contraídas por los estados al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos.

La CIDH resalta la importancia del interés superior al considerarlo un principio regulador de la normativa de los derechos del niño, que encuentra su fundamento en la dignidad misma del ser humano en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, he aquí la importancia para aplicar en nuestro país en la institución jurídica de la patria potestad.

La Convención de los derechos según la Corte, alude al interés superior como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en su texto “cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades”, a este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

Para asegurar la prevalencia del interés superior del niño debe considerarse la necesidad de cuidados y medidas especiales (contemplados en el preámbulo de la CDN y el artículo 19 de la CADH), lo que se requiere por la situación de los

niños, en particular su debilidad, inmadurez o inexperiencia, concluye que es preciso ponderar, además del requerimiento de medidas especiales, las características particulares de la situación en las que se halla el niño.

Afirma que en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.

En varios casos contenciosos la Corte reitera lo dicho en la OC-17 en particular resalta la prevalencia del interés superior y que se basa en: (a) la dignidad misma del ser humano, (b) en las características propias de los niños y (c) en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades Caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 100, párrafo 134; Caso de los Hermanos Gómez

Paquiyauri Vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 110, párrafo 163; Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, Sentencia de 15 septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 134, párrafo 152.

El caso Bulacio se refiere a la detención de un adolescente de 17 años, en el año 1991, en el marco de las llamadas “razzia”, detenciones masivas efectuadas por la Policía Federal Argentina. Fue llevado a una comisaría donde fue torturado, posteriormente muere producto de las torturas en un centro hospitalario.

El caso de los Hermanos Gómez Paquiyari tiene origen en el secuestro y muerte de los hermanos, de 14 y 17 años, por parte de la Policía Nacional del Perú. Se demostró que fueron ejecutados luego de la detención.

Así mismo nuevamente se menciona que el Estado tiene obligaciones adicionales lo califica posteriormente como un derecho complementario en relación a los derechos de los niños:

- a) asumir su posición de garante de los derechos con mayor cuidado y responsabilidad, de esta manera hay un mayor compromiso para la protección de los derechos de los niños y adolescente.

- b) tomar medidas especiales para lograr la protección de los derechos, las que deben estar orientadas en el principio del interés superior del niño. Esto se justifica, de acuerdo a la Corte, porque por su vulnerabilidad, desarrollo físico y emocional necesitan medidas de protección especial.

En resumen la Corte considera al interés superior, en abstracto, como un principio prevalente que se expresa en diferentes niveles: (i) principio regulador de la normativa de los derechos del niño que “irradia” efectos en la interpretación de los demás derechos, (ii) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en su texto, (iii) un criterio que han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos, (iv) un derecho complementario, por el que el estado debe asumir su posición de garante [de los derechos] con mayor cuidado y responsabilidad, y (v) una orientación para tomar medidas especiales para lograr la protección de los derechos.

Apenas en el año 2012 la Corte examinó, por primera

1.3.3. La institución Jurídica del Régimen de Visitas

1.3.3.1 Definición

Nuestra Corte Suprema ha señalado en la CAS. Nº 0856-2000 Apurimac, fundamento primero que el *“régimen de visitas es aquella figura jurídica que permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o madre que no ejerza la patria potestad y sus hijos”*.

Alex Plácido (2003) manifiesta que refiere que el derecho de visitas es *“el derecho a conservar las relaciones personales con el menor con quien no se convive”*. (p.56)

Por su parte Canales Torres (2014) señala que el régimen de visitas:

Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno filial. Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente (p. 107).

En ese sentido, podemos decir que el régimen de visitas es un derecho que permite conservar la continuidad de las relaciones personales entre los padres con el menor con quien no se convive.

Permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, lo que ayuda en el desarrollo afectivo, emocional y físico del menor, así como la consolidación de la relación paterno filial.

Por ello, a pesar que nuestra legislación hace referencia únicamente a los padres que no ejercen la patria potestad, tal derecho no es solo de los padres, sino también de los hijos. Asimismo el derecho de visita no solo debe contemplarse como un derecho del padre, sino también como un deber, y consecuentemente como un derecho del menor.

1.3.3.2 Finalidad del Régimen de Visitas

Kielmanovich (1998) manifiesta señala que:

El objetivo que persigue todo régimen de visitas es estrechar las relaciones familiares y su establecimiento descansa en la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones. Por ello debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, y aun cuando es al de estos últimos a los que hay que dar preeminencia, debe advertirse que el interés del menor, rectamente entendido, requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con sus padres. (p. 167).

Otra finalidad es que el régimen de visitas es el fomento y favorecimiento de las relaciones personales, la corriente afectiva entre los seres humanos, prevaleciendo el beneficio e interés del menor. Claro que en cada caso deberá ser considerado de manera independiente, pues el interés de un menor jamás será el mismo que el interés de otro menor. Cada persona es diferente, y cada niño merece un tratamiento especial en cuanto la fijación de este régimen (Canales, 2014).

Ello es así porque la comunicación de los padres con sus hijos, y viceversa, constituye un valioso aporte al crecimiento afectivo de los menores, por lo que se debe asegurar, promover y facilitar dicho contacto. Como derecho lo ejerce aquel padre que no goza la tenencia de su hijo de manera que se le faculta tenerlo en días y horas establecidas, siempre que no interfiera en sus horas de estudio, de recreación o de relación con el progenitor con quien vive.

Con el régimen de visitas se busca que los padres no se vean como extraños respecto de los hijos que no tiene a su lado, asimismo que dichos padres estén informados y estén al tanto del desarrollo de sus hijos. “Este anhelo de tener trato con los hijos obedece a móviles tan humanos y respetables, que ni siquiera la culpa en el divorcio puede ser un obstáculo para que no se le reconozca”. “La necesidad de mantener la solidaridad e integración familiar así como proteger los afectos es el fundamento de este derecho, teniendo como beneficiario al niño y no a los adultos, como se ha establecido en muchas sentencias judiciales”.

En ese sentido, la finalidad del régimen de visitas es mantener la continuidad de relación entre quienes comparten vínculo personales, sean familiares o de vinculación social o convivencial, a fin de propiciar el desarrollo integral del menor.

1.3.3.3 Sustento fáctico del derecho de visitas

Como señala Landa Trujillo, el derecho de visitas encontraría fundamento en el parentesco y las relaciones afectivas entre parientes.

1) Fundamento en el Parentesco.

El parentesco genera entre los sujetos consecuencias que radican en la relación o conexión familiar, lo cual importa un derecho a vincular y tratar entre ellos, de lo cual a su vez derivaría el derecho de visitas cuando tales relaciones puedan ser afectadas. Por ello podemos decir que la relación parental concede a los individuos el derecho de visita.

1) Fundamento en la relación afectiva

El derecho de visitas se justifica en la relación afectiva que une al titular del derecho y al niño, adolescente y/o incapaz; lo cual determina el derecho de invocación a fin de que tal relación no se vea frustrada. Si bien la raíz biológica en la familia humana es indiscutible y existe otra raíz que es la afectiva la cual puede descartarse.

Se establece que existen situaciones en las cuales sin mediar parentesco habría lugar a las visitas, poniéndose énfasis en el cariño o afecto, por otro lado se presentan casos en los cuales aun existiendo parentesco no se invoca tal comunicación con el niño, adolescente y/o incapaz. Ello importaría entonces que la causa u origen no esté en el parentesco. En estos casos el derecho de visitas puede basarse en el cariño que realmente profesa al niño, adolescente y/o incapaz, con o sin lazos de sangre.

La orientación de esta posición, atenúan a que la ley debe prestar una grandísima consideración a la convivencia del menor en su grupo familiar, lo cual tendrá relaciones afectivas que no tienen un fin pasajero sino perpetuo y este es el fin del derecho de visitas.

Por lo tanto sostenemos, que aun sin mediar parentesco puede solicitarse el derecho de visitas, siempre y cuando existan entre ambos un vínculo afectivo que sería determinante para el desarrollo personal del niño o adolescente.

El contenido del Derecho de visitas comprende:

- Visitas en sentido estricto.

- Comunicación con el niño, adolescente y/o incapaz.
- Convivencia o estancias con el niño, adolescente y/o incapaz.

Implica las estancias o permanencias del menor durante cierto tiempo en un lugar definido. El ámbito de aplicación en este caso se presenta de manera restringido pues comprendería que el visitante pueda llevar al niño, adolescente y/o incapaz consigo a algún lugar por lapsos breves y en días determinados, nos referimos concretamente a los paseos con el niño, adolescente y/o incapaz o estancias fuera de su domicilio con la obligación de regresarlo en un tiempo limitado, ello refuerza la relación entre ambos.

Existen dos modalidades de visitas llamadas con externamiento y sin externamiento, significan poder o no salir a la calle con lo hijos.

También tenemos a las supervisadas o no, esto debido a que algunas personas acceden a que el otro padre visite solo en la casa y si salen a la calle quieren estar presentes; esto puede justificarse o no, será el Juez quien escuchando a las partes y sobre todo evaluando las pruebas de quien decida el tipo de visitas, pero siempre dentro de lo pedido así que si el abogado no formula bien el pedido el juez la dará solo un régimen de visitas dentro de casa lo cual no es muy cómodo o en su defecto supervisadas.

1.3.3.4 Fundamento legal del régimen de visitas

El artículo 4° de nuestra Constitución Política señala “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

En ese sentido en nuestro país el niño y el adolescente merecen una protección especial de parte de la comunidad y del Estado. Es decir, el Estado y la comunidad deben coadyuvar al establecimiento de condiciones adecuadas para los fines de lograr una efectiva protección de los derechos del niño y del adolescente, más aun de aquellos que se encuentran en situación difíciles, como en los casos de separación de sus padres.

Es en atención a esta norma constitucional que se debe establecer las normas legales y reglamentarias que permitan el desarrollo integral de los menores, entre ellas el ejercicio de la patria potestad, y con ello el caso de tenencia y régimen de visitas para el padre que no los tiene bajo su custodia al menor.

A nivel legal, el régimen de visitas se otorga conforme al artículo 422° del Código Civil y el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes.

El artículo 422° del Código Civil establece que “los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias”.

El artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes señala que “los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre. El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar”.

Así, conforme al artículo 422° del código Civil los padres tienen derecho de mantener esa relación de padre a hijo con sus hijos que no está bajo su custodia, con la finalidad de permitir que el menor se desarrolle en un ambiente familiar. Correlativamente, el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, dispone que los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, aunque fija que ellos deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Asimismo, también es posible el pedir régimen de visitas en caso que el padre que ejerciendo patria potestad no goza de la tenencia del hijo. También, si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar del domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el régimen de visitas lo parientes hasta

el cuarto grado de consanguinidad, esto es los primos, hermanos, tíos, abuelos, sobrinos, nietos, entre otro conforme a ley.

El régimen de visitas primeramente debe ser visto por los padres siempre cuidando el interés del niño, no de los padres solamente.

Por ello, si el régimen de visitas se discutiera a nivel judicial, el juez dispone el régimen de visitas, sobre lo acordado por los padres, pero puede variarlo si lo amerita, en atención al interés superior del niño y del adolescente.

1.3.3.5 Personas legitimadas para acceder o solicitar régimen de visitas

Según lo establecido por el Art. 88° del Código del Niño y del Adolescente, los primeros legitimados para requerir son el padre o madre que no tenga bajo su poder al hijo(a), ante la existencia de una separación entre padres. Tal como asegura (Aguilar 2013), el padre o madre que no tenga tenencia de su hijo debe tener acceso a éste, con el único propósito de que el menor tenga el menor sufrimiento con la separación legal, así como el divorcio, invalidez del matrimonio, o también ante la separación de hecho de los cónyuges; así como el derecho de visita que involucra la relación y comunicación con el menor hijo; en ese sentido, se busca que, el divorcio no sea una razón suficiente para negar que al cónyuge culpable de este derecho.

Por otro lado, es importante acotar que, en el caso de que alguno de los padres hubiese fallecido, o por el contrario, se encontrara fuera del lugar del domicilio o no se tenga conocimiento de su paradero, tendrán la potestad de solicitar el régimen de visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre. A manera de ejemplo diremos que, podrán solicitar el régimen de visitas los abuelos, hermanos, tíos, a algún otro familiar.

Ante esto queda claro que, conforme a la norma mencionada, el régimen de visitas no es un derecho exclusivo de los padres, y desde nuestro criterio, nos parece razonable, en tanto las circunstancias lo justifiquen, siendo los parientes colaterales hasta el cuarto grado o segundo de afinidad, como, por ejemplo, cuñados; incluso a terceros cuando el interés superior del niño o del adolescente así lo demuestre; así como lo establece el Art. 90° del Código del Niño y Adolescente.

1.3.3.6 Ante el incumplimiento del régimen de visitas

Cuando hablamos del incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente, tendrá lugar a las premuras de ley, y en el caso de una posible resistencia ocasionará la variación en relación a la tenencia. La mencionada solicitud de variación, tendrá lugar a tramitarse como una nueva acción ante el juez pertinente que tuvo conocimiento del primero proceso.

Cabe señalar que, el incumpliendo de este importante régimen de visitas establecido judicialmente, tendrá consecuencias, como por ejemplo multas, y, ante una posible resistencia, originará la modificación de la tenencia tal como lo establece claramente el artículo 91° del Código de Niños y Adolescentes.

1.3.3.7 El régimen de visitas y el pago de pensión alimentaria

El Código del Niño y adolescente es claro en su Art. 88°, donde establece claramente que los padres que no ejerzan la Patria Potestad, están en todo el derecho de visitar a sus menores hijos, y para ello, deberán garantizar con prueba fehaciente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria.

La norma es clara y señala que, los padres que no ejerzan la patria potestad, tienen todo el derecho de visitar a sus hijos, no dejando de acreditar con prueba fehaciente el cumplimiento o imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria.

Ante esto, estamos convencidos que, mediante esta norma se estaría generando una limitación al derecho de visita de los deudores alimentarios; prueba de ello es la exigencia sine qua non, que indica la acreditación con prueba suficiente el cumplimiento de la obligación alimentaria del mismo.

Es importante señalar que, este régimen de visitas garantiza la continuidad de relación entre el menor con el padre que no lo tiene; vale decir que, no sólo el derecho del padre, sino también del hijo; y teniendo en cuenta estos derechos del niño reconocido en el código antes señalado, así como en la Declaración de los

Derechos del Niño, y las sentencias del Tribunal Constitucional que han destacado la importancia de las relaciones familiares para el progreso integral de los menores, el derecho de visita no debería tener condición al pago de los compromisos alimentarios.

Citando la Casación N° 2204 – 2013 – Sullana, menciona que el incumplimiento de alimentos no puede impedir que el padre se le permita un régimen de visitas. Además, establece que se privilegia el derecho del menor de establecer una relación directa con el progenitor y que esto obedece al interés superior del niño y el derecho de gozar de la presencia de una familia.

1.3.3.8 Aspectos procesales de la demanda de régimen de visitas

Entendemos que el régimen de visitas constituye un derecho del padre o madre que no ejerza la patria potestad y que no tiene bajo su custodia o tenencia al menor. Sin embargo, también es un derecho de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, y esto en caso la madre o padre hubieran fallecido, estuvieran fuera del lugar de su domicilio, se desconociera su paradero. Incluso, si estos no hubieran fallecido, éste régimen puede extenderse a los parientes antes mencionados y a los parientes hasta el segundo grado de afinidad, teniendo en cuenta también a terceros no parientes cuando lo justifique el interés superior del niño.

Según lo el Art. 89° del Código de Niños y Adolescentes, el trámite o solicitud para establecer el régimen de visitas se formula ante el juez especializado, hecha por el padre o madre que haya sido impedido o restringido a ejercer el derecho de visitar a su menor hijo; y para que esto tenga efecto, tendrá que adjuntar en la demanda la partida de nacimiento que garantice su entroncamiento familiar.

Es importante señalar también, que el régimen de visitas, así como la tenencia puede ser variable de acuerdo a las circunstancias sin dejar de lado lo que más favorece al menor, llegando incluso a aplicarse los apremios de ley en caso de incumplimiento.

a) Vía procedimental para las demandas del régimen de visitas

En este régimen de visitas conforme a lo establecido en el artículo 161° del código mencionado líneas arriba, las demandas que conduzcan a la solución de los procesos contenciosos sobre el caso específico (niños y adolescentes) en materia civil, se tramitan ante el juzgado especializado de familia, esto en conformidad a las reglas del proceso único y esto pueda aplicarse a las normas pertinentes del código procesal civil.

b) Postulación al proceso

La Demanda de régimen de visitas se ostenta por escrito (según el CNA) y su contenido abarcará los requisitos y anexos establecidos en los artículos 424 y 425 del CPC, referidos a los requisitos y anexos que contiene la demanda.

c) Calificación de la demanda

Es importante señalar que, una vez presentada la demanda, el juez tendrá que pronunciarse respecto a la admisibilidad y procedencia de la misma.

A esto, se añade el artículo 165 del Código del Niño y Adolescente, en concordancia con el artículo 426 del CPC, que señala que la demanda será inadmisibile si:

- No cumple con los requisitos legales.
- No se acompañan los anexos exigidos por la ley.
- El petitorio es incompleto o impreciso.
- La vía procedimental no responde a la naturaleza del petitorio o por lo menos al valor de este, salvo que la ley permita su adaptación.

De presentarse así el caso, el juez ordenará de inmediato la corrección del caso en un plazo no mayor de diez días.

Por otro lado, conforme al artículo 165 del CNA, relacionado con el Art. 427 del CPC, la demanda tendrá procedencia si:

- El demandante carece evidentemente de legitimidad para obrar.

- El demandante carece manifiestamente de interés para obrar.
- Se advierte que ha vencido el derecho.
- No es competencia del juez.
- No hay conexión lógica entre los hechos y el petitorio.
- Este petitorio en mención es jurídica o físicamente imposible; o,
- La demanda contiene una indebida acumulación de pretensiones.

Si se diera el caso, la demanda no tendrá lugar a ser admitida, pues sería imposible subsanar. Sin embargo, es menester señalar que el demandante puede apelar.

d) Traslado y contestación de la demanda

De conformidad con el Art. 168° del CNA, si de la calificación se entiende que la demanda es admisible y procedente, el juez tendrá a bien declarar admitida la demanda, así como los medios probatorios y correrá traslado al demandado, donde también el fiscal tendrá conocimiento, para que en el plazo determinado de cinco días para que el demandado la conteste.

En ese sentido, según el plazo concedido el demandado contestará la demanda observando lo previsto en el artículo 442° del CPC que es de aplicación supletoria. Debe además quedar claro que conforme al artículo 171 del CNA en estos procesos no tiene lugar la reconvención.

Con la contestación de la demanda, el demandado puede formular tachas u oposiciones, las mismas que deben ser acreditadas con los medios probatorios pertinentes que tendrán actuación en audiencia única (Artículo del CNA)

Asimismo, conforme al artículo 175° del CNA, una vez que dicha demanda es contestada, el juez tendrá la potestad de solicitar al equipo técnico un informe social respecto de las partes que intervienen, así como una evaluación psicológica en caso lo considere pertinente. Así también, los encargados de realizar el informe social y la evaluación psicológica deben elevar su informe dentro del tercer día, bajo responsabilidad.

e) Audiencia

Conforme al artículo 170° del CNA, cuando ya se contestó la demanda o hubiese transcurrido el término para su contestación, el juez fijará una fecha inaplazable para la audiencia. No se debe olvidar que, esta debe realizarse bajo responsabilidad, dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda, sin dejar de lado la intervención del fiscal.

Respecto al plazo de 10 días, luego de recibida dicha demanda para la realización e la audiencia, este parece imposible de cumplir, pues recibida la demanda esta primero debe ser calificada y posteriormente calificada para luego ser notificada al demandado y este tenga el plazo pertinente de contestación, por lo que todos estos actos excederán sin duda el plazo de diez días.

Ante esto, nuestra apreciación es que, pareciera que la citada norma nos da a entender que la audiencia debe realizarse dentro de los diez días siguientes a la contestación de la demanda o luego de vencido el plazo para su contestación, el cual sería más coherente con la realidad de los hechos.

Conforme al artículo 171 del Código del Niño y Adolescente, en el desarrollo de la audiencia, una vez iniciada ésta, el demandado puede promover tachas, excepciones, así como defensas previas que serán absueltas por el demandante.

En razón a lo antes mencionado, se actuarán los medios probatorios, luego de lo cual el juez, de encontrar infundadas las excepciones o las defensas previas declarará saneado el proceso y seguidamente invocará a las partes a resolver la situación del menor conciliatoriamente. De existir la mencionada conciliación y ésta no lesiona los intereses del niño o adolescente, se procederá a dejar constancia en acta; sin olvidar que ésta tendrá el mismo efecto de sentencia.

En caso que no se logre concluirse la actuación de las pruebas en la audiencia, seguirá su proceso en los días sucesivos y lo hará sin exceder los tres días, a la misma hora y sin necesidad de nueva notificación.

Conforme a lo señalado en el artículo 173° del CNA, a falta de conciliación y, si producida ésta, a criterio del Juez afectara los intereses del niño del menor, de inmediato fijará los puntos controvertidos y determinará los que serán materia de prueba. Al sanear las pruebas, el juez podrá rechazar aquellas pruebas que a su criterio considere inadmisibles, impertinentes o inservibles y dispondrá la actuación de las cuestiones que sobre esta decisión se susciten, resolviéndolas en el acto. Deberá también escuchar al niño o al adolescente. Actuados los medios probatorios, las partes tendrán cinco minutos para que en la misma audiencia expresen oralmente sus alegatos. En ese sentido evacuado los alegatos, si los hubiere, el juez remitirá los autos al fiscal para que en el término de cuarenta y ocho horas emita dictamen. Devueltos los autos, el juez, en igual término expedirá sentencia pronunciándose sobre todos los puntos controvertidos

f) Apelación

Según el artículo 178° del CNA, tanto la resolución que declara la inadmisibilidad o improcedencia de la demanda, así como la sentencia son apelables con efecto suspensivo. El plazo establecido es de tres días contados desde el día siguiente a la notificación. Las disposiciones adoptadas por el juez durante la audiencia también son materia de apelación, pero sin efecto suspensivo y con la calidad de diferidas.

Otorgada la apelación, el auxiliar jurisdiccional, bajo responsabilidad, enviará de inmediato el expediente a la Sala de Familia dentro del segundo día de concedida la apelación y la adhesión en su caso. Cuando se recibe los autos, la Sala procederá a remitir en el día al Fiscal para que emita dictamen en el plazo de cuarenta y ocho horas y señalará, dentro de los cinco días siguientes, la fecha para la vista de la causa. Excepcionalmente las partes podrán alegar hechos nuevos, ocurridos después del postulatoria. La Sala resolverá dentro de los tres días siguientes a la vista de la causa.

g) Pruebas de Oficio

En conformidad a lo señalado en el artículo 174 del CNA, el Juez podrá, en decisión inapelable y en cualquier estado del proceso, ordenar de oficio la actuación de las pruebas que considere necesarias, para lo cual deberá expedir resolución debidamente fundamentada.

h) Medidas cautelares y medidas temporales:

Conforme al artículo 176 y 177° del CNA, las medidas cautelares a favor del niño y del adolescente se rigen por lo dispuesto en el presente Código y en el Título Cuarto de la Sección Quinta del Libro Primero del Código Procesal Civil.

En ese sentido, las medidas cautelares en los procesos de régimen de visitas tendrá por finalidad asegurar el cumplimiento de la decisión judicial definitiva, por lo que importará un prejuzgamiento de la apariencia de derecho, el peligro en la mora y la razonabilidad de la medida solicitada, y cualquiera sea la medida adoptada se caracterizará ser provisorias, instrumentales y variables.

En ese sentido, el Juez está facultado, siempre en aras de proteger los derechos del niño y del adolescente, para adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de actos que produzcan contra aquellos violencia física o psicológica, intimidación o persecución. En estos casos el juez incluso está facultado para disponer el allanamiento del domicilio.

1.4 Formulación del Problema.

¿Cómo proteger el interés superior del niño en los procesos de régimen de visitas para padres deudores alimentarios en la ciudad de Chiclayo?

1.5 Justificación e importancia del estudio.

Los niños, niñas y adolescentes, a lo largo de los años han sido proclives al sufrimiento psicológico, moral y físico causa de la separación de sus padres a través del divorcio, régimen de vistas, alimentos, patria potestad; entre otros, en ese sentido la normatividad ha establecido.

El código de Niño y Adolescentes ha establecido que los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria; es decir si un padre que desea ejercer su derecho a visitar a su hijo, hija o adolescente, no podrá realizarlo si no está al día de la pensión alimenticia.

En ese sentido, esta investigación se hace con la finalidad de evitar que los niños, niñas y adolescentes se les menoscabe su derecho universal como es el Principio del Interés Superior del Niño a través de normas vejatorias, que no piensan en el bienestar del menor, ni de su integración y relaciones afectivas que debe tener con sus padres, debido a que si bien el padre no puede estar al día de su pensión alimenticia, el hecho que una norma les niegue su visita, es una muestra que la fórmula legal no se hizo pensando en su bienestar del menor en todo cuanto le favorece, sino se realizó pensando en una fuente económica, como es el de cumplimiento alimenticio, que si bien es fundamental, existe otros mecanismo en el código penal como ultima ratio, de denunciarlo por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, sin embargo el hecho de privar a un menor de edad de poder estar con su padre no solo es ilegal sino que es acto violatorio con los derechos universales reconocidos al niño, niñas y adolescente, por lo que esta investigación aportará al derecho y modificar leyes que vayan acorde al derecho comparado y a los cambios en nuestro país, asimismo esta investigación permitirá tener una sociedad con una salud mental mejor, debido a que los niños ya no sufrirán el hecho de no ver a su padres, máxime si a los niños no les interesa si su padre da dinero o no, les interesa jugar, reír, salir y/o estar un momento con su padres, así sean estos deudores alimentarios.

1.6 Hipótesis.

El interés superior del niño se protegería modificando el artículo 88 del código del niño y adolescentes a favor de los padres deudores alimentarios, con la finalidad de evitar que los niños, niñas y adolescentes y los padres se les menoscabe su derecho.

1.7 Objetivos

1.7.1 Objetivo general:

Proponer la modificatoria del artículo 88 del código del niño y adolescentes a favor de los padres deudores alimentarios a fin de proteger el interés superior del niño.

1.7.2 Objetivos específicos:

- a) Explicar los tipos de familia en el derecho de familia.
- b) Analizar el régimen de visitas en la legislación nacional e internacional.
- c) Analizar el Interés superior del Niño en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Interés superior en la Convención sobre Derechos del Niño.
- d) Elaborar un proyecto de ley que modifique el artículo 88 del código del niño y adolescente a favor de los padres deudores.

1.8. Limitaciones

1. Bibliografía desactualizada de la Biblioteca del Campus Universitario.
2. El período de tiempo para la elaboración del Proyecto.

II. MATERIALES Y MÉTODOS

2.1. Tipo de estudio y Diseño de Investigación

El tipo de investigación que caracteriza al presente trabajo es descriptivo, jurídico y explicativo; debido a que se analizará y describirá las implicancias del régimen de vistas para padres deudores alimentarios, lo cual viabilizara alternativas de solución concretas y prácticas.

Según Pineda (2008) el diseño es una estrategia general de trabajo que el investigador determina una vez se haya alcanzado suficiente claridad respecto a su problema y que orienta y esclarece las etapas que habrán que acometerse posteriormente.

Se empleará el diseño mixto, lo que implica un proceso de recolección y análisis de datos cuantitativos y cualitativos, dicho enfoque mixto de la investigación involucra un conjunto de procesos de recolección, análisis y vinculación de datos cuantitativos y cualitativos, en la presente investigación que permitirá responder el planteamiento del problema, si se puede otorgar el régimen de visitas para padres deudores alimentarios, al amparo del interés superior del niño y adolescente.

2.2. Población y muestra.

2.2.1. Población:

Población se refiere a la totalidad de elementos que poseen las principales características de la investigación, por ello que la presente investigación la población está constituida por:

Abogados del Ilustre Colegio de abogados de Lambayeque que su totalidad son 8056 abogados, quienes son los indicados para poder comprobar nuestra hipótesis en relación a la posibilidad de otorgar régimen de vistas para padres deudores alimentarios.

2.2.2. Muestra:

A través de la población establecida, el cuestionario se aplicará de acuerdo a la formula La cantidad de sujetos de la población que tienen en común la variable que buscamos medir, se indica con la letra p. El número de individuos que no comparten esa variable, se marca con q. En estos casos se coloca 0,5 para ambos, es decir p= 0,5 y q= 1-p (1-0,5). Para determinar muestra, se aplicó la siguiente fórmula:

$$n = \frac{\alpha^2 \times N \times p \times q}{e^2 \times (N - 1) + \alpha^2 \times p \times q}$$

Dónde:

$\alpha = 1.96$ Coeficiente de nivel de confianza (1.96)

N= Universo y población

p= Probabilidad a favor (0.5)

q= Probabilidad en contra (0.50)

n= tamaño de la muestra

e= Error de Estimación (0.1)

$$n = \frac{1.96^2 \times 375 \times 0.5 \times .05}{0.1^2 \times (375 - 1) + 1.96^2 \times 0.5 \times 0.5}$$

N=367

2.3. Operacionalización de Variables

Variables:

X= La Modificatoria del Artículo 88; los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria

Y= El Interés Superior del Niño; Se trata de una garantía de que las niñas y los niños tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos

Cuadro de Matriz de Consistencia

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICA E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS
Variable independiente: La Modificatoria del Artículo 88	Familiar	Los Hijos	Análisis documental
	Jurídico	Artículo 88	Jurídico Doctrinal
	Económico	Obligación Alimentaria	Encuesta
Variable dependiente: El Interés Superior del Niño	Supraconstitucional	Modificación de la Normatividad	Cuestionario
	Internacional	Corte Interamericana de Derechos Humanos	
	Integridad del Niño	Salud	

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.

Como técnica en la presente investigación, se empleara la encuesta, la cual está dirigida a los jueces especialistas en derecho de familia.

Técnicas de Recolección de Datos

TÉCNICA DE GABINETE: Se utilizarán la técnica del fichaje, entre la las fichas a emplear tenemos: ficha bibliográfica, textual, de resumen, comentario, las que permitirán recoger información y enriquecer el marco teórico de la investigación.

Las fuentes serán de tipo bibliográficas y hemerográficas, así como libros digitales y artículos de revistas digitales que sean accesibles a través del internet.

TÉCNICAS DE CAMPO: Emplearemos técnicas como la observación, entrevista dirigida a los jueces de los juzgados especializados de familia y los abogados especializados de familia (ver Anexo 01), los mismos que permitirán recoger la información necesaria para nuestra investigación.

2.5. Procedimiento de análisis de datos.

Los datos obtenidos se efectuarán por medio de cuestionarios, así como se efectuará la tabulación que facilitarán sustentar las conclusiones y recomendaciones a las que arribará la presente investigación, razón por la cual se efectuará a través de la utilización de Excel, SPSS como programas para validar las interrogantes y respuestas.

2.6. Criterios éticos

La presente investigación se ha realizado con el respeto a las personas, debido a que la carrera de derecho está al servicio de los ciudadanos a nivel nacional e internacional, la información que se escudriña es en base a los principios de veracidad y honestidad, asimismo trabajar una tesis que permita contribuir a solucionar el régimen de vistas para padres deudores alimentarios, el beneficio es mucho mayor que el costo; en consecuencia en base a los principios éticos amparo mi presente investigación.

En cuanto a los **límites entre la práctica e investigación**, se estudiará los diversos fenómenos prácticos jurídicos del Interés Superior de Niño, razón por la que este hecho permitirá tener niños con mejor salud mental y afecto emocional, así como comprometiéndome a encontrar soluciones pacíficas

A continuación se desarrollara los principios éticos básicos:

- a) **Respeto a las personas :** La presente investigación se compromete a al ser humano, sabiendo que su respeto a su dignidad debe ser el fin supremo de todo investigador, la tesis evitará menospreciar o disminuir a cualquier ciudadano, así como respetar los criterios de pensamiento diferente, manteniendo en reserva sus informaciones personales.
- b) **Beneficencia:** Aseguraremos el bienestar de los niños y adolescentes y por ende de la humanidad, en ese sentido no causará ningún daño a la humanidad; máxime aun si los beneficios internacionales son mayores.
- c) **Justicia:** En el contexto histórico, y en la lucha por la igualdad de derechos de la humanidad. La presente investigación se suma en los parámetros de la justicia, esto debido a que permitirá contribuir a velar por el cumplimiento de sus derechos.

Aplicaciones:

- **Consentimiento informado:** Esta investigación informará y dará a conocer a sobre las consecuencias que genera la privación del régimen de visitas para los padres y sobre todo para los menores de edad.
- **Información:** La presente tesis, informará sobre las formas y modalidades que permitiría el régimen de vistas para padres deudores alimentarios.
- **Comprensión:** La presente tesis, será de forma clara y con un lenguaje que permita al lector conocer e informarse de los resultados a las que se arribó la investigación.
- **Voluntariedad:** Aquí rescataremos la voluntariedad de nuestra población (muestra) en permitir llenar encuestas que permitan al investigador, reconocer las formas y circunstancias en que el régimen de vistas es viables para los padres deudores en salvaguardia de la protección de los menores de edad.
-

Valoración de riesgos y beneficios

- **Naturaleza de riesgos y beneficios:** Los riesgos son poco probables en la preste investigación, debido a que se una coyuntura de la realidad social y familiar
- **Sistemática valoración:** Los riesgos y beneficios son prudencialmente amparados, en ese sentido los beneficios será en tener una sociedad más afectiva.
- **Selección de sujetos:** Aquí se tomará un grupo considerado como son los jueces especializados en Derecho de Familia, que con sus conocimientos permitirá tener como resultado, las referencias Nacionales e Internacionales del régimen de vistas para padres deudores alimentarios.

2.7.Criterios de Rigor Científico

La presente investigación cumple con todos los procesos metodológicos para acreditar que se realizó conforme al esquema de investigación de la universidad.

La credibilidad.- la presente investigación cuenta con la involucración del investigador con la investigación, utilizando la estrategia de trabajos durante periodos prolongados de tiempo, observación continua y la comprobación entre los participantes.

La transferibilidad.- posicionamiento del investigador en promover la investigación no solo a nivel personal, sino transmitir a través de las conclusiones para lograr esto se utilizara las estrategias de muestreo teórico, recoger abundantes datos descriptivos y descripciones densas y minuciosas. Tiene por finalidad la justicia social.

III. RESULTADOS

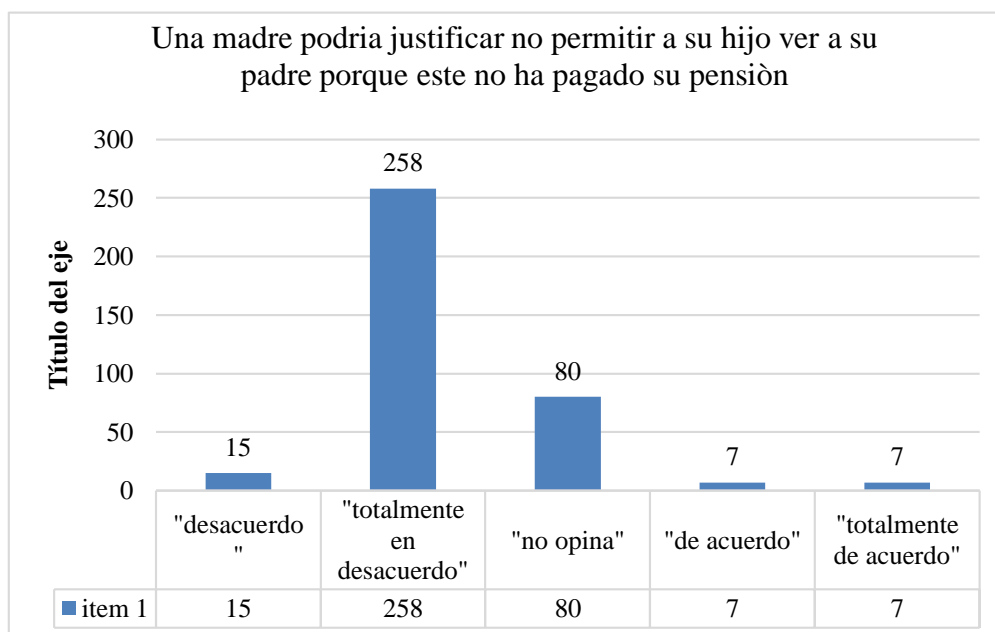
3.1. Resultados

Los presentes resultados son producto de la encuesta realizada a los 367 abogados del Colegio Ilustre de Abogados de Lambayeque; hemos considerado el nombre tablas y figuras ya que de acuerdo a las normas APA son los títulos adecuados para el presente desarrollo.

TABLA 1:

¿Una madre podría justificar no permitir a su hijo ver a su padre porque este no ha pagado su pensión?					
		item 1	Porcentaje	válido	acumulado
Válidos	"desacuerdo"	15	4.1	4.1	4.1
	"totalmente en desacuerdo"	258	70.3	70.3	74.4
	"no opina"	80	21.8	21.8	96.2
	"de acuerdo"	7	1.9	1.9	98.1
	"totalmente de acuerdo"	7	1.9	1.9	100.0
	Total		367	100.0	100.0

Fuente: Tabla SPS



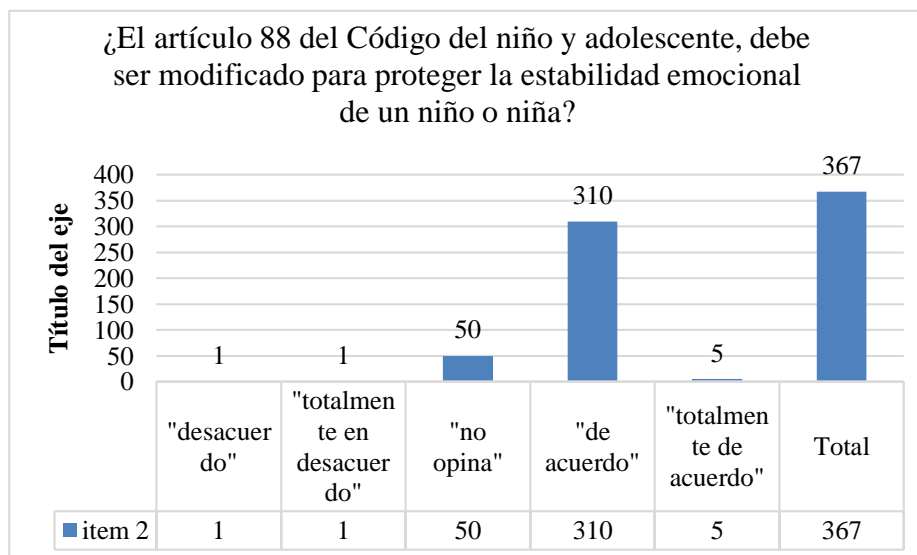
Fuente: Elaboración Propia

Figura 1: Como se observa en el siguiente gráfico de todos los encuestados 258 abogados se encuentran totalmente en desacuerdo en que una madre podría justificar no permitir a su hijo ver a su padre porque este no ha pagado su pensión, mientras que el 80 abogados no opinan al respecto, 15 están desacuerdo con esta medida, 7 están de acuerdo y 7 totalmente de acuerdo.

TABLA 2:

¿El artículo 88 del Código del niño y adolescente, debe ser modificado para proteger la estabilidad emocional de un niño o niña?					
		item 2	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	"desacuerdo"	1	.3	.3	.3
	"totalmente en desacuerdo"	1	.3	.3	.5
	"no opina"	50	13.6	13.6	14.2
	"de acuerdo"	310	84.5	84.5	98.6
	"totalmente de acuerdo"	5	1.4	1.4	100.0
	Total	367	100.0	100.0	

Fuente: Tabla SPS



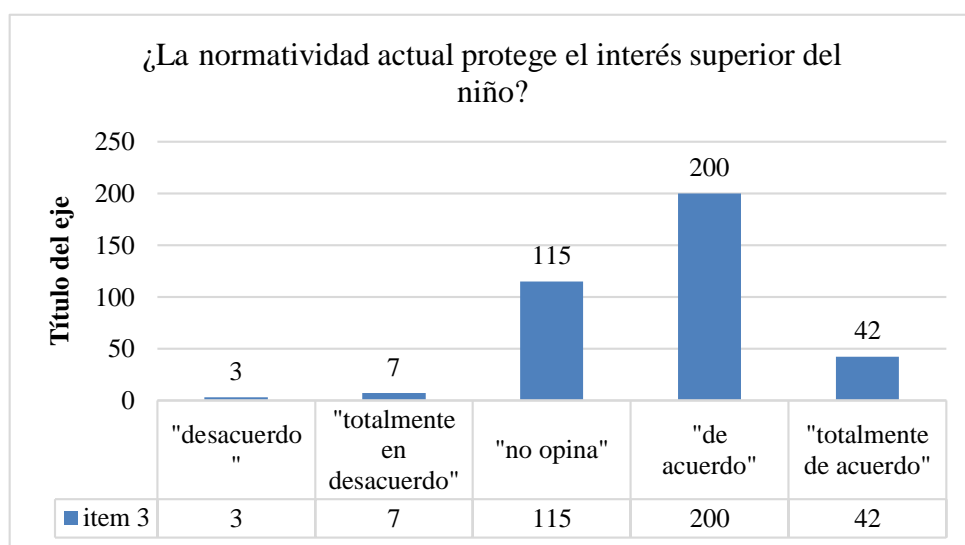
Fuente: Elaboración Propia

Figura 2: Como se observa en el siguiente gráfico se verifica que el 310 abogados encuestados están de acuerdo con la modificatoria del artículo 88 del Código de Niño y el Adolescente, 5 están totalmente de acuerdo, 5^a abogados no opinan, 1 está totalmente en desacuerdo y 1 en desacuerdo.

TABLA 3:

¿La normatividad actual protege el interés superior del niño?					
		item 3	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	"desacuerdo"	3	.8	.8	.8
	"totalmente en desacuerdo"	7	1.9	1.9	2.7
	"no opina"	115	31.3	31.3	34.1
	"de acuerdo"	200	54.5	54.5	88.6
	"totalmente de acuerdo"	42	11.4	11.4	100.0
	Total		367	100.0	100.0

Fuente: Tabla SPS



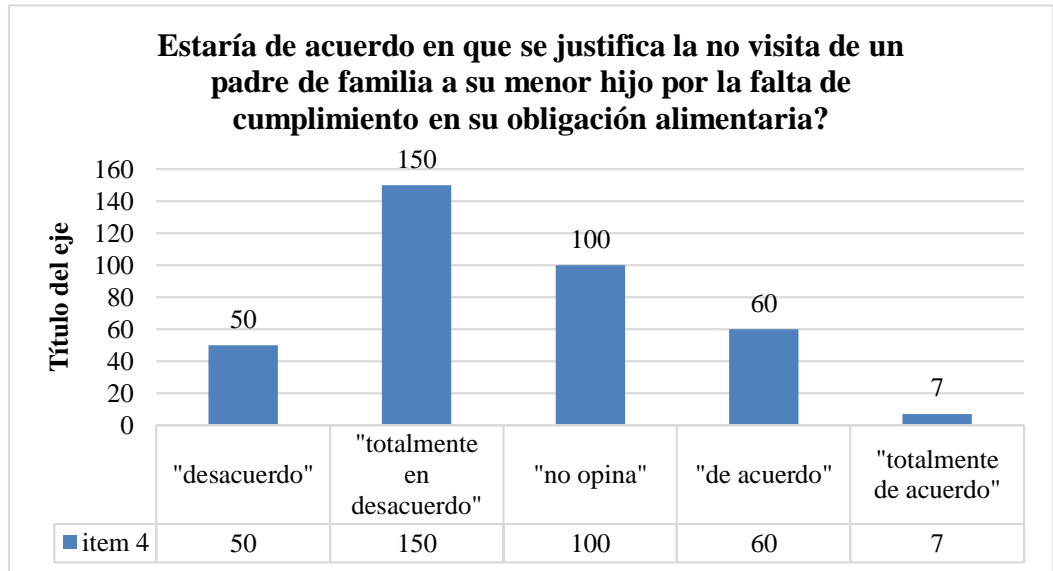
Fuente: Elaboración Propia

Figura 3: Como se observa de la siguiente figura se verifica que el 200 abogados encuestados afirman estar en de acuerdo que la normatividad actual protege el interés superior del niño, mientras que 115 abogados no opinan, en tanto que 42 abogados están totalmente de acuerdo, 7 totalmente en desacuerdo y 3 en desacuerdo.

TABLA 4:

¿Estaría de acuerdo en que se justifica la no visita de un padre de familia a su menor hijo por la falta de cumplimiento en su obligación alimentaria?					
		item 4	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	"desacuerdo"	50	13.6	13.6	13.6
	"totalmente en desacuerdo"	150	40.9	40.9	54.5
	"no opina"	100	27.2	27.2	81.7
	"de acuerdo"	60	16.3	16.3	98.1
	"totalmente de acuerdo"	7	1.9	1.9	100.0
	Total		367	100.0	100.0

Fuente: Tabla SPS



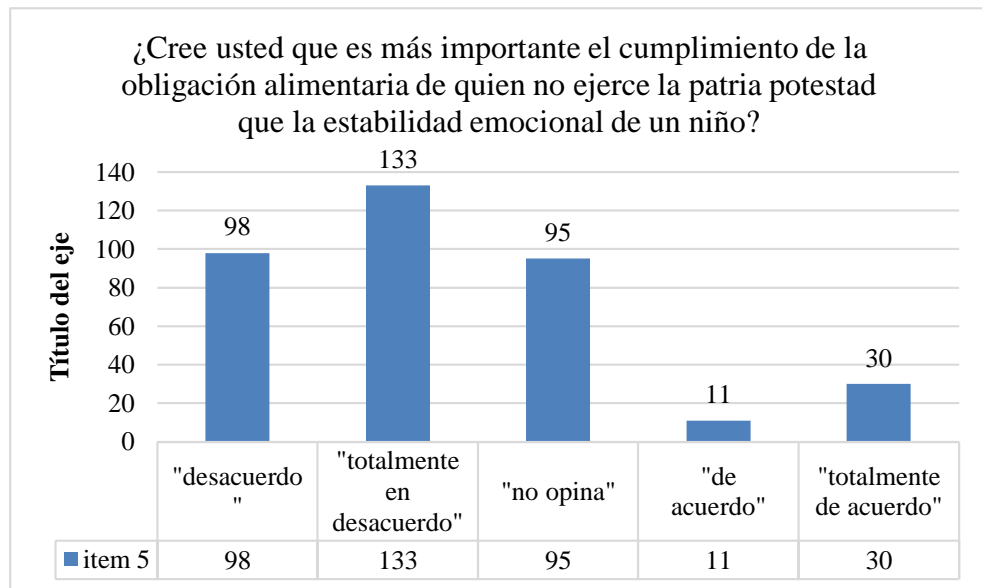
Fuente: Elaboración Propia

Figura 4: Como se observa en el siguiente gráfico se verifica que el 150 abogados están totalmente en desacuerdo en que se justifique la no visita de un padre de familia a su menor hijo por la falta de cumplimiento en su obligación alimentaria, 100 no opinan, 50 están en desacuerdo, 60 están de acuerdo y 7 están totalmente de acuerdo.

TABLA 5:

¿Cree usted que es más importante el cumplimiento de la obligación alimentaria de quien no ejerce la patria potestad que la estabilidad emocional de un niño?					
		item 5	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	"desacuerdo"	98	26.7	26.7	26.7
	"totalmente en desacuerdo"	133	36.2	36.2	62.9
	"no opina"	95	25.9	25.9	88.8
	"de acuerdo"	11	3.0	3.0	91.8
	"totalmente de acuerdo"	30	8.2	8.2	100.0
	Total		367	100.0	100.0

Fuente: Tabla SPS



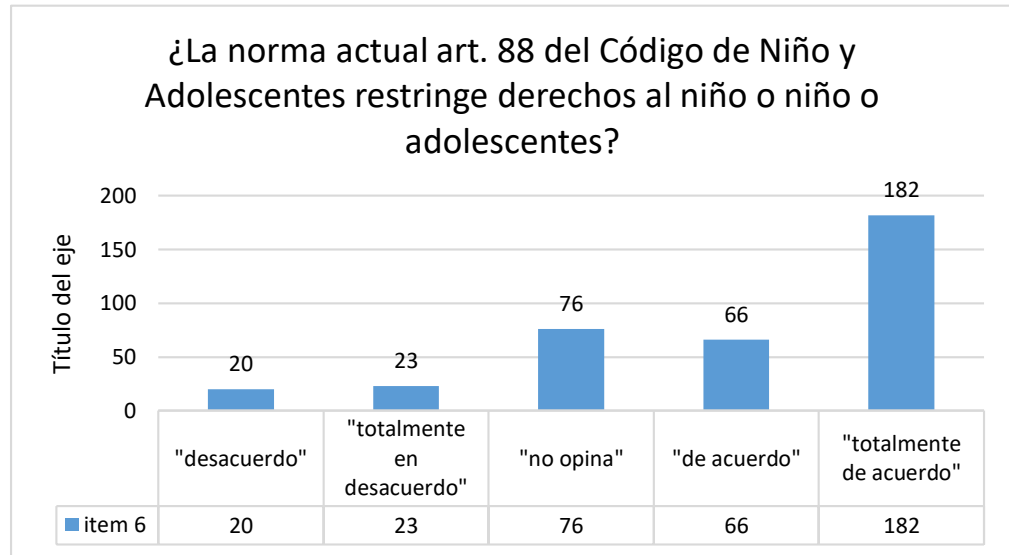
Fuente: Elaboración Propia

Figura 5: Como se observa en la figura se verifica que 133 personas del total de encuestados conformado por abogados, están totalmente en desacuerdo con la importancia que tiene la obligación alimentaria de quien no ejerce la patria potestad ante la estabilidad emocional del niño, en consecuencia lo más importante es la estabilidad emocional del menor; mientras que 98 se encuentran en desacuerdo, 95 encuestados no opinan, 30 están totalmente de acuerdo y 11 están de acuerdo.

TABLA 6:

¿La norma actual art. 88 del Código de Niño y Adolescentes restringe derechos al niño o adolescente?					
		ítem 6	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	"desacuerdo"	20	5.4	5.4	5.4
	"totalmente en desacuerdo"	23	6.3	6.3	11.7
	"no opina"	76	20.7	20.7	32.4
	"de acuerdo"	66	18.0	18.0	50.4
	"totalmente de acuerdo"	182	49.6	49.6	100.0
	Total	367	100.0	100.0	

Fuente: Tabla SPS



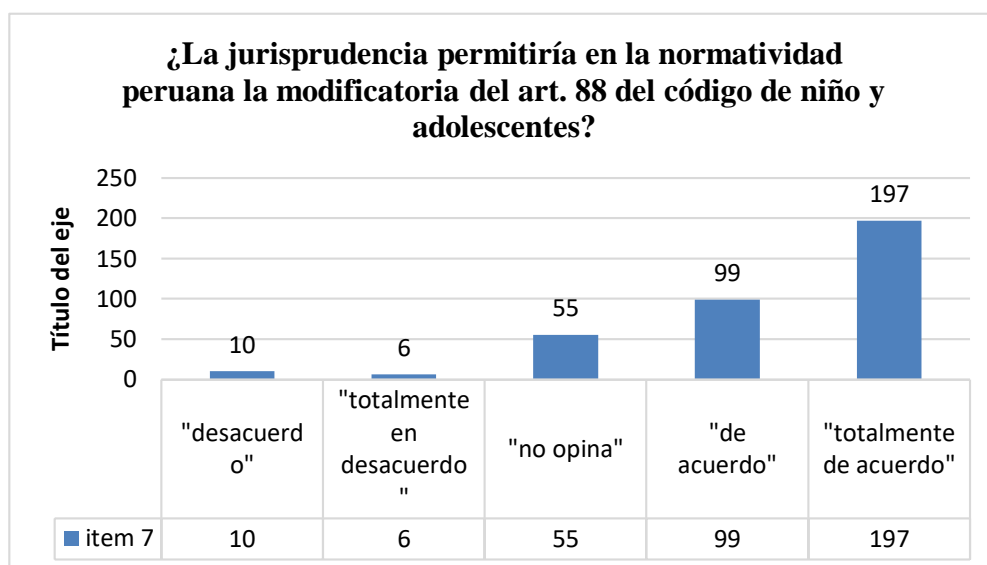
Fuente: Elaboración Propia

Figura 6: Como se observa en el siguiente gráfico se verifica que 182 abogados del total de encuestados están totalmente de acuerdo en que la norma actual art. 88 del Código de Niño y Adolescentes restringe derechos al niño o adolescentes, mientras que 66 están de acuerdo, 76 encuestados no opinan, 23 está totalmente en desacuerdo, 20 están en desacuerdo.

TABLA 7:

		ítem 7	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	"desacuerdo"	10	2.7	2.7	2.7
	"totalmente en desacuerdo"	6	1.6	1.6	4.4
	"no opina"	55	15.0	15.0	19.3
	"de acuerdo"	99	27.0	27.0	46.3
	"totalmente de acuerdo"	197	53.7	53.7	100.0
	Total	367	100.0	100.0	

Fuente: Tabla SPS



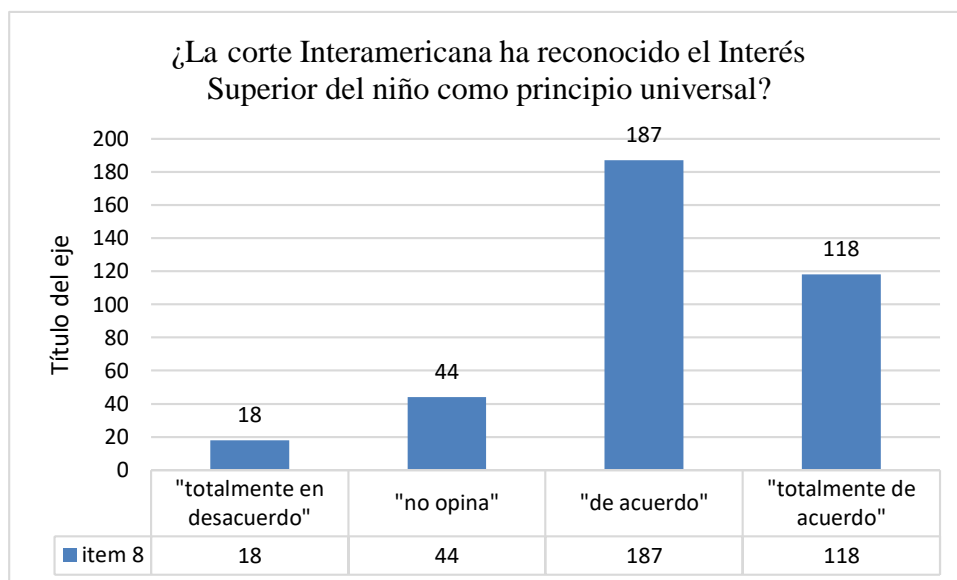
Fuente: Elaboración Propia

Figura 7: Como se observa en el siguiente gráfico se verifica que 197 abogados del total de encuestados están totalmente de acuerdo con que la jurisprudencia permitiría en la normatividad peruana la modificatoria del art. 88 del código de niño y adolescentes, mientras que 99 de los está de acuerdo, 55 no opinan, 6 están totalmente en desacuerdo, 10 están en desacuerdo.

Tabla 8:

¿La corte Interamericana ha reconocido el Interés Superior del niño como principio universal?					
		item 8	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	"totalmente en desacuerdo"	18	4.9	4.9	4.9
	"no opina"	44	12.0	12.0	16.9
	"de acuerdo"	187	51.0	51.0	67.8
	"totalmente de acuerdo"	118	32.2	32.2	100.0
	Total	367	100.0	100.0	

Fuente: Tabla SPS



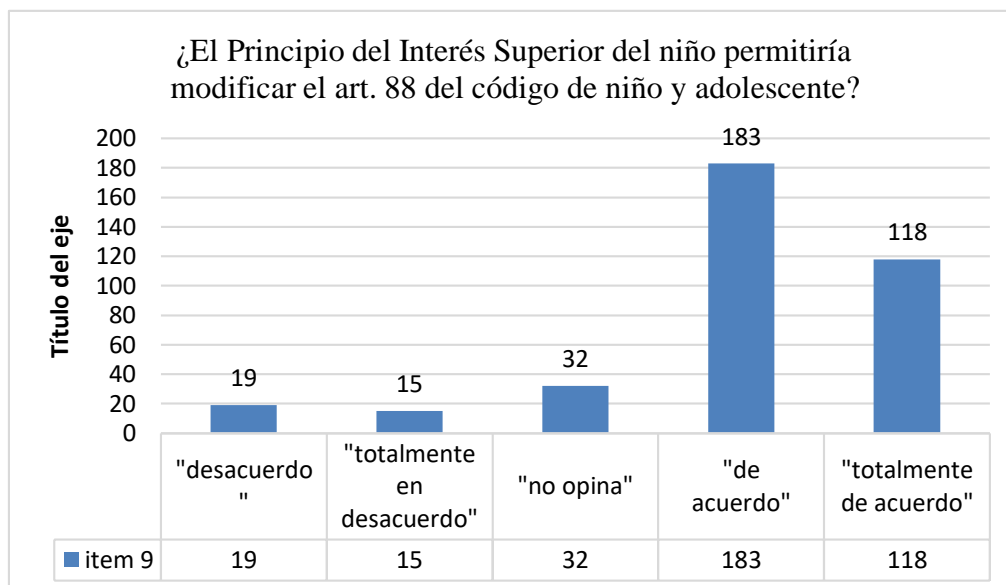
Fuente: Elaboración Propia

Figura 8: Como se observa en el siguiente gráfico se verifica que 187 personas del total de encuestados conformado por abogados están de acuerdo que la corte Interamericana ha reconocido el Interés Superior del niño como principio universal, 118 de encuestados están totalmente de acuerdo, 44 no opinan y 18 están totalmente en desacuerdo.

TABLA 9:

		item 9	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	"desacuerdo"	19	5.2	5.2	5.2
	"totalmente en desacuerdo"	15	4.1	4.1	9.3
	"no opina"	32	8.7	8.7	18.0
	"de acuerdo"	183	49.9	49.9	67.8
	"totalmente de acuerdo"	118	32.2	32.2	100.0
	Total	367	100.0	100.0	

Fuente: Tabla SPS



Fuente: Elaboración Propia

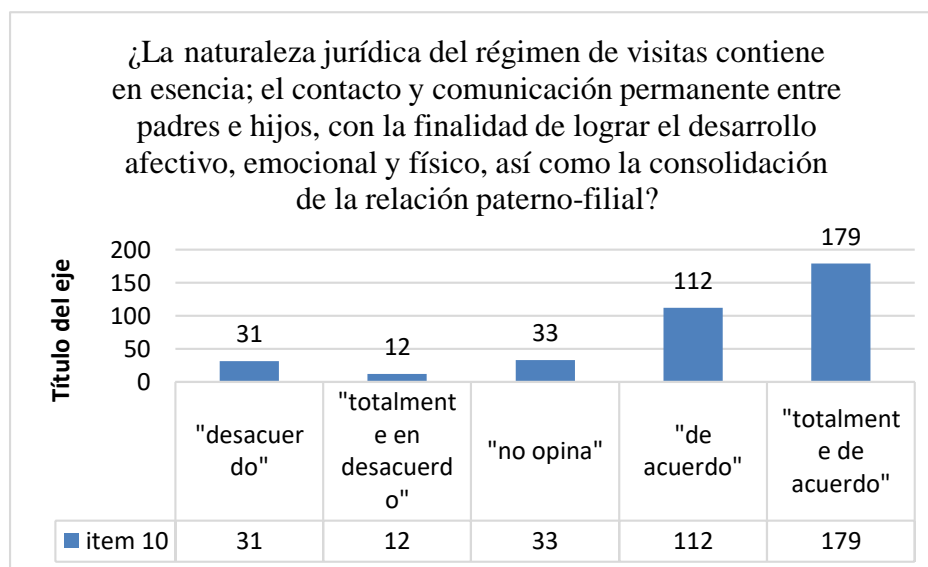
Figura 9: Como se observa en el siguiente gráfico se verifica que 183 abogados del total de encuestados está de acuerdo en que el Principio del Interés Superior del niño permitiría modificar el art. 88 del código de niño y adolescente, 118 encuestados totalmente de acuerdo, 1 está totalmente en desacuerdo, 1 está de acuerdo.

TABLA 10:

¿La naturaleza jurídica del régimen de visitas contiene en esencia; el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, con la finalidad de lograr el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno-filial?

		ítem 10	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	"desacuerdo"	31	8.4	8.4	8.4
	"totalmente en desacuerdo"	12	3.3	3.3	11.7
	"no opina"	33	9.0	9.0	20.7
	"de acuerdo"	112	30.5	30.5	51.2
	"totalmente de acuerdo"	179	48.8	48.8	100.0
	Total	367	100.0	100.0	

Fuente: Tabla SPS



Fuente: Elaboración Propia

Figura 10: Como se observa en el siguiente gráfico se verifica que 179 abogados del total de encuestados totalmente de acuerdo en que el Principio del Interés Superior del niño permitiría modificar el art. 88 del código de niño y adolescente, 112 están totalmente de acuerdo, 33 de los encuestados no opinan, 31 están en desacuerdo, 12 totalmente en desacuerdo.

3.2. Discusión

- **Proponer la modificatoria del artículo 88 del código de niño y adolescentes a favor de los padres deudores alimentarios a fin de proteger el interés superior del niño.**

Los padres deudores alimentarios en el Perú ven sin lugar a duda limitados el ejercicio de su derecho de visita que pueden tener hacia sus menores hijos, debido a que se ha establecido en la fórmula legal que se debe exigir, como requisito sine qua non estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, en ese sentido la fórmula legal del artículo 88

del código de niño y adolescentes, el legislador no lo formuló pensando en el bienestar del menor en todo cuanto le favorece, sino se realizó pensando en una fuente económica, como es el de cumplimiento alimenticio, de esta manera quiso limitar el derecho y por ende el sufrimiento del padre a no ver a sus menores hijos hasta estar al día en la pensión alimenticia; en ese sentido el siguiente objetivo principal ha sido debidamente corroborado debido a que la mayoría de la población encuestada al formularseles la pregunta número cuatro, estos ha firman que no están de acuerdo con lo establecido en la norma, asimismo la pregunta uno afirma que las madres no deben restringir el derecho que tiene los padres cuando tiene deuda de pensión alimenticia.

Asimismo, al preguntárseles si la normatividad actual protege el interés superior del niño, la mayoría de abogados y jueces han coincidido que esta no protege el interés superior del niño,

- **Diagnosticar las consecuencias del régimen de vistas para padres deudores alimentarios**

Es importante señalar que el hecho de privar a un menor de edad de poder estar con su padre no solo es ilegal sino que es acto violatorio con los derechos universales reconocidos al niño, niñas y adolescente, asimismo si se combatiera estas consecuencias se permitirá tener una sociedad con una salud mental mejor, debido a que los niños ya no sufrirán el hecho de no ver a sus padres, máxime si a los niños no les interesa si su padre da dinero o no, les interesa jugar, reír, salir y/o estar un momento con sus padres, así sean estos deudores alimentarios, en ese sentido este objetivo ha sido debidamente corroborado, cuando se pregunta a los encuestados si creen que es más importante el cumplimiento de la obligación alimentaria de quien no ejerce la patria potestad que la estabilidad emocional de un niño, por lo que haciendo una interpretación sistemática se concluye que una de las consecuencias que padece un hijo es falta de estabilidad emocional, debido a que no puede ver a sus padres,

- **Identificar los factores influyentes en el interés superior del niño**

Es importante señalar que el legislador no lo formuló pensando en el bienestar del menor en todo cuanto le favorece, sino se realizó pensando en una fuente económica, como es el de cumplimiento alimenticio, de esta manera quiso limitar el derecho y por ende el sufrimiento del padre a no ver a sus menores hijos hasta estar al día en la pensión alimenticia, motivo por el cual al poder identificar este objetivo, se le ha formulado la siguiente interrogante si, la naturaleza jurídica del régimen de visitas contiene en esencia; el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, con la finalidad de lograr el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno-filial, lo cual los encuestados han respondido afirmativamente, lo que ha conllevado poder corroborar los resultados en el objetivo planteado

- **Determinar la modificatoria del código de niño y adolescentes**

Cuando se realiza una interpretación sistemática de la norma y se verifica que una norma les niegue su visita, es una muestra que la fórmula legal no se hizo pensando en su bienestar del menor en todo cuanto le favorece, sino se realizó pensando en una fuente económica, como es el de cumplimiento alimenticio, que si bien es fundamental, existe otros mecanismo en el código penal como ultima ratio, de denunciarlo por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, por otro lado se ha logrado el siguiente objetivo debido a que al preguntársele al legislador si la norma actual art. 88 del Código de Niño y Adolescentes restringe derechos al niño o adolescentes, la mayoría de la población encuestada, jueces y abogados especialistas en derecho de Familia, afirman que la norma es vejatoria, motivo por el cual se necesita su cambio y pronta modificatoria.

- **Estudiar las implicancias del derecho internacional en el principio del interés superior del niño.**

Por último la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a dejado establecido en reiteradas jurisprudencias que los estados partes deben velar por el cuidado en todo en cuanto le favor al niño, niña y adolescente, en ese sentido al formularse la pregunta a los jueces y abogados, si La corte Interamericana ha reconocido el Interés Superior del niño como principio universal, estos han afirmado de forma positiva que si, además al preguntárseles si el Principio del Interés Superior del niño permitiría modificar el art. 88 del código de niño y adolescente, los encuestados coinciden de forma mayoritaria que esto podría ser modificado en base al principio universal del interés superior del niño, establecido en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.3 Aporte Práctico

PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 88 DEL CÓDIGO DE NIÑO Y ADOLESCENTES PARA PROTEGER EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

1. Identidad del autor

El autor que suscribe, **Darwin Paul Delgado Rodríguez**, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipán de Chiclayo, de acuerdo y ejerciendo del Derecho de iniciativa legislativa que le confiere el Artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presenta lo siguiente:

2. Exposición de motivos

Constituye una tarea inherente de los Abogados, estudiantes e investigadores del Derecho, solucionar casos concretos aplicando diversas fuentes, sea de carácter formal o material, siendo la principal fuente la Constitución Política del Perú de 1993 y las normas con rango de Ley así como las jurisprudencias vinculantes que emanan de la Corte Suprema o Tribunal Constitucional del Perú.

La Constitución Política, en su Artículo 107°, en su segundo párrafo, dispone que los ciudadanos tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes, concordante con la ley N° 26300 de los derechos de participación y control ciudadano, en su artículo 2 inciso d), que prescribe la iniciativa en la formación de las leyes.

Por lo tanto amparado en el precepto constitucional y demás leyes, que hace alusión al derecho que tiene toda persona de realizar una iniciativa legislativa.

El presente proyecto de ley, tiene por finalidad incorporar modificar el artículo 88 del Código del Niño y Adolescente para proteger el Interés Superior del Niño.

El Código de Niño y Adolescente ha establecido que los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria; es decir si un padre que desea ejercer su derecho a visitar a su hijo, hija o adolescente, no podrá realizarlo si no está al día de la pensión alimenticia.

El Juez respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar”; sin embargo el derecho debe tener presente el interés superior del niño, que en el derecho internacional se le conoce como el Principio del Interés Superior del Niño que puede definirse como: el conjunto de circunstancias que

establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción, para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de la espiritualidad sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etcétera, que también influyen en los medios elegibles; en ese sentido, las normas tutelares y los efectos de las sentencias, en donde se discutan los intereses y derechos de los niños deben ceñirse a esta regla e interpretarse de la manera en que mejor se adecue a la protección del menor.

Por esta razón este proyecto de ley se crea con la finalidad de evitar que los niños, niñas y adolescentes se les menoscabe su derecho universal como es el Principio del Interés Superior del Niño a través de normas vejatorias, que no piensan en el bienestar del menor, ni de su integración y relaciones afectivas que debe tener con sus padres, debido a que si bien el padre no puede estar al día de su pensión alimenticia, el hecho que una norma les niegue su visita, es una muestra que la fórmula legal no se hizo pensando en su bienestar del menor en todo cuanto le favorece, sino se realizó pensando en una fuente económica, como es el de cumplimiento alimenticio, que si bien es fundamental, existe otros mecanismo en el código penal como ultima ratio, de denunciarlo por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, sin embargo el hecho de privar a un menor de edad de poder estar con su padre no solo es ilegal sino que es acto violatorio con los derecho universales reconocidos al niño, niñas y adolescente, por lo que esta investigación aportará al derecho y modificar leyes que vayan acorde al derecho comparado y a los cambios en nuestro país, asimismo esta investigación permitirá tener una sociedad con una salud mental mejor, debido a que los niños ya no sufrirán el hecho de no ver a su padres, máxime si a los niños no les interesa si su padre da dinero o no, les interesa jugar, reír, salir y/o estar un momento con su padres, así sean estos deudores alimentarios.

Este proyecto busca evitar que se vulnere el interés superior del niño al momento de exigir el cumplimiento de la pensión alimenticia y evitar que el deudor alimentario pueda ejercer el régimen de visitas al incumplir ello.

BASE LEGAL

Constitución Política del Perú: Artículo 1, artículo 10, artículo 11.

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 88 DEL CÓDIGO DE NIÑO Y ADOLESCENTES PARA PROTEGER EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

I. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente proyecto con fundamento en el Código del Niño y Adolescente.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta no representa costo alguno al erario nacional ni es una iniciativa de gasto; por el contrario evitará futuros procesos de familia.

FÓRMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 88 DEL CÓDIGO DE NIÑO Y ADOLESCENTES PARA PROTEGER EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Artículo 1°.- Objeto del Proyecto de Ley

El presente proyecto de Ley tiene por objeto evitar la vulneración del Interés superior del niño y garantizar este.

Artículo 2°.- Texto Modificado

“Artículo 88.- Los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual a pesar del incumplimiento de la obligación alimentaria no es objeto de impedimento. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.

El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar”.

Artículo 3°.- Norma Derogatoria

Los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.

El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar.

Deróguese toda norma que se oponga al presente Proyecto de Ley.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Chiclayo, a los 08 días del mes de agosto de dos mil dieciocho.

Daniel Enrique Salaverry Villa

Presidente del Congreso de la República

Mario Fidel Mantilla Medina

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

Martín Alberto Vizcarra Cornejo

Presidente Constitucional de la República

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

1. Concluyo que el impedimento legal que contiene el Art. 88 del CNA, en restringir el régimen de visitas para el padre deudor alimentario hacia sus menores hijos es una vejación contra el principio del interés superior del niño.
2. Concluyo que la restricción del régimen de visitas a favor de los padres deudores alimentarios genera como consecuencia que los hijos menores de edad no podrán crecer emocionalmente, psicológicamente en su esfera social por la falta de la presencia de uno de los padres. Asimismo, el niño y adolescente se le menoscaba sus derechos en todo en cuanto le favorece, debido a que la limitación de estas con cualquiera de los progenitores dañó su desarrollo.
3. Concluyo que el Derecho Internacional, derecho comparado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han reconocido el principio universal del interés superior del niño, ergo omnes para todos los estados partes, motivo por el cual al ser normas que atentan contra tal principio debe ser suprimido del cuerpo legislativo de un ordenamiento jurídico.
4. Concluyo que la propuesta a la solución del impedimento legal de padres deudores alimentarios, es la modificatoria de la fórmula legal del Art. 88 del CNA a fin de prevalecer el interés superior del niño y los padres deudores puedan visitar a sus hijos.

Recomendaciones

1. Podemos verificar conforme a los objetivos planteados en la presente investigación, estos se han cumplido motivo por el cual se llegó a las conclusiones mencionadas arriba y en ese sentido manifestamos las siguientes recomendaciones:
 - Se necesita urgente una modificatoria a la fórmula legal del Art. 88 del Código del Niño y Adolescente y se permita que los padres deudores alimentarios visiten a sus hijos, a efectos que el interés superior del niño se prevalezca en la norma, y se legisle en todo y en cuanto le favorezca al menor de edad.
 - Se necesita que el legislador presente un proyecto de ley, a fin que sea acorde a la situación social actual y permita amparar los derechos de los niños y adolescentes, conforme a la jurisprudencia nacional e internacional, así como su respectiva normatividad.
 - Se recomienda a los Colegios de Abogados del Perú que realicen diplomados a los abogados y jueces, a fin de que sean capacitados y preparados con el fin de proteger los derechos del niño y adolescente en nuestra sociedad peruana.

REFERENCIAS

- Arcana, J. (2018). *La aplicación del Interés Superior del Niño en la Variación de Tenencia*. (Tesis de Pregrado). Universidad Norbert de Wiener. Lima, Perú.
- Aguilar, B (2013). *Derecho de Familia*. Lima: Ediciones Legales.
- Alston, P & Gilmour-Walsh, B. (1996). *El interés superior del niño: hacía una síntesis de los derechos del niño y los valores culturales, UNICEF-Centro Innocenti*. Florencia
- Arias , Jose (1952) Derecho de familia , 2da edición , Buenos Aires – Argentina.
- Balladares, S. (2014). *Elaboración de un mecanismo de visitas que regule la convivencia entre los progenitores ausentes a fin de garantizar el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes*. (Tesis de pregrado). Universidad Regional Autónoma de los Andes. Ambato. Recuperado, desde: <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/2797/1/TUAAB044-2014.pdf>
- Boseert y Zonnoni (1989) Manual de derecho de familia , editorial perrot, Buenos Aires – Argentina.
- Baptista, L. (2014) *Metodología De La Investigación*.
- Bermúdez, M. (2015).*Derecho Procesal de Familia*. Lima: Editorial San Marcos.
- Canales, C. (2014). *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Convención de los Derechos del Niño (1989).
- Delgado. F. (2016). *Estudio del cumplimiento del interés superior del niño como principio predominante para la toma de decisiones respecto al derecho al regimen de visitas en las sentencias expedidas por el juzgado de familia de*

tarapoto durante el periodo del 2011-2013. (Tesis de Pregrado). Universidad Cesar Vallejo. Tarapoto.

Enrique Varsi (2011) , Tratado de derecho de familia , Tomo I , Lima- Perú

Guzman, N. (2015). *Necesidad de regular el otorgamiento del régimen de visitas a padres deudores alimentarios, como una forma de protección del interés superior del niño y del adolescente.* (Tesis de Pregrado). Universidad Nacional de San Agustín. Arequipa.

Kielmanovich, J (1998). *Procesos de familia.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

MONTEIRO, Washington de Barros (2001) . Curso de Direito Civil. Vol. 2: Direito de familia. 36ª edición actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo

Lobato, K. (2016). *La garantía constitucional de hábeas corpus en los casos del derecho de familia relacionados con tenencia y régimen de visitas.* (Tesis de Pregrado). Universidad Nacional De Cajamarca.

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. (1968) El Derecho de familia en la problemática contemporánea, Cooperado de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires

Lehmann Heinrich (1953) , Derecho de familia , volumen IV, Revista de derecho privado , Madrid -España.

Noblecilla, S. (2014). *Factores determinantes de la tenencia de menores en los Juzgados de Familia de Trujillo: la primacía del interés superior del niño.* (Tesis de pregrado). Universidad Privada del Norte.

Oliveros, Y. (2013). *Vulneración del interés superior de la niña, niño y adolescente en el proceso de adopción.* (Tesis de pregrado). Universidad Empresarial Siglo 21.

Argentina. Recuperado, desde:
<https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/12108/Oliveros,%20Yemina%20Andrea.pdf?sequence=1>

Plácido, A (2003). *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.

PLANIOL, Marcel y RIPERT (1939) . Tratado práctico de Derecho Civil francés. Tomo segundo: La Familia, Ed. Cultural, La Habana, Cuba

Ríos, E y Sarabia, H (2018). *La tenencia del niño y su principio de interés superior*. (Tesis de Mestría). Universidad Nacional de la Amazonía Peruana.

Rojas, D. (2018). *La tenencia compartida acordada en los centros de conciliación extrajudicial y la vulneración del principio del interés superior del niño en el Perú*. (Tesis de Pregrado). Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo, Perú.

Simon, F. (2013). *Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. (Tesis de Doctorado). Universidad de Salamanca. Salamanca. Recuperado, desde:
https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124216/1/DDP_Sim%C3%B3nCampana%20Farith_Tesis.pdf

Zaidán, S. (2016). *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa*. (Tesis de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito.

ANEXOS

ANEXO 1



La presente encuesta está dirigida a Ud. Juez especializado en Derecho de Familia de la Ciudad de Chiclayo, de la que agradezco anticipadamente sus respuestas, a efectos de poder realizar la investigación relacionada a la “MODIFICATORIA DEL ART. 88 DEL CÓSIGO DE NIÑO Y ADOLESCENTES PARA PROTEGER EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE CHICLAYO”.

1. ¿Una madre podría justificar no permitir a su hijo ver a su padre porque este no ha pagado su pensión?
 - a) Desacuerdo
 - b) Totalmente en Desacuerdo
 - c) No Opina
 - d) De acuerdo
 - e) Totalmente de Acuerdo

2. ¿El artículo 88 del Código del niño y adolescente, debe ser modificado para proteger la estabilidad emocional de un niño o niña?
 - a) Desacuerdo
 - b) Totalmente en Desacuerdo
 - c) No Opina
 - d) De acuerdo
 - e) Totalmente de Acuerdo

3. ¿La normatividad actual protege el interés superior del niño?
- a) Desacuerdo
 - b) Totalmente en Desacuerdo
 - c) No Opina
 - d) De acuerdo
 - e) Totalmente de Acuerdo
4. ¿Estaría de acuerdo en que se justifica la no visita de un padre de familia a su menor hijo por la falta de cumplimiento en su obligación alimentaria?
- a) Desacuerdo
 - b) Totalmente en Desacuerdo
 - c) No Opina
 - d) De acuerdo
 - e) Totalmente de Acuerdo
5. ¿Cree usted que es más importante el cumplimiento de la obligación alimentaria de quien no ejerce la patria potestad que la estabilidad emocional de un niño?
- a) Desacuerdo
 - b) Totalmente en Desacuerdo
 - c) No Opina
 - d) De acuerdo
 - e) Totalmente de Acuerdo
6. ¿La norma actual art. 88 del Código de Niño y Adolescentes restringe derechos al niño o niño o adolescentes?
- a) Desacuerdo
 - b) Totalmente en Desacuerdo
 - c) No Opina
 - d) De acuerdo
 - e) Totalmente de Acuerdo

7. ¿La jurisprudencia permitiría en la normatividad peruana la modificatoria del art. 88 del código de niño y adolescentes?

- a) Desacuerdo
- b) Totalmente en Desacuerdo
- c) No Opina
- d) De acuerdo
- e) Totalmente de Acuerdo

8. ¿La corte Interamericana ha reconocido el Interés Superior del niño como principio universal?

- a) Desacuerdo
- b) Totalmente en Desacuerdo
- c) No Opina
- d) De acuerdo
- e) Totalmente de Acuerdo

9. ¿El Principio del Interés Superior del niño permitiría modificar el art. 88 del código de niño y adolescente?

- a) Desacuerdo
- b) Totalmente en Desacuerdo
- c) No Opina
- d) De acuerdo
- e) Totalmente de Acuerdo

10. ¿La naturaleza jurídica del régimen de visitas contiene en esencia; el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, con la finalidad de lograr el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno-filial?

- a) Desacuerdo
- b) Totalmente en Desacuerdo
- c) No Opina
- d) De acuerdo
- e) Totalmente de Acuerdo

Gracias por su tiempo

ANEXO 2

TITULO	PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICA E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS
LA MODIFICATORIA DEL ART. 88 DEL CÓDIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES PARA PROTEGER EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE CHICLAYO.	¿Cómo proteger el interés superior del niño en los procesos de régimen de visitas para padres deudores alimentarios en la ciudad de Chiclayo	Objetivo general: Proponer la modificatoria del artículo 88 del código de niño y adolescentes a favor de los padres deudores alimentarios a fin de proteger el interés superior del niño. Objetivos específicos: a) Explicar los tipos de familia en el derecho de familia. b) Analizar el régimen de visitas en la legislación nacional e	El interés superior del niño se protegería modificando el artículo 88 del código del niño y adolescentes a favor de los padres deudores alimentarios, con la finalidad de evitar que los niños, niñas y adolescentes y los padres se les menoscabe su derecho.	Variable independiente: La Modificatoria del Artículo 88	Familiar	Los Hijos	Análisis documental Jurídico Doctrinal Encuesta
					Jurídico	Artículo 88	
					Económico	Obligación Alimentaria	
				Variable dependiente: El Interés Superior del Niño	Supraconstitucional	Modificación de la Normatividad	Cuestionario
					Internacional	Corte Interamericana de Derechos Humanos	
					Integridad del Niño	Salud	

		<p>internacional</p> <p>c)Analizar el Interés superior del Niño en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Interés superior en la Convención sobre Derechos del Niño.</p> <p>d)Elaborar un proyecto de ley que modifique el artículo 88 del código del niño y adolescente a favor de los padres deudores.</p>					
--	--	---	--	--	--	--	--