

CRITERIOS QUE DEBE TENER EN CUENTA EL JUEZ EN LOS PROCESOS DE DERECHO DE FAMILIA PARA NO VULNERAR LA AUTONOMIA PROGRESIVA DEL NIÑO

*Fiorela Ramos Zamora**

Melissa Bazán Palomino†

SUMARIO: Introducción.- Marco teórico.- Metodología de Investigación.- La autonomía del niño y sus límites.- Los procesos de derecho de familia en donde se involucran niños.- Criterios que debe tener en cuenta el Juez en los procesos de derecho de familia para no vulnerar la autonomía progresiva del niño en el Perú.- Conclusiones.- Referencias.

RESUMEN

La presente investigación responde al problema de los criterios que debe tener en cuenta el juez en los procesos de derecho de familia para no vulnerar la autonomía progresiva del niño. Para ello, es necesario establecer objetivos específicos que permitan analizar la autonomía progresiva del niño y sus límites jurídicos; así como conocer los procesos de Derecho de familia en donde se involucran a niños, analizar la autonomía progresiva del niño y su relación con los procesos de Derecho de familia y finalmente proponer una modificatoria legislativa en materia de familia respecto a la autonomía progresiva del niño.

Palabras clave: Autonomía Progresiva del Niño, Procesos de Familia, Principio del Interés Superior del Niño.

ABSTRACT

This research addresses the problem of the criteria should take into account the judge in family law processes to avoid violating the progressive autonomy of the child. It is therefore necessary to establish specific objectives to analyze the progressive autonomy of the child and their legal limits; and know the processes of family law where they involve children, to analyze the progressive autonomy of the child and their relationship with the processes of family law and finally propose a legislative amending in family matters regarding the progressive autonomy of the child.

Keywords: Progressive autonomy of the Child, Family Process, Principle of Best Interest of the Child.

INTRODUCCION

La presente investigación busca establecer los criterios que debe tener en cuenta el juez en los procesos de familia para no vulnerar la autonomía progresiva del niño, de este modo proponemos: garantizar el cumplimiento del principio del interés superior del niño, oír al

* Bachiller en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Perú. E-mail: cinthimrz@hotmail.com.

† Bachiller en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Perú. E-mail: marielena_228_14@hotmail.com.

Citar como: Ramos Zamora, F. & Bazán Palomino, M. (2016). Criterios que debe tener en cuenta el Juez en los procesos de Derecho de Familia para no vulnerar la autonomía progresiva del niño. *NOUS, Revista de Investigación Jurídica de Estudiantes*. VII (9), pp. 137 - 159, Cajamarca: UPAGU.

niño y tomar en cuenta su opinión cuando su edad y madurez haga presumir que tienen suficiente juicio y por último tomar en consideración la voluntad del niño, para lo cual podrá merituar las pruebas que considere pertinentes, a través de la ayuda de un equipo multidisciplinario de profesionales y especialistas en infancia (asistente social, psicólogos y abogados).

La situación jurídica de niños y niñas ha variado enormemente con el paso de los años, en el Derecho romano por ejemplo se entregaba a los hijos de familia en calidad de personas sin capacidad de goce, lo que en estos tiempos resultaría ser algo impensado.

Hoy en día, la infancia ha ido ganando terreno y protección por una gran cantidad de naciones, debido a la importancia que posee para el desarrollo de los países, razón por la cual existe la necesidad de dar un especial lugar jurídico a la niñez, sobre todo en los procesos judiciales en materia de Derecho de familia.

Nos formulamos el problema siguiente: ¿Cuáles son los criterios que debe tener en cuenta el juez en los procesos de Derecho de familia para no vulnerar la autonomía progresiva del niño en el Perú? Dicho problema se justifica en tanto permitirá llenar un vacío relacionado a la garantía de la protección por parte del Estado a través de los jueces de familia de la autonomía del niño, quienes merecen ser oídos y participar en los procesos judiciales en los que son parte. Nuestra investigación permite reflexionar acerca de los derechos de los niños en la práctica judicial, permitiendo su intervención como sujetos de derecho y con los límites que establece la Ley.

El objetivo general de la investigación fue determinar los criterios que debe tener en cuenta el juez en los procesos de Derecho de familia para no vulnerar la autonomía progresiva del niño en el Perú.

Los objetivos específicos: i) comprender la autonomía progresiva del niño y sus límites jurídicos; ii) explicar los procesos de familia en donde se involucran a niños; iii) comprender la autonomía progresiva del niño y su relación con los procesos de derecho de familia a nivel

de derecho comparado; iv) proponer una modificatoria legislativa en materia de familia con respecto a la autonomía progresiva del niño.

MARCO TEÓRICO

Teorías que sustentan la investigación

Principio del Interés Superior del Niño. Este principio se especifica y complementa con el derecho del niño a expresar su opinión o punto de vista en todos los asuntos que le afecten. Esta disposición es un reflejo del carácter integral de la doctrina de los derechos de la infancia y a su vez de su estrecha relación con la doctrina de los derechos humanos en general. Como las niñas y los niños son parte de la humanidad y sus derechos no se ejercen separada o contrariamente al de las otras personas, el principio no está formulado en términos absolutos, sino que el interés superior del niño es considerado como una "consideración primordial" (Cardona Llorenz, 2014, p. 4).

No discriminación: El principio de no discriminación se incorpora a todos los instrumentos básicos de derechos humanos, según ha sido definido minuciosamente por los organismos responsables de verificar su aplicación. La CDN ha señalado con frecuencia que los estados tienen que establecer quiénes son los niños más vulnerables y desfavorecidos dentro de sus fronteras y tomar las medidas apropiadas para garantizar el cumplimiento y la protección de los derechos de estos niños.

Bases Teóricas

Antecedentes: A nivel internacional se ha encontrado la investigación titulada "Autonomía progresiva: El niño como sujeto de derechos", presentada por Paula Andrea Venegas Sepúlveda en la Universidad de Chile en el año 2010 para optar el grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Discusión teórica

La Autonomía del niño y sus límites jurídicos: En la concepción del niño como sujeto de derecho subyace, en primer lugar, la idea de igualdad jurídica, en el sentido que todas las personas son destinatarias de las normas jurídicas y tienen capacidad de ser titulares de

derechos, para luego acceder a fórmulas más perfectas como la igualdad ante la ley o la igualdad en los derechos, que también son recogidas por la Convención.

Siguiendo a Hannah Arendt, se trata de comprender a los derechos humanos como un proceso constante de construcción de ciudadanía, que se expresa en la fórmula del reconocimiento del “derecho a tener derechos” (Arendt, 1974, p. 172).

Los procesos de derecho de familia en donde se involucran a niños: La Ley N° 27155, Ley que regula competencia de los Juzgados y Fiscalías de Familia, modifica artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la Ley Orgánica del Ministerio Público, del Código Procesal Civil y del Código de los Niños y Adolescentes.

En materia civil

- a. Las pretensiones relativas a las disposiciones generales del Derecho de Familia y a la sociedad conyugal, contenidas en las Secciones Primera y Segunda del Libro III del Código Civil y en el Capítulo X del Título I del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes.
- b. Las pretensiones concernientes a la sociedad paterno-filial, con excepción de la adopción de niños y adolescentes, contenidas en la Sección Tercera del Libro III del Código Civil, y en los Capítulos I, II, III, VIII y IX del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes.

En materia tutelar

- a. La investigación tutelar en todos los casos que refiere el Código de los Niños y Adolescentes.
- b. Las pretensiones referidas a la adopción de niños y adolescentes, contenidas en el Título II del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes.

En materia de infracciones

Las infracciones a la ley penal cometidas por niños y adolescentes como autores o como partícipes de un hecho punible tipificado como delito o falta. También se refiere a la competencia de las "Salas de Familia" (Artículo 43° de la Ley Orgánica del Poder Judicial)

La autonomía del niño y su relación con los procesos de derecho de familia

Desde la primera y poco elaborada Declaración en 1924 (Declaración de Ginebra), hasta su culminación con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, los textos apuntan a que los Estados y la sociedad reconozcan en cada niño un conjunto universal de derechos y por necesaria consecuencia, definan las obligaciones que de ellos se derivan para la sociedad, la familia y el Estado (Cillero Bruñol, 2008, p. 4).

Definición de términos básicos

Derecho de Familia: El Derecho de Familia es el conjunto de normas que rigen la constitución, la organización y la disolución de la familia como grupo, en sus aspectos personales y de orden patrimonial. (Mazeud, 1968, p. 4).

Juez de Familia: El juez es la autoridad pública que sirve en un tribunal de justicia y que se encuentra investido de la potestad jurisdiccional para aplicar la ley.

Niño: La Convención de los Derechos del Niño de 1989 define el término "niño" de la siguiente forma: "[...] un niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad" (artículo 1° de la CDN).

Autonomía: Desde esta perspectiva la autonomía se presenta como plato de una balanza que cada sistema se esfuerza por mantener en equilibrio con el peso de la tutela de los intereses sobre-individuales.

Nuestra hipótesis sostiene que los criterios que debe tener en cuenta el juez en los procesos de derecho de familia para no vulnerar la autonomía del niño son:

- a) Garantizar el cumplimiento del principio del interés superior del niño.
- b) Oír al niño y tomar en cuenta su opinión, cuando su edad y madurez haga presumir que tienen suficiente juicio.
- c) Tomar en consideración la voluntad del niño, para lo cual podrá merituar las pruebas que considere pertinentes, a través de la ayuda de un equipo multidisciplinario de profesionales y especialistas en infancia (asistente social, psicólogos y abogados).

METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

En la presente investigación usamos el enfoque cualitativo. Nuestra investigación es de tipo Básica (Descriptiva- propositiva). Según el desarrollo de la investigación se utiliza un diseño no experimental- descriptivo. La investigación está fijada en el año 2015 y se ha desarrollado dentro del ámbito del Distrito Judicial de Cajamarca.

Los métodos utilizados fueron exégesis jurídica, por cuanto constituye el estudio lineal de las normas tal como aparecen en el texto legislativo. Asimismo, el método dogmático, que atiende a los principios doctrinales como medio principal para interpretar el sentido de la norma jurídica.

Las técnicas de investigación e Instrumentos, tenemos la Recopilación Documental. Denominada Análisis de Registro Documental, la cual permitirá recopilar el material documental adecuado, acorde con la finalidad de nuestro estudio. Esta recopilación se efectúa principalmente de fuentes primarias. Análisis de Contenido. Es una técnica para describir sistemáticamente la forma y el fondo del material escrito o hablado (Sommer & Sommer, 2001). Análisis comparativos de sistemas jurídicos extranjeros. Este análisis se efectuará teniendo en cuenta aquellos sistemas jurídicos que tienen vinculación con el nuestro. A través de esta técnica se podrá establecer el tratamiento jurídico que se le da a los fundamentos que debe tener en cuenta el juez en los procesos de derecho de familia para no vulnerar la autonomía del niño.

LA AUTONOMÍA DEL NIÑO Y SUS LÍMITES JURÍDICOS

La Convención de los Derechos del niño

No existe, ni existirá un concepto firme y definitivo sobre la Familia, pues nuestra sociedad es cambiante, donde la conformación y organización de la misma, varía de acuerdo a las diversas ideologías sociales que se establecen, no obstante ello se tiene que la familia es aquel medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, quienes deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Y es aquí donde arribamos al eje central de la presente tesis, la protección de niño, a quien son los diversos Estados quienes se han encargado de reconocer, proteger y atribuirle un rol jurídico especial al niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, máxime si conforme se indica los niños son el futuro del país, es deber de cada Estado adoptar las medidas legislativas y/o administrativas, por cuanto el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad.

Frente a dicha necesidad, se tiene que la “Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño” (Córdova Lopez, 1996, p. 46).

El principio del interés superior del niño y su relación con la autonomía progresiva del niño

El principio del interés superior del niño

El jurista O'Donnell opina “La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta ya que está

huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas. Además de que la Convención propone otra solución, pues formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no constituye soluciones jurídicas de la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente” (O' Donnel, 1990, p. 25).

A fin de lograr la correcta aplicación de este principio, se debe poner mayor énfasis en sede judicial, donde se requiere un análisis integral de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución (auto y sentencia) del Juez. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

La autonomía progresiva del niño

Autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad puede definirse como la capacidad de decisión libre que tiene toda persona para dar contenido a todos los actos que realiza, ya sean de signo positivo hacer como de signo negativo -abstenerse de hacer (Castillo, 2006, p.3).

A la palabra autonomía se contraponen aquellas de heteronomía, que es regulación de intereses realizada por otro y otros, no por las mismas partes. En efecto, la voluntad es autónoma cuando se gobierna así misma, heterónoma es cuando viene dirigida desde afuera (Pugliatti, 1959, p. 367).

Un sujeto de derechos exclusivo: niño

Todos los niños tienen derecho a la salud, a la educación, a condiciones de vida adecuadas, al esparcimiento y al juego, a la protección de la pobreza, a la libre expresión de sus opiniones y mucho más.

La Autonomía del Niño

Sobre la base de lo mencionado, la autonomía se identifica con la libertad, ha dicho la Corte interamericana de derechos Humanos que “el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana” (Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, párrafo 142).

La autonomía progresiva del niño en los procesos de familia

La autonomía progresiva del niño

La autonomía progresiva del niño en el ejercicio de los derechos, constituye uno de los principios que estructuran el sistema de derechos reconocidos por la Convención, por lo cual, la promoción y respeto de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, se convierte en uno de los intereses jurídicos que deben ser protegidos. La Convención contiene múltiples mecanismos para este objeto, los que deben ser incorporados y desarrollados en las legislaciones nacionales (Alvarez, 1999, p. 161).

En nuestro país, la autonomía progresiva del niño, se ve reflejada en las disposiciones del Código de Niños y Adolescentes, que establece en su Título Preliminar y articulado en general, la obligación que tiene el Juez, no solo de velar por el respecto de la integridad y los derechos del menor, sino también la facultad del juzgador de escuchar y tomar en cuenta la opinión y/o declaración del menor.

La autonomía del niño y las relaciones parentales

Como se explicó, en la parte inicial del presente capítulo, la familia se constituye como el primer espacio social, donde el niño o niña se relacionará y educará, formando su

personalidad; es así que conforme bien señala la doctrina “los ejes fundamentales de la Convención es la regulación de la relación niño-familia, y en particular niño-padres; numerosas disposiciones regulan la materia. Los artículos 5° y 18° reconocen el derecho de los padres a la crianza y la educación y, a su vez, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo a la evolución de sus facultades” (Cillero Brunol, 2004, p. 14).

Autonomía progresiva del niño en el derecho comparado.

En el Derecho argentino

En el Derecho Argentino, se parte del principio de capacidad o autonomía de niños, niñas y adolescentes, donde se cuenta con un reconocimiento expreso por parte de la comunidad normativa internacional, al respecto la doctrina argentina señala “Ingresando al plexo legal infra constitucional argentino, y a diferencia de otros países de la región que han dictado sus propios códigos que regulan de manera específica los derechos de niños y adolescentes, la cuestión de la capacidad civil de las personas menores de edad, como así también la relación jurídica entre padres e hijos de directa vinculación con el concepto de capacidad e incapacidad, se encuentran normados por el Código Civil del año 1871, cuya reforma más o menos integral se produjo en el año 1968 tras la sanción de la Ley 17.711” (Llambias, 1992, p. 414).

En el Derecho Chileno

La doctrina y legislación Chilena, señala que la autonomía progresiva del niño, se “relaciona directamente con dos principios importantes, como son el de interés superior del niño y el derecho de éste a ser oído. En efecto, estos principios sustentan la idea de concebir al niño como verdadero sujeto de derechos, ya que determinan su participación activa en la sociedad. Sin embargo, el ejercicio de esta autonomía por parte de los menores conlleva diversas consecuencias jurídica” (Peña, 1990, p. 52).

En el Derecho Colombiano

La Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y adolescencia), establece la prevalencia del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, cuando sus derechos entran en

conflicto con los derechos de otros actores en la sociedad. La Ley promueve la protección integral de las libertades, derechos y garantías fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes, a quienes se considera sujetos titulares de derechos en consonancia con los derechos reconocidos en los Instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, como son la Constitución Política de Colombia, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración sobre los Derechos del Niño (ratificada por la Ley 12 de 1991), y la Convención Internacional de los Derechos de los niños y las niñas (1989).

En el Derecho Español

Sobre la infancia en España y sus derechos: el principio del “interés superior” en la adopción transnacional. El “interés superior” es también el principio rector que debe regir la adopción, según señala el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez:

Dicho principio fue retomado por el Convenio de la Haya de 29 de Mayo de 1993 sobre Protección de Menores, por ello en la legislación estatal española, el principio del “interés superior” aparece referido como el “principio inspirador de todas las actuaciones judiciales relacionadas con el niño”.

Límites jurídicos de la autonomía progresiva del niño

Estos límites son: los principios de autonomía, dignidad e igualdad; los cuales cumplen también una función legitimadora, pues deben constituir la base de cualquier intervención paternalista la autonomía en su doble papel de autonomía como necesidad presente que debe ser ejercida y autonomía futura que debe ser resguardada; dignidad como garantía de no sacrificio del niño como futuro adulto o miembro de la comunidad; e igualdad como homogenización fundamentadora de la medida paternalista.

Pero al mismo tiempo las necesidades de los niños y adolescentes conforman el límite para las intervenciones, en otras palabras, únicamente es legítima la actuación pública sin la voluntad del titular del derecho en lo que se relaciona con la satisfacción de las necesidades, cualquier otra intromisión u omisión al solicitar su consentimiento es contraria a los derechos del niño, por ende injustificada, lesionando así la autonomía del niño.

LOS PROCESOS DE DERECHO DE FAMILIA EN DONDE SE INVOLUCRAN A NIÑOS

Se establece que “los intereses que se tutelan en los procesos de familia muchas veces exceden los de las partes involucradas aprehendiendo a la familia en su conjunto o a intereses superiores como los intereses de los menores, adviértase un juicio de tenencia en el que las partes, en términos procesales, son los padres del menor cuya tenencia se solicita, y sin embargo la decisión que allí recae debe contemplar primordialmente el interés de este último, de conformidad con lo que dispone la Convención sobre los Derechos del Niño” (Berizonce, 1998, p. 145).

EN MATERIA CIVIL

Matrimonio, Separación de Cuerpos y Divorcio

Se define al Matrimonio como: “la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer igualmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del Código con la finalidad de hacer una vida en común. Destacándose que el marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales” (Placido, 2002, p. 34).

El Tribunal Constitucional, desarrolla una serie de principios que se desprenden de la Convención de los Derechos del Niño, y que es obligación del Juez, que previo a la declaración judicial de divorcio, debe de garantizar que el niño o niña mantenga o tratar de mantener el *modus vivendi*, es decir el estilo de vida que este tenía antes del divorcio; con ello no solo garantiza el interés superior del niño, sino también la autonomía progresiva del mismo, pues la permanencia del *modus vivendi* permitirá el desarrollo emocional y físico del menor.

Uniones de Hecho

El Estado Peruano, promueve al matrimonio, no restringe a que el origen de la familia sea por el matrimonio o por las uniones de hecho, pues si bien, el matrimonio es la base fundamental de la familia, que incluso es reconocida como una institución, ya que nace del acuerdo de voluntades entre un varón y una mujer de hacer su vida en común; esta voluntad

pasa por una fase de elección, mediante el cual la pareja elige realizar ese acto solemne llamado matrimonio.

Por lo que, en una unión de hecho, serán los progenitores, los encargados de garantizar la autonomía progresiva del niño, pues si bien aquí no existe el divorcio propiamente dicho, sino únicamente la declaración judicial de la unión de hecho, será también obligación del juez, el de velar porque los derechos de los menores no se vean afectados, garantizando así el derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y materia, el derecho al desarrollo armónico e integral que posee el niño.

Filiación y Reconocimiento

El Derecho a la filiación se encuentra estrechamente relacionado con el Derecho que tiene todo sujeto de conocer su procedencia y origen genético, es decir sus padres biológicos, al respecto “El derecho del niño o niña a conocer a sus padres aparece expresamente recogido en el artículo 7° de la Convención sobre los Derechos de Niño, donde resulta evidente que para poder cumplir los deberes y derechos que corresponden a los hijos, estos deben conocer previamente quiénes son sus padres. Una vez determinada la filiación (establecida la paternidad y la maternidad) surge inmediatamente la atribución a los padres del conjunto de derechos y deberes, reconocidos en función del interés de los hijos”. (Varsi Rospigliosi, 2011, pág. 55).

Patria Potestad

La patria potestad, es definida por la doctrina como “un conjunto de deberes y derechos que incumben a los padres con relación a las personas y los bienes de sus hijos menores de edad, es decir, son aquellos derechos y obligaciones que tienen los padres para con sus hijos, y donde su principal función va a estar enmarcada por la protección de su persona y la buena administración de sus bienes, para que de este modo se satisfagan de modo integral las

necesidades de los menores o de los mayores incapaces, según sea el caso (Peralta Andía, 2002, p. 37).

Tutela, Curatela y Consejo de Familia

Estas instituciones, no pueden ejercerse plenamente, sino se desarrollan dentro de marco de la autonomía progresiva del niño, a excepción de la Curatela que se aplica frente a un mayor de edad incapaz, donde es obligación del juez de familia adoptar su decisión en base a los fundamentos mediante los cuales no se vulneren la autonomía del niño, como es el caso de escuchar al niño y tomar en cuenta su opinión y el tomar en consideración la voluntad del niño, en base a la valoración de las pruebas válidas y eficaces que se presenten en juicio.

Adopción

El Código de Niños y Adolescentes, en su artículo 115° lo define como una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterna filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

Tenencia

La tenencia es una institución jurídica en donde más se manifiesta o exterioriza el conflicto entre las partes de una relación sentimental, por lo que se pide a ambos sujetos corrección en su actuar procesal, a fin de no denunciar agravios que carecen de todo asidero real, puesto que ello implicaría infringir el artículo ocho de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concordancia con el numeral IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil y procurar, alturadamente lo mejor para la menor.

Régimen de visitas

El régimen de visitas es definida como “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” (Plácido Vilcachagua, 2012, p. 53); conforme lo dispone el primer párrafo del artículo 88° de la Ley N° 27337, Código de los Niños y Adolescentes.

Alimentos

La praxis judicial ha hecho que se encuentre una estrecha relación entre los alimentos y el interés superior de niño, pues 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.

Sin embargo, al ser los alimentos del menor, de gran relevancia y envergadura, pues conforme lo indica el artículo 92° del Código de Niños y Adolescentes “Los alimentos involucra no solo los alimentos propiamente dicho sino también la salud, educación, recreación, etc.”

Violencia Familiar

El tema de la Violencia Familiar, debe ser entendido como aquella acción u omisión que el integrante de un grupo familiar ejerce contra otro y que produce un daño no accidental en el aspecto físico o psíquico, y donde se dictan medidas de protección a favor de la víctima, que en su mayoría son las mujeres e hijos menores de edad.

De allí que la Violencia Familia, genera una situación de desprotección en los menores, quienes son los más afectados, presentando cuadros de personalidad ansiosa mixta depresiva que sin duda afecta la autonomía del niño, siendo obligación del juez adoptar medidas o fundamentos por las cuales evite la vulneración de estos derechos.

En materia de infracciones contra la ley penal

La figura de infracciones contra la ley penal, debe ser completamente diferenciada de los delitos y faltas que regula el Código Penal, pues se entiende que su aplicación punitiva es para los mayores de edad, en tanto que el Código de los Niños y Adolescentes define como adolescente infractor penal a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal.

Luego establece que, el adolescente infractor mayor de 14 años, será pasible de medidas socioeducativas, y el niño y adolescente infractor menor de 14 años, será pasible de medidas de protección. Consecuentemente el niño y el adolescente pueden ser sujetos activos en la realización de un acto reprochable por la sociedad y calificado como delito o falta.

La autonomía del niño y su relación con los procesos judiciales

El Estado Peruano, debe de tener en cuenta, lo dispuesto por el derecho argentino que regula en la “ley 26.061 donde obliga al Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial a adoptar medidas de acción positiva tendientes a operativizar el derecho de defensa técnica. Específicamente, son los jueces y asesores de menores los encargados de custodiar, activa y oficiosamente, la vigencia en concreto de las garantías procesales en cada controversia (Castillo Ostos, 2011, p. 169).

Así, corresponderá a los operadores de justicia, el adoptar un fallo alejado de cualquier interés mostrado por los adultos involucrados, que siempre tratarán de imponerse en los pleitos judiciales o situaciones de otra índole, algunas veces maquillando su verdadera intención, con la que necesidad de proteger el bienestar del menor, sin tomar en cuenta lo que el niño pueda decir al respecto.

Es importante recuperar la opinión de los niños y niñas; en todos los espacios, no solamente en los procesos judiciales o administrativos, sino también en otros ámbitos, como el de las prestaciones de educación y salud; y demás sectores, por ser estos parte de una población vulnerable.

CRITERIOS QUE DEBE TENER EN CUENTA EL JUEZ EN LOS PROCESOS DE DERECHO DE FAMILIA PARA NO VULNERAR LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL NIÑO EN EL PERÚ

CRITERIO N° 01: Garantizar el cumplimiento del principio del interés superior del niño

La autonomía progresiva del niño, guarda estrecha relación con el Principio del Interés Superior del Niño, puesto que la Convención de los Derechos del Niño, no desconoce que los niños no siempre pueden ejercer por sí mismos sus derechos, sino por el contrario obliga a los adultos a crear las condiciones necesarias para que los niños alcancen su grado máximo de autodeterminación.

Resulta necesario, para ello precisar que los niños, niñas y adolescentes son los protagonistas de sus propias vidas, sin desconocer que esa autonomía irá variando de acuerdo a la etapa evolutiva en la que el niño se encuentre. De lo contrario, otorgarles autonomía a los niños sin considerar sus posibilidades evolutivas implicaría dejarlos en un estado de desprotección, e allí la razón de la Convención de los Derechos del Niño.

Si traemos a colación el principio de la autonomía progresiva del niño, el principio del interés superior del niño, en nuestro ordenamiento jurídico peruano, se tiene que este posee una incidencia progresiva en el régimen legal denominado Patria Potestad, por el cual son los progenitores quienes tienen la potestad de decidir sobre sus hijos menores de edad, haciendo alusión al antiguo modelo que concebía al niño como objeto de protección. En este sentido, el régimen contradice lo que el principio de autonomía progresiva viene a sostener, en cuanto los adultos tienen que impartir orientación para que sean los niños quienes desarrollen el ejercicio de sus derechos.

CRITERIO N° 02: Oír al niño y tomar en cuenta su opinión, cuando su edad y madurez haga presumir que tienen suficiente juicio

Uno de los temas y fundamentos centrales de la presente tesis, es el derecho de los niños a ser oído ante todas las instancias y frente cualquier asunto que lo afecte, y que en la práctica este no posee plena eficacia, a pesar de la existencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que así lo establece en su artículo 12°, cuyo espíritu normativo está reconocido por nuestra legislación y particularmente por el Código de los Niños y Adolescentes.

La praxis judicial, ha establecido que “entre las personas adultas existe la percepción de que el menor de edad, por el hecho de serlo, no está en capacidad o con la «madurez suficiente para emitir una opinión, o reclamar un derecho, y que todo lo que le ocurra o suceda a su alrededor, debe ser asumido y resuelto por los adultos, sean estos sus padres o tutores, sus maestros, otros adultos o las autoridades correspondientes. Esa visión de las cosas permite una serie de abusos contra el derecho de los niños” (Alaez, 2003, p. 67).

Este derecho, implica que para emitir un juicio al respecto, resulta imprescindible explorar el contenido y significado del artículo 12° de la Convención, que recoge la integración de varios derechos en torno a la libre opinión de niñas, niños y adolescentes sobre los temas que le conciernen y le afectan, y que su opinión sea tomada en cuenta por los diversos actores jurisdiccionales, pues de ello dependerá que tal derecho no se convierte en solo una declaración de principios, sino que principalmente, tenga una efectividad práctica.

CRITERIO N° 03: Tomar en consideración la voluntad del niño, para lo cual podrá merituar las pruebas que considere pertinentes, a través de la ayuda de un equipo multidisciplinario de profesionales y especialistas en infancia (asistente social, psicólogos y abogados)

Si nos remitidos a las normas que protegen los derechos del niño, conforme previamente se ha señalado, podremos advertir que la protección jurídica a la infancia y adolescencia, tiene su principal hito jurídico en la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989; cuya preceptiva jurídica enuncia un giro copernicano en el tratamiento que siempre ha recibido la capacidad de los menores de edad. La mirada tutelar es sustituida por la protección integral, a partir del reconocimiento del niño como sujeto de derechos; y por ende la voluntad que el menor puede emitir debe ser tomada en cuenta.

En cuanto a los asistentes sociales, su papel es primordial ya que su intervención trata de suplir la ausencia de conocimientos específicos del Juez. Las pruebas que otorgan tienen su mayor incidencia en la determinación de las medidas reguladores de las crisis matrimoniales, y fundamentalmente en las relativas al régimen de la guarda y custodia monoparental o

compartida, tras una ruptura de convivencia y en general en el establecimiento de comunicaciones y visitas del padre que no tenga la custodia.

La importancia de la participación de los niños en las decisiones y acciones que los afectan es reconocida no sólo en el artículo 12° de la Convención, sino igualmente en todo el resto del documento.

Debemos tener en cuenta que el Juez, al adoptar cualquier decisión o medida que afecte a la esfera personal, familiar o social del menor, debe basarse en la protección del interés y beneficio del menor, aunque éste no coincida siempre con la voluntad manifestada por el mismo; por ende consideramos que la voluntad manifestada por el menor, es un factor importante para la resolución de la controversia que pueda existir entre los progenitores sobre los asuntos concernientes al menor, siempre y cuando sea reflejo de una decisión madura, firme, autónoma y razonada, que responda a hechos, motivaciones o circunstancias objetivas y no a meros deseos caprichosos o a la influencia negativa de uno de los progenitores.

CONCLUSIONES

Los criterios que debe tener en cuenta el juez en los procesos de Derecho de familia para no vulnerar la autonomía progresiva del niño en el Perú son: i) Garantizar el cumplimiento del principio del interés superior del niño; ii) Oír al niño y tomar en cuenta su opinión, cuando su edad y madurez haga presumir que tienen suficiente juicio; iii) Tomar en consideración la voluntad del niño, para lo cual podrá merituar las pruebas que considere pertinentes, ayudado de un equipo multidisciplinario.

La disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que

antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

REFERENCIAS

- Aguilar Llanos, A. (2014). *La Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*, Perú: PUCP.
- Aguilar, J. M. (2006). *Síndrome de Alienación Parental*. Cordova: Almuzara.
- Aguilar Cavallo, G. (2008). *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Santiago de Chile: Año 6. N°. 1. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2670601>.
- Alaez, B. (2003). *Minoría de Edad y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Alvarez Vezlez, M. (1994). *La Protección de los Derechos del Niño, en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.
- Alvarez, I. (1999). *Notas respecto a la relatoria de los Derechos del Niño de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Revista de IIDH.
- Arendt, H. (1974). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus.
- Atienza, M. (1988). *Discutamos sobre el Paternalismo*. España: Universidad de Alicante.
- Baeza Concha, G. (2001). El Interés Superior del Niño: Derecho de Rango Constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho*, 355.
- Bautista Toma, P. (2011). *La tenencia solo puede ser ejercida por los padres*. Diálogo con la jurisprudencia, actualidad, análisis y crítica jurisprudencial N° 148, Perú: Gaceta Jurídica.
- Belluscio Augusto, C. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astrea.
- Berzonce, R. (1998). *La Tipicidad del Proceso de Familia y su reflejo en la tutela cautelar y anticipatoria*. Revista de Derecho Procesal N° 1. Perú: Gaceta Jurídica.
- Birdart Campos, G. (1989). *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: Universidad Autónoma de México.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Paidós.
- Burt. (1997). *Desarrollando Derechos Constitucionales de, en y para los niños*. Buenos Aires: Palestra.
- Cardona Llorenz, J. (2014). *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención*. España: Paidós.
- Castillo Ostos, I. (2011). *El Derecho del Niño a ser oído y su relación con el Sistema Familia en el Derecho Peruano*. Lima: IPEF.
- Cillero Brunol, M. (2001). *Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios*. Santiago de Chile: Biblioteca Americana.
- Cillero Brunol, M. (2004). *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. México: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y el Adolescente de la OEA.
- Cillero Bruñol, M. (1998). *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. México: UNAM.

- Cillero Bruñol, M. (1999). *Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios*. Montevideo: UNICEF-INN.
- Cillero Bruñol, M. (2001). *Los Derechos del Niño: De la Proclamación a la Protección Efectiva*. Revista Justicia y Derechos del Niño. Mexico: UNAM.
- Cillero, M. (1994). *Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia y Adolescencia en Chile*. Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile. Santiago de Chile: Biblioteca Americana.
- Cillero Bruñol, M. (2008). *Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de principios*. <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/cillero.pdf>.
- Córdova Lopez, O. (1996). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cornejo Chavez, H. (2001). *Derecho de Familia*, Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Corte Suprema de la República del Perú. (2000). *Sentencia Caso N° 0856*. Emitida el 08 de Agosto.
- Corte Suprema de la República del Perú. (2005). *Sentencia Caso N° 756*. Emitida el 14 de Mayo.
- Corte Suprema de la República del Perú.(2012). *Sentencia Caso N° 5550*. Emitida el 28 de Junio.
- Corte Suprema de la República del Perú. (2012). *Sentencia Caso N°8334*. Emitida el 17 de Agosto.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Emitida el 24 de Febrero.
- Couso Salas, J. (2006). *El Niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia*. Revista Justicia y Derechos del Niño. Buenos Aires: UNICEF.
- Couso Salas, J. (2006). *El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a ser Oído*. Revista Justicia y Derechos del Niño N° 3. Buenos Aires: UNICEF.
- Couso, J. (1997). *El Niño como sujetos de Derecho y la nueva justicia de familia*. Buenos Aires: UNICEF.
- Dominguez, M. (2006). *La transmisión de la ética. Clínica y Deontología*. Buenos Aires: Letra Viva.
- Escobar Perez, B. (2015). *Una aproximación a la noción jurídica de la Autonomía Universitaria*. Colombia.
- Fraga, J. (1984). *La Capacidad General del Menor. La tutela de los derechos de menor*. Madrid: America.
- Frankl, V. (2000). *Psychotherapy an existentialism*. Wahington: Square Press.
- Freeman, M. (1991). *¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño*. Revista de Educación N° 294. Buenos Aires: Editorial Parrot.
- García Mendez, E. (1994). *Derecho de la Infancia Adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral*. Bogotá: Forum Pacis.
- Goldstein, J. (2000). *Asistencia Médica para menores en riesgo: La Supervisión estatal de la autonomía de los padres*. Palermo: Editorial Palermo Gedisa.
- Gutiérrez de la Cruz, J. (2011). *El Derecho a la Identidad, modificación del proceso judicial de paternidad extramatrimonial*. Lima: Actualidad Jurídica.
- Humanos, S. d. (1989). *Convencios de los Derechos del Niño*. Mexico: UNAM.

- Kemelmajer de Carlucci, A. (1993). *Principios Procesales y Tribunales de Familia*. España: JA.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2006). *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Ladnsdown, G. (2004). *Evolución de las facultades del Niño*. Suecia: UNICEF.
- Larumbe Canalejo, S. (2002). *Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo*. Revista IIDH, Mexico: UNAM.
- Llambias, J. (1992). *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Mazeud, H. (1968). *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires: EJEA.
- Magistris, G. P. (2005). *Responsabilidad Parental y Concepción del Niño como sujeto de derecho: Tensiones y Compatibilidades*. Santiago de Chile: America.
- Minyersky, N. (2007). *Capacidad Progresiva de los niños en el marco de las Convención sobre los Derechos del Niño*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Montoya Chavez, V. H. (2007). *Derechos Fundamentales de los niños y adolescentes: el interés superior del niño y adolescente y la situación de abandono en el artículo 4 de la Constitución*. Lima, Perú: Grijley.
- O' Donnell, D. (1990). *La Convención sobre los Derechos de los Niños: Estructura y Contenido*. Revista Infancia, Buenos Aires: UNICEF.
- Parra Benítez, J. (2002). *Manual de Derecho de Civil. Personas, Familia y Derecho de Menores*. Bogota: Temis.
- Parra Ocampo, L. (2004). El Juez y el Derecho. En *Ius: Revista Jurídica*. Morelia Michoacán, México: Año IV Número 13 Abril-Junio .
- Peña, M. (1990). *Responsabilidad Parental vs. Autonomía Progresiva del Niño*. Santiago de Chile: Biblioteca Americana.
- Peña, C. (1996). *El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Peralta Andía, J. R. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Jurista Editores.
- Pineda Gonzáles, J. A. (1990). *Manual teórico práctico de Metodología de la Investigación aplicada al Derecho*. Puno, Perú.
- Plácido Vilcachagua, A. F. (2012). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Placido, A. (2002). *El petitum y la causa petendi en la reclamación de paternidad extramatrimonial*. Gaceta Jurídica N° 40. Lima; Grijley.
- Pueblo, D. d. (2011). *Niños, Niñas y Adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modo de atención*. Lima, Perú: Informe Defensorial.
- Ravetllat Ballesté, I. (1998). *El Interés Superior del Niño: Concepto y Delimitación del Término*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Santos Morón, M. J. (2000). *Incapacitados y derechos de la personalidad*. Madrid: Fundación ONCE-Escuela Libre Editorial.
- Santos Morón, M. J. (2011). *Menores y Derechos de la Personalidad. La autonomía del menor*. Madrid: Afdum 15.
- Tribunal Constitucional del Perú (2009). Caso N° 1817-2009-AA. Emitida el 07 de Octubre.
- Umpire Nogales, E. R. (2001). *El Divorcio y sus Causales*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Vargas Pavez, M., & Correa Camus, P. (2011). *La voz de los niños en la justicia de familia de Chile*. En *Ius et Praxis*. Chile.: Talca. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122011000100008&script=sci_arttext.
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Universidad de Lima.

- Vásquez García, Y. (1998). *Derecho de Familia. Teorico-Practica.Sociedad Paterno Filial.Amparo Familiar del Incapaz*. Lima: Huallaga.
- Venegas Sepúlveda, P. A. (2010). *Autonomía Progresiva: El niño como sujeto de derechos*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Vial del Rio, V. (1991). *Actos Jurídicos y Personas*. Santiago de Chile: Biblioteca Americana.
- Witker, J. (1995). *La investigación jurídica*. México: Mc Graw-Hill.
- Zeledón, M. (2005). *La Autonomia Progresiva en la Niñez y Adolescencia*. Revista "Enfoque Juridico". Buenos Aires: Themis.
- Zermatten, J. (2003). *El Interes Superior del Niño: Del analisis literal al alcance filosofico*. Madrid: Instituto Internacional desde Droits de L'enfant.
-

Correspondencia: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca. Jr. José Sabogal N° 913, Cajamarca, Perú.

Recibido: 15/01/2016

Aprobado: 15/06/2016