



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

Incorporación en la legislación peruana del derecho del niño y
adolescente a no ser separado de su familia

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:
Abogada

AUTORA:

Br. Estrella Ocaña, Gloria Indira

ASESORA:

Abg. Pingo More, Ángella Inés

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derechos Humanos y Blindaje Supranacional

PIURA – PERÚ

2015

Dedicatoria

"El que da no se cuestiona, porque en su corazón no hay
duda sino esperanza"

JUAN PABLO II.

Agradecimiento

A la Dra. Angella Pingo More y a la Dra. Marylena López Vilela, por el constante apoyo y dedicación que me viene brindado a lo largo de la carrera.

PRESENTACIÓN

Señores miembros de Jurado, presento ante ustedes la Tesis titulada “Incorporación en la legislación peruana del derecho de niño y adolescente a no ser separado de su familia”, con la finalidad de analizar si resulta necesaria la incorporar en la legislación peruana el derecho del niño y adolescente a no ser separado de su familia, en cumplimiento del reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo para obtener el Título Profesional de abogada.

Esperando cumplir con los requisitos de aprobación.

La autora.

ÍNDICE

	Pág.
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Presentación	iv
Índice	v
Resumen	vi
Abstract	vii
I. INTRODUCCIÓN	1
II. MÉTODO	18
III. RESULTADOS	26
IV. DISCUSIÓN	40
V. CONCLUSIONES	43
VI. RECOMENDACIONES	44
REFERENCIAS	45
ANEXOS	47

RESUMEN

La familia es considerada la institución básica e importante de la sociedad, cumpliendo y desarrollando un rol primordial de socialización y brinda protección a las personas, esencialmente de aquellos individuos que todavía carecen de herramientas necesarias para desenvolverse por propia cuenta; quienes conformaría este grupo serían los niños, niñas y adolescentes. Es aquí, en la familia, donde se inicia la identidad y la personalidad de cada individuo, por ello es imprescindible que el Estado la proteja, para salvaguardar su bienestar. En efecto, la familia es el ámbito, lugar o espacio donde los niños, niñas y adolescentes, se desarrollan, encontrando afecto, vínculos emocionales.

El derecho a no ser separado de la familia no es pues un derecho cualquiera, o un derecho vinculado exclusivamente a aspectos patrimoniales; es un derecho que se implica con otros derechos fundamentales y con el desarrollo mismo de la persona. He ahí su relevancia en una sociedad como la nuestra.

El presente trabajo tiene por objetivo encontrar razones para incorporar el derecho del niño a no ser separado de su familia, para esto se ha recurrido a la doctrina y las opiniones de expertos. Y el trabajo se ha estructurado en cinco capítulos siguiendo un orden metodológico.

Palabras Clave: Derecho de familia, abandono, separación familiar, niño y adolescente.

ABSTRACT

The family is considered the basic and important institution of society, fulfilling and developing a primary role of socialization and provides protection to people, essentially those individuals who still lack the necessary tools to function on their own; those who would make up this group would be boys, girls and adolescents. It is here, in the family, where the identity and personality of each individual begins, so it is essential that the State protect it, to safeguard its well-being. Indeed, the family is the environment, place or space where children and adolescents develop, finding affection, emotional ties.

The right not to be separated from the family is therefore not just any right, or a right linked exclusively to patrimonial aspects; it is a right that is involved with other fundamental rights and with the development of the person. This is its relevance in a society like ours.

The present work aims to find reasons to incorporate the right of the child not to be separated from his family, for this it has been resorted to the doctrine and the opinions of experts. And the work has been structured in five chapters following a methodological order.

Keywords: Family law, abandonment, family separation, child and adolescent.

I. INTRODUCCIÓN

En la presente investigación realizamos estudios, respecto a diferentes temas como la familia, patria potestad y derechos no enumerados, que están relacionados entre sí, conjugándose en un trípode para salvaguardar en la sociedad el bienestar del niño, niña y adolescente.

La familia es considerada como la célula fundamental y primordial de la sociedad, cumpliendo y desarrollando una función de socialización y protección de las personas que la integran; esencialmente de aquellos individuos que no poseen la capacidad necesaria para desarrollarse por propia cuenta como lo son los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad o con habilidades diferentes; así como los adultos mayores. Es aquí, en la familia, donde se inicia la identidad y la personalidad de cada individuo, por ello es imprescindible que el Estado, tenga medidas de protección, para salvaguardar su bienestar. En efecto, la familia es el lugar o espacio donde los niños, niñas y adolescentes, se desarrollan, encontrando afecto, vínculos emocionales, personas de referencia; de la cual es vital para su desenvolvimiento en la comunidad donde viven.

Además de los mecanismos que emplea el Estado, existen otros medios internacionales de protección para el pleno desenvolvimiento de los integrantes de la familia, más aún de los que son todavía vulnerables en la sociedad, tal como lo señala el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la familia es "el elemento natural y fundamental de la sociedad". Este artículo señala que la familia, es un atributo innato a la persona humana, siendo ésta la fuente que dará impulso para el desarrollo del ser humano persona, repercutiendo a la sociedad. A su vez, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN- señala que para el desarrollo pleno del niño debe crecer rodeado del amor y protección de una familia, para ello es necesario que los padres proporcionen las herramientas para que los menores se desarrollen de manera integral. Es importante afirmar que no existe un modelo de familia único.

En consecuencia la vida en familia brinda el ambiente adecuado para la protección plena del niño y adolescente, por ello hay que considerar como derecho fundamental del menor el derecho a vivir y a crecer en el seno de una

familia; en este sentido el artículo 4 de la Constitución Política del Perú establece que el Estado debe proteger al niño, a la madre al anciano, a la familia y el matrimonio, sin embargo hay que reconocer que existen factores que ponen en riesgo el desarrollo integral y bienestar de éstos, donde el Estado a través de sus políticas estatales, cree necesario e indispensable disponer el apartamiento del hogar; pero esta medida debe ser excepcional y como último recurso; cuando no exista otra alternativa a que se deba recurrir.

Desde esta óptica, la separación del niño de la familia está justificada siempre que tenga como finalidad garantizar los derechos de éste; como la vida, la integridad corporal, psicológica, sexual y emocional. Es necesario agregar que el derecho a tener una familia no implica seguir un modelo de familia determinado; sino a crecer en un ambiente donde personas mayores de edad le brinden el cuidado necesario para su buen y equilibrado desarrollo.

El poder de los derechos humanos radica fundamentalmente en su estrecha vinculación con la dignidad de la persona humana cuyo valor es autónomo; afirmándose que es anterior a su reconocimiento por parte del Estado; son particularmente importantes y por ello se exige que se plasmen en una norma jurídica como un derecho positivo. El solo hecho de ser un hombre otorga el derecho a la dignidad, a ser libre e igual independientemente de las circunstancias o factores fácticos que lo rodeen como la raza, la condición económica, religiosa, cultural, etc.

Los derechos humanos no pueden ser objeto de negociación y por lo tanto no se puede disponer de ellos por ser indispensables para la existencia humana y su realización. Estos derechos tutelan al ser humano para que no sea utilizado por el Estado para fines utilitarios como que para lograr el bienestar o felicidad del colectivo se sacrifique a una persona o a un grupo minoritario de ellas. En el caso objeto de estudio, el derecho a la dignidad del niño hace que el bienestar de éste se encuentra por sobre el bienestar de los demás miembros que la conforman.

El Artículo 3° de la Carta fundamental señala que los derechos reconocidos en el artículo 2 no son los únicos que pueden existir más, pues el desarrollo de la sociedad es dinámico, a estos derechos se les conoce como derechos no

enumerados; por ejemplo el derecho al agua, a la interculturalidad, etc. El derecho del menor a no ser alejado de su familia, se le considera como un derecho no enumerado, tanto a nivel legal como constitucional, lo cual constituye una indubitable falencia en nuestro sistema normativo, dada su vinculación con los demás derechos de naturaleza fundamental, ya que se desprende del derecho a la dignidad humana.

El derecho a no ser alejado de la familia no es pues un derecho cualquiera, o un derecho vinculado exclusivamente a aspectos patrimoniales; es un derecho que se relaciona con otros derechos fundamentales y con el desarrollo mismo de la persona. He ahí su relevancia en una sociedad como la nuestra. Por tales razones, es importante examinar de manera detallada cuán útil, cuán relevante, resultaría para nuestra sociedad la incorporación del derecho del menor a no ser separado o alejado del seno familiar en la legislación peruana, y de ser el caso establecer en el Código de los Niños y Adolescentes; sus límites, sus excepciones, sus efectos, etc.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, en la legislación peruana se halla regulado en el Artículo 4º de la Carta Política, el derecho del niño, niña y adolescente a crecer en el seno de una familia y a desarrollarse dentro de ella, sin embargo existe un vacío en cuanto a la regulación del derecho que tiene todo menor a no ser separado y permanecer con su familia. Por tanto resulta necesaria la incorporación en la legislación peruana el derecho del niño y adolescente a no ser separado de su familia; debido a que existen precedentes vinculantes que lo reconocen; sin embargo estos sólo se limitan al alcance de algunos jueces, y lo que se busca es que todos los jueces lo reconozcan y respeten para determinar el futuro de donde se desarrollaran los niños y adolescentes.

Es necesario que se precise que se debe analizar la regulación civil y constitucional de la familia en el contenido del interés superior del niño en la legislación peruana, debido a que el derecho del menor a no ser separado de la familia, no solamente es un derecho civil, sino que tiene repercusión en el derecho constitucional; ya que es un derecho innato a la persona. Además se deben determinar las políticas estatales en relación a la tutela del derecho

señalado; la familia, está en constante cambio, por cual el estado es el encargado de vigilar es bienestar de cada individuo que conforma la familia, además de brindar medidas de protección en el caso esta se vea vulnerada por alguna circunstancia que pueda suscitar en el itinerario de su desarrollo.

Los temas a tratar en la presente investigación están muy relacionados entre sí, familia, derecho del menor de edad a vivir y desarrollarse en una familia, el derecho no enumerado, tenencia, régimen de visitas, abandono, adopción, patria potestad, alimentos, matrimonio, filiación, etc. Temas que van de la mano para poder dar respuesta a la problemática ¿Resulta necesario incorporar en la legislación peruana el derecho del niño y el adolescente a no ser separado de su familia?

En relación al concepto o definición de lo que es la familia Arguello, afirma que la familia es un conjunto normativo autónomo, lo característico o lo que identifica a una familia romana fue el sometimiento de todos sus miembros a la figura del paterfamilia o del padre quien es la autoridad máxima, es el señor, amo o soberano de ella, quien toma las decisiones más importantes. (Arguello, 1988)

La familia es una institución muy importante de la sociedad se le considera como un elemento natural de ésta. Esta importancia ha hecho que los estudiosos del derecho y los operadores jurídicos reconozcan la autonomía e independencia del derecho de familia, donde sus normas no solo regulan aspectos patrimoniales; sino fundamentalmente aspectos personales y por lo que en esta rama del derecho coexisten normas dispositivas, imperativas y coercitivas (Baqueiro, 1990)

Según lo afirma La Cruz (2002), en un momento de la historia, la familia fue reconocida como una sociedad de naturaleza civil; autónoma en donde el *pater* era su máxima autoridad quien era el proveedor, juez, etc., podía dictar penas que iba desde la expulsión, el castigo físico, el encierro o prisión e incluso podía disponer la muerte de un integrante.

El concepto de familia, señala que, es una estructura social, que se ha mantenido desde los albores de la humanidad; pero que se ha ido modificando en su composición y estructura debido al dinamismo del desarrollo y evolución

de la sociedad, y en ello se basan los nuevos modelos legales. La familia ha evolucionado, no es la misma de hace miles de años atrás y no será igual como la conocemos dentro de cientos de años hacia el futuro (Aguilar,2008).

Es importante identificar la naturaleza jurídica de la familia, así se ha señalado que es una comunidad domestica constituida por un grupo de individuos unidos por lazos de parentesco, conyugales, legales y otras razones como la servidumbre, el prohijamiento, el vasallaje etc. La familia es y se ha considerado siempre, como la cédula de cualquier forma de sociedad, por muy primitiva que pudiese ser, sea cual fuere la forma o criterio que adopte para organizarse, así como el punto de referencia de toda forma de organización en las relaciones humanas (Arguello, 1988).

Placido (2004), señala que la familia además de ser una institución social, repercute en el desarrollo y evolución del ser humano como de la sociedad en su conjunto; por ello se dice que es una institución de derecho; sin embargo, ello no significa que ésta sea posterior al derecho o que la familia sea una creación del derecho, el estado a través de la ley solo la reconoce y la regula.

La familia es más que una institución que se ha configurado desde sus orígenes como el germen y semilla de cualquiera forma de sociedad, así como la comunidad o el núcleo donde el hombre se desarrolla, vive y se realiza en cada una de sus facetas a lo largo de toda su existencia, desde que nace hasta que muere, donde ejerce sus derechos, facultades, su personalidad, y su poder personal y patrimonial. Se dice lo bueno y lo malo de una persona depende mucho de la familia en la que fue criado, en consecuencia, los problemas de una sociedad tienen su origen en la familia (Gomez,1992)

El derecho de familia se define como conjunto de normas que regulan las relaciones familiares forma parte del derecho civil. Por las propias connotaciones del derecho de familia en tanto considera que éste tiene unas particularidades que lo diferencian de las otras disciplinas del derecho civil: En su contenido ético, las reglas que conforman el derecho familiar, que se hallan muy influenciadas por la moral; son más bien reglas éticas que el legislador ha positivizado, por ejemplo: al regular los derechos y obligaciones esenciales entre cónyuges. En esta rama del derecho prima el interés superior de la familia y sus necesidades

por sobre los intereses individuales de las personas que la forman (Baqueiro, 1990).

En el derecho de familia coexisten normas de orden privado y normas de orden público; sin embargo, la mayoría de sus normas tienen carácter imperativo; es decir, deben cumplirse obligatoriamente (normas de orden público); son pocas las normas que permiten a las personas hacer valer la autonomía de la voluntad (normas de orden privado). La protección de los intereses y la satisfacción de las necesidades, que existen en el ámbito familiar, exigen que las normas jurídicas destinadas a su obtención, no queden en manos de la libre voluntad de las personas a quienes se impone o tienen el deber de conseguirlas. Sería un peligro dejar en manos de los privados el respeto de derechos o el cumplimiento de deberes de orden familiar (Plácido, 2004)

En nuestro ordenamiento jurídico, encontrábamos que la familia, su organización y jerarquía estaban inspiradas en los principios y criterios del siglo XIX: una familia patriarcal, de sumisión de la mujer a la autoridad del marido, había distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, y se dificultaba, casi imposibilitaba, la investigación de la paternidad. (Fernández, 1990). Hoy en cambio esa situación ha cambiado la institución familiar ya no se organiza en torno a una figura patriarcal o matriarcal, actualmente ambos padre y madre asumen el rol de dirección de la familia o incluso el hermano mayor, un tío, los abuelos, etc. ante la falta de los padres.

El derecho de familia es una de las disciplinas jurídicas que ha experimentado profundas transformaciones sociales, tal vez debido a que es la familia la primera institución que asimila los cambios o modificaciones que se sufre una sociedad. El efecto de los cambios sociales que experimenta la familia se verifica en la puesta en vigencia de numerosas e importantes normas legislativas, por ejemplo, el caso de las uniones de hecho o concubinato, la adopción, la filiación, las familias ensambladas, el matrimonio entre personas del mismo sexo, etc. (La Cruz, 2002).

A nivel internacional las Constituciones Políticas y las normas convencionales relativas a los derechos humanos entienden y reconocen a la institución familiar no solo como merecedora de protección, sino, que también la

reconoce como un derecho fundamental del ser humano, constituyéndose en un fundamento del Estado democrático, por lo que es exigible al Estado (Peralta, 2002)

Como lo señala Plácido (2004), la Carta fundamental colombiana de 1991, declara como derecho fundamental de los niños niñas y adolescentes, el de poseer una familia y lo más importante reconoce el derecho a no ser apartados o alejados de ella, pues se reconoce la importancia de la familia para el desarrollo del ser humano. Se busca pues proteger a los menores contra el abandono en todas sus formas. Se establece que obligación primordial del Estado, la sociedad y la familia la de brindar asistencia y protección al niño para garantizar su crecimiento integral. (Artículo 44º).

En la ley fundamental de Ecuador también se declara como derecho de los menores de edad el de pertenecer a una familia y al disfrute de la convivencia en familia. Dentro de este contexto se declara como derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos, es decir a conocer a sus padres o parientes ausentes, a menos que sea pernicioso o nocivo para su bienestar (Bustamente, 2002)

En el caso peruano el artículo 4º de la Carta Política, establece que el Estado protege al niño, a la madre y al anciano; promueve el matrimonio y considera a la familia como célula fundamental de la sociedad y del Estado. No existe una norma expresa que reconozca como derecho fundamental de los menores de edad de tener una familia y a que no se le separe de ella; es en algunas sentencias de la Corte Suprema en las que se reconoce este derecho, pero se aclara que se le puede alejar al menor de su familia cuando la permanencia en ellas sea perjudicial para él. Sin embargo, no hay obstáculo para que se reconozca este derecho, pues conforme al Artículo 3º, se pueden reconocer como derechos fundamentales otros que garanticen la dignidad del ser humano, como en este caso a pertenecer a una familia y a no ser alejado de ella. (Bernaes, 1996)

Es importante precisar, en relación al contenido del Derecho a vivir en una familia, que lo importante es que el menor esté rodeado de personas que le prodigan tanto lo material como lo espiritual para su buen desarrollo, y no la conformación de la familia; en este sentido el concepto tradicional de familia

integrada por un padre, una madre e hijos, no es aplicable para hacer efectivo este derecho, de modo que la familia puede estar integrada por un padre e hijos, solo por hermanos, una madre e hijos, abuelos y nietos, por personas casada por personas convivientes, etc. lo importante es que se le brinde al menor lo necesario para su desarrollo (Arguello, 1988)

Por consiguiente, el derecho a que el niño viva en el seno de una familia, no incluye que el legislador a través de la ley reconozca a una determinada familia como a la que deba pertenecer el menor, pues en la realidad social en la que vivimos observamos que existen múltiples formas de composición familiar; ya la familia nuclear (padre, madre e hijos) no es la única, el derecho debe reconocer estas nuevas formas de familia como las familias ensambladas y otras.

El derecho del cual venimos hablando es reconocido en diversas sentencias de nuestro máximo intérprete de la Constitución, quien afirma que el menor tiene derecho a vivir en el seno de una familia, aunque por diversas razones se encuentren separados, y rodeado de personas que le brinden abrigo y protección. También afirma que por razones muy excepcionales el menor puede ser separado de su familia pero esta medida es un último recurso al que se debe recurrir. (La Cruz, 2002)

El derecho debe brindar medidas especiales para proteger al menor frente al abandono; sin embargo la ley no define o conceptúa el abandono, es la doctrina la que afirma que éste es una situación específica concreta en la que se hallan los menores de edad, en la que corre peligro su vida, su salud y en general su bienes y que esta especial situación determina a que el Estado intervenga con su instituciones tutelares. Estas medidas serán excepcionales y de ultima ratio, es decir se debe aplicar solo cuando se han agotado todas las medidas que no impliquen un alejamiento familiar por parte del menor.

Placido (2004), define al abandono como el acto de desamparar a una persona con quien se tiene la obligación de brindarle cuidado y protección, es simplemente el ánimo o deseo del obligado de incumplir con sus obligaciones de protección hacia la persona que se encuentra bajo su custodia; por ejemplo: los padres respecto de sus hijos o tutores respecto de sus tutelados, los hermanos mayores en relación a sus hermanos menores, etc. Esta conducta puede ser

dolosa o imprudente, lo importante es que se coloque al menor en grave peligro la vida o salud del menor.

Cuando el Estado, siguiendo un procedimiento tutelar determina que un menor se encuentra en situación de abandono, exige que el Estado adopte medidas excepcionales, siendo una de ellas y la más extrema el alejamiento del menor del seno familiar y su acogimiento en un centro especializado para menores de edad donde se le brinden los cuidados debidos (Plácido, 2004)

Las causas de abandono podemos resumirlas en: desatender injustificadamente las obligaciones alimentarias y de cuidado con el menor por seis meses continuos o alternos; dejar a los menores en albergues, hospitales u otros similares con la intención de abandonarlos; entregar a los menores a instituciones del Estado o privadas, para que sean dados en adopción; que los menores sean explotados o utilizados en actividades ilícitas o contrarias a las buenas costumbres; que los menores sean entregados con remuneración o sin ella para que realicen labores inadecuadas o excesivas. Es importante mencionar que la pobreza o carencia de recursos económicos es una causal de abandono, pues sería una causal discriminatoria, pues todas las personas en dicha situación no tendrían derecho a tener bajo su custodia a sus hijos.

Varsi (2004) afirma que la Defensoría del Pueblo, considera que si bien la ley declara cuales son las causales de abandono estas deben ser bien interpretadas correctamente para evitar alejar al menor de su familia cuando se pueden adoptar otra medida menos grave y resolver cada caso en concreto a efecto de no trasgredir el derecho fundamental del menor a vivir con su familia.

Ante la existencia de conflictos o problemas en el seno familiar que pongan en serio riesgo los derechos del niño o adolescente, corresponde al Estado adoptar de manera subsidiaria medidas excepcionales de protección, por ser o formar parte de una población vulnerable que exige del estado su protección, conforme a lo establecido en los artículos 1º, 4º y 44º de la Carta Fundamental. (La Cruz, 2002) adviértase que solo esto sucederá en caso de que existan problemas serios no corregibles por otras medidas menos gravosas como el alejamiento familiar.

Las acciones que el Estado debe realizar para proteger a los menores deben incluir servicios especializados, que se orienten a aliviar las carencias económicas, materiales y afectuosas, espirituales, culturales que padecen los niños, niñas y adolescentes, todo ellos con el propósito fundamental cambiar la situación de desprotección y vulnerabilidad en la que se encuentran los menores. Esto exige al Estado una inversión considerable de recursos económicos y humanos que haciendo un análisis de costo beneficio resulta favorable para la inversión de dichos recursos porque nos evitaríamos una serie de problemas en el futuro que son mas costosos para el Estado.

Dentro de las medidas especiales para proteger a los menores que se han declarado en abandono, se debe comprender servicios de ayuda o asesoría a los miembros de la familia, pues está es el soporte y sostén del menor de edad. En este mismo sentido lo dispone el Código de los niños y adolescentes, que establece de modo expreso que la atención al menor se debe ampliar a la madre y a toda su familia y fortalecer de los lazos familiares, todo esto permite que el menor se reinserte a la familia.

Debe tenerse en cuenta además, que el menor de edad no es un objeto de protección, debe considerarse siempre como un sujeto de derecho, es decir poseedor de derechos y deberes de acuerdo a su edad y en esa condición debe ser tutelado al interior de la familia. En otras palabras no debe tratarse al menor como un incapaz, es decir, que no puede hacer o expresar sus habilidades, destrezas o capacidades o que no puede tomar decisiones de acuerdo a su edad, el Estado debe tener en cuenta que son personas capaces de adoptar conductas y comportamientos y solo se les debe guiar para que estos sean los más adecuados para ellos.

Es de reconocer que los padres tienen derechos y obligaciones, dentro de ellas están las de disciplinar y corregir a sus hijos cuando estos no tienen un comportamiento que ellos consideren correcto, pero estas medidas disciplinarias que empleen no deben afectar su salud física o mental ni su dignidad como personas. El declarar al menor en abandono y asumir el Estado su rol protector, no significa afectar la autonomía familiar, ni los derechos que tienen los padres de corrección hacia sus hijos, sino que este rol es asumido debido al

incumplimiento por parte de los padres de los deberes u obligaciones parentales o al abuso o maltratos hacia los menores. En estos casos además, las medidas de protección debe incluir a todos los miembros de la familia que están inmersos en el conflicto intrafamiliar hasta que se logre el restablecimiento de la armonía familiar.

Es importante tener en cuenta que las medidas especiales que se adopten para la protección de los menores que impliquen un alojamiento familiar deben tener en cuenta los principios de intervención mínima, subsidiaridad, proporcionalidad y temporalidad; es decir que mientras existan medidas que no signifiquen el alejamiento de la familia deben emplearse éstas y solo en el caso de que estas no funcionen o que exista un peligro inminente para los derechos de los menores recién se puede emplear la medida mas excepcional que es la separación de la familia (Gil, 2006)

Como lo afirma Baqueiro (1990), hay situaciones de violencia y peligro hacia los derechos de los menores, en las que un retraso en la intervención estatal puede hacer que la afectación a sus derechos se convierta en irreparable por lo que el Estado debe emplear la medida de protección que es la colocación familiar temporal o al internamiento del menor en una institución tutelar pública o privada de manera urgente sin exponer al menor a que concretice el daño a su vida o salud u otro derecho.

El Estado debe preocuparse por ubicar temporalmente al niño, niña o adolescente, en situación de abandono, en ambientes que le brinden la calidez y protección de un hogar, para ello debe contarse con el recurso humano capacitado y con gran sensibilidad humana que hagan sentir al menor que son importantes y queridos. Además estos ambientes deben hacer viable que la familia se reunifique. Si bien esto es muy importante, no debemos olvidar de la temporalidad y la excepcionalidad de la media de alejamiento familiar; pues cuando los miembros de la familia cumplen sus roles como es debido, no hay mejor ambiente que el de una familia para el crecimiento y desarrollo de los menores.

En relación a este tema existen dos modelos de tratamiento: el institucionalizador, que se caracteriza por construir espacios o ambiente físicos

de determinadas especificaciones técnicas, donde se brinde a los menores de edad alimentación, vestido, educación, servicios médicos, deporte y otros en ambientes contruidos para esos fines. Es importante hacer saber que los familiares del menor pueden compartir estos servicios. Este modelo fue muy utilizado en Europa motivo por el cual recibió muchas críticas debido a que esta medida de internamiento debe ser excepcional, además porque en estos centros se observaron situaciones de maltrato hacia los menores que impedían su reintegración familiar. (Fernández,1990)

Ademas del modelo institucionalizador, tenemos el modelo familiar, el que se empezó a emplear desde los años ochenta, como consecuencia de las dificultades que representaba el modelo institucionalizador, en este modelo se busca crear ambientes organizados “sobre la base de la idea de que los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono o desprotección deben ser acogidos en instituciones de tipo familiar y con personas cercanas que se constituyan en su referencia educativa” (Fernández,1990). Para ello es necesario que la población y la capacidad de estos centros sean reducidos que alojen no más de diez residentes.

Este modelo es que se viene empleando en el Perú, y el enfoque que se le da es el de un modelo de rescate para menores que crecen en hogares disfuncionales, para darles una crianza alternativa en un ambiente similar al de una familia, no cerrado, libre. No se indaga en las causas del abandono ni la situación familiar, ya que existen muchos factores sociales que influyen para que la situación se encuentre así, por ejemplo problemas económicos, culturales, la violencia, etc. y ante esa problemática son otros medios con los que se debe hacer frente.

El modelo especializado exigen que el personal que atienda a los niños y adolescentes sea especializado en el tratamiento de menores con este tipo de problemas y además que cumple cierto perfil con la población a atender, ya que se cree que así se logrará el objetivo de proteger de mejor manera a los menores. En este modelo se investiga de los factores que influyen en el abandono y se evalúa el entorno familiar. La familia se constituye en el eje central para el desarrollo de las capacidades de los menores de edad. En esta perspectiva, “el

acogimiento residencial se convierte en una medida temporal de atención que busca una solución definitiva que logre la integración y armonía familiar” (Fernández,1990)

En torno al derecho no ser alejado de la familia, se afirma que este no se encuentra enumerado en el artículo 2 de la Carta Magna o en algún otro artículo; sin embargo el artículo 3° declara que los derechos declarados en el artículo precedente no son los únicos sino de acuerdo al devenir de la sociedad y el desarrollo de estos se pueden reconocer otros, fundamentalmente, los que se desprendan de la dignidad humana. Esta norma, permite el reconocimiento de una gama de derechos de alcance amplio como el derecho objeto de este estudio. (Vicente, 1998).

Bernales afirma que esta norma obliga al Estado a proteger derechos que en un momento determinado no se protegen pero que tienen su fundamento en la dignidad humana, esto significa que la Constitución no es una norma petrea o rígida sino que permite vía interpretación la incorporación de nuevos derechos, bajo el principio de que las normas que reconozcan derechos pueden ser interpretadas extensivamente, mas aún si se tiene en cuenta que el derecho esta expuesto a una serie de transformaciones sociales, pues de ellas se nutre y las regula (Bernales,1996).

Formulación del problema de investigación:

¿En qué medida resulta necesario incorporar en la legislación peruana el derecho del niño y el adolescente a no ser separado de su familia?

Justificamos la presente investigación dado que actualmente se observa que las autoridades encargadas de velar por los derechos de los menores de edad, con mucha facilidad adoptan la medida de alejamiento del menor de su familia e internamiento en centros que no ofrecen las garantías para su buen desarrollo. Son lugares que la experiencia indica no cuentan con la infraestructura adecuada, no cuentan con personal capacitado, no se provee al menor de una alimentación adecuada, no se le brinda el tratamiento que necesita para su reincorporación a su familia.

La autoridad competente no toma en cuenta que la medida de alejamiento del menor del seno familiar es excepcional y último recurso, cuando se advierte que el menor corre un grave peligro si continua viviendo con su familia y es necesario ponerlo a buen recaudo alejándolo de ésta. Pese a que se puede adoptar otras medidas el funcionario adopta la más grave y excepcional, sin advertir que en las actuales circunstancias resulta siendo más perjudicial para el menor.

Esta tesis contribuirá a la solución de un problema jurídico que afecta los derechos fundamentales de un sector de la población que se encuentra en situación de vulnerabilidad, como lo son los niños y adolescentes, mediante el aporte de conocimientos que peritan al legislador o al constituyente la incorporación del derecho del menor a no ser separado de su familia, lo cual constituirá un límite para que el funcionario encargado de decidir sobre el destino de un menor declarado en abandono o en situación irregular no sea separado de su familia sino como última y excepcional alternativa. Pues que si bien es cierto el derecho a tener una familia en nuestra legislación se encuentra regulado; sin embargo se omite reconocer como derecho fundamental el de no ser separado de ella y los efectos que causaría para el niño, niña y adolescente.

Los temas a tratar en la presente tesis están muy relacionados entre sí, derecho de familia, el derecho a vivir con la familia, derecho no enumerado. Temas que van de la mano para poder dar respuesta a la problemática ¿En qué medida resulta necesario incorporar en la legislación peruana el derecho del niño y el adolescente a no ser separado de su familia? Con relación a los temas expuestos.

Justificamos la parte normativa de esta investigación; señalando una serie de normas internacionales relativas a los derechos del niño y adolescente; debido a que nuestra legislación no se encuentra regulado este derecho. Convención de los Derechos del Niño y Adolescente. Artículo 8 .1 Los estados, están obligados a cautelar el desarrollo del niño , niña y adolescente por cuanto todo lo que le resulte favorable, así mismo debe de buscar la solución de los conflictos que susciten en cuanto a las relaciones familiares, tendrá que buscar siempre la el bienestar, la protección y seguridad de ellos. Si el menor de edad,

se ve privado de forma ilegítima de algún elemento importante para su desarrollo, el Estado se encuentra en la obligación de brindar asistencia y protección inmediata, ya que él es el encargado de velar por su desarrollo y bienestar en la sociedad.

En cuanto a la justificación jurisprudencial señalamos el Exp. N.º 01817-2009-PHC/TC : el TC, señala que el derecho del menor a vivir en el seno de una familia y a no ser alejado de ella constituye un derecho humano que se encuentra inmerso dentro de los derechos que buscan proteger la dignidad de la persona humana. A través del reconocimiento de este derecho se protege la vida, la salud, la identidad, al libre desarrollo de la personalidad y otros.

La presente investigación, tiene relevancia en el aspecto social, porque lo que se proyecta es que exista en nuestro ordenamiento jurídico una regulación explícita y tácita del derecho del niño, niña y adolescente a no ser alejado de su entorno familiar en caso de abandono por parte de alguno de los padres. Por tanto que sería un beneficio y una repercusión social, porque favorece a los miembros de cada familia, en especial a los sujetos más frágiles, en consecuencia una vez protegido esto se generaliza, teniendo como resultado se extiende a la protección de la sociedad.

Tiene relevancia humanística, ya que lo que se busca proteger de forma amplia son los derechos humanos y fundamentales de cada persona, inquiriendo mecanismos idóneos para un buen tratamiento de la persona en su ámbito de desarrollo, además de brindar oportunidades a las demás personas que se encuentran dentro del ámbito familiar. Especialmente de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad como lo son los niños y adolescentes que merecen toda la protección por parte de las instituciones estatales y privadas.

En consecuencia la relevancia de éste trabajo repercute conjuntamente con el aspecto social y humanístico; debido a que cada persona forma una familia y esta última engloba la sociedad, motivo por el cual la investigación del presente trabajo, es buscar y analizar la regulación en nuestra legislación peruana, el derecho del menor de edad a no ser alejado de sus padres; si bien es cierto el Estado tiene otras medidas de protección, éste en la práctica no las hace

eficaces, tan sólo se limita a institucionalizar al niño, en las investigaciones tutelares que realiza, además existe jurisprudencia, precedentes vinculantes, lo cual sería útil sólo para un sector sin embargo, lo que se busca en esta investigación es que la forma de aplicación sea mucho más amplia; no sólo se limite a la decisión de un juez, sino que esté al alcance de aquellas instituciones que tienen a cargo el velar por los niños y adolescentes, como es el caso de la DEMUNA u otras instituciones.

Consideramos que la presente investigación, concede aportes al ámbito jurídico con repercusión de tipo social, debido a que dicha regulación tiene un beneficio en la familia, porque trata de velar por el interés superior del niño, niña y adolescente para su mejor desarrollo, fundamentándose en que el estado debe de ampliar las medidas de protección estatales y que estas sean más eficaces, evitando el apartamiento del niño, niña y adolescente del ámbito familiar.

Por lo cual implica que no exista un vacío jurídico, en la constitución, que es la vértebra de un estado de derecho y en los compendios como en el código civil, libro de familia y en el código de los niños y adolescentes. Ya que como se señala el derecho que tiene todo niño, niña y adolescente a no ser alejado de su familia, es pues no un mero derecho sino que es todo lo contrario un derecho fundamental que debe estar regulado en nuestra legislación, no sólo para que no exista un espacio en blanco y esto genere que los jueces no puedan adoptar bien sus decisiones, sino que también repercute en que otras instituciones se ven limitadas a dar soluciones más rápidas y eficaces para el desarrollo del niño y el adolescente. Por ello es de necesaria y vital importancia la regulación de tal derecho, ya que la sociedad la está conformada por cada individuo y estos se desarrollando en una familia, es ahí donde adquieren una formación para exteriorizarlo con los demás individuos, teniendo un rol fundamental los padres en la transmisión de valores, actitudes sobre los hijos. Por regla general los padres deben de vivir con los hijos, siempre y cuando no se vea en peligro el interés superior de cada uno de ellos.

El Objetivo General de este estudio es:

Analizar si resulta necesario incorporar en la legislación peruana el derecho del niño y el adolescente a no ser separado de su familia por causas de abandono.

Se pretende encontrar los fundamentos jurídicos que justifiquen la incorporación del derecho del menor a no ser alejado de su familia tanto en la Constitución como en otras normas relativas a los derechos de los menores de edad. Para ello se analizará la doctrina, la jurisprudencia y las opiniones que den los expertos en la entrevista y la encuesta que se aplicaran con tal fin.

Los objetivos específicos son:

- a. Analizar los supuestos de abandono donde se justifica la institucionalización del menor.
- b. Determinar las políticas estatales respecto a la protección del niño, niña y adolescente en el Estado Peruano.
- c. Determinar el contenido entre derecho enumerado y no enumerado.

II. MÉTODO

2.1. Diseño de investigación.

Nuestro diseño es etnográfico por ello, pues este diseño es ideal en las investigaciones sobre fenómenos sociales y jurídicos. Ya que este diseño busca explicar los factores y causas que inciden en los fenómenos sociales y jurídicos. Es precisamente el fenómeno del abandono de los menores de edad y el alejamiento de estos del entorno familiar el tema a explicar e investigar en esta tesis.

El aplicar el método etnográfico permite tener idea objetiva y realista del grupo social analizado y permite al investigador llegar a conclusiones valederas para comprender a otros grupos u organizaciones más grandes amplias que poseen características iguales o similares. Lo cual se alcanza al comparar o relacionar los diversos estudios particulares de diversos autores.

Es importante mencionar que esta investigación es no experimental o cualitativa, los resultados que se obtuvieron no se desprendieron de análisis y estudios estadísticos numéricos sino de la interpretación hecha por la investigadora del fenómeno social y de la opinión de los expertos y la información bibliográfica hecha al respecto. Los datos numéricos son mera referencia para conocer la tendencia de una opinión u otra.

2.2. Escenario de estudio.

Teniendo en cuenta que la familia, es la base fundamental y primordial de la sociedad, donde los individuos que la integran se desarrollan, adquieren cualidades, en consecuencia la familia es el motor que da impulso a la sociedad. Sin embargo individualizando a la familia, nos quedamos con los sujetos que la conforman, donde hoy en día nos estamos dejando llevar por una corriente muy fuerte que es el individualismo, donde lo que prima el "yo" de cada persona sin importar transgredir los derechos de los demás individuos. En consideración a lo expuesto en el párrafo anterior, además de estar invadidos por la corriente individualista, el ser humano viene atravesando una decadencia de valores, donde se ve reflejado en la realidad de la sociedad, por los constantes falta o delitos que se comenten.

Antiguamente las personas que conformaban la sociedad, teniendo un concepto de formar una familia, hoy en día en día los individuos no piensan en desarrollarse en un grupo de sujetos, sino que se centran en ellos mismos y tratan de desarrollarse como personas supuestamente de una forma normal; sin embargo en este desarrollo muchas veces están el de desarrollándose personalmente, con lo que le denominan hoy en día formar una familia, pero sin no hay comprensión de la noche a la mañana se puede suscitar una separación, sin importar que consecuencias acarrea esa decisión.

En la actualidad los divorcios o separaciones de cuerpos se dan muy a menudo; no teniendo respeto por los derechos fundamentales de la persona, en este caso como lo es el de los hijos, que son vistos como un objeto, trofeo de desarrollo, sin embargo no imaginan o no tienen conciencia de los grandes problemas que le generan tanto al niño o adolescente y en consecuencia se lo generan a la sociedad.

Sin tener en cuenta que el derecho a tener una familia, está regulado en la Constitución, siendo un derecho fundamental e inherente a la persona. Por ello a consecuencia de todos los problemas que suscitan en la sociedad, es de necesaria importancia la regulación como un ámbito de protección al menor a no ser separado de su familia y si existiera una excepción para ello, tendrían los padres que asumir una responsabilidad extra patrimonial, sobre los perjuicios que causen.

2.3. Participantes.

Estado: En un concepto político el Estado, es una organización política, jurídica, social, económica, independiente y con poder de autoridad. Por ello que en la presente investigación el Estado, cumple un rol tuitivo de los derechos fundamentales del ser humano, por el cual es el encargado de crear mecanismos para la protección de los derechos mencionados.

Juez: es el funcionario estatal que tiene autoridad para aplicar la ley y con ello solucionar los conflictos jurídicos que se presentan en una sociedad. Por tanto el juez, es el encargado ejecutar estas medidas de protección que tiene el Estado para la protección de los individuos.

Padres: Son los encargados de velar de una forma directa por el bienestar de sus hijos, tienen derechos y deberes sobre ellos, asumiéndolo una vez que nacen y durante su desarrollo hasta que éstos alcanzan una edad que les permita vivir independientemente. Esta función tutelar de los padres se extiende en algunos casos a personas mayores de edad, pero esto no es materia de estudio en la presente investigación.

Niños y adolescentes: para definirlos emplearemos la Convención sobre los Derechos del Niño, que indica que niño es todo ser humano que tiene menos de dieciocho años de edad, a menos que la ley del estado lo considere mayor de edad antes de los dieciocho años. Se llama adolescente a la persona que tiene una edad entre la niñez y la adultez; es en esta edad en la que se observan los cambios más importantes en la vida del ser humano, ya sea en el factor físico, psíquico, emocional, sexual, etc. Teniendo en cuenta estas definiciones que se dan es necesario señalar que ambas figuras, requieren un medio de protección hasta que alcancen la madurez para poderse desarrollar solos en la sociedad.

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

En este estudio se aplicaron dos técnicas de investigación: la entrevista y la encuesta. La primera permitió conocer los aspectos más relevantes de la situación problemática a través de la opinión de los eruditos en materia de derecho de menores o derecho del niño y adolescente. Como se sabe la entrevista permite intercambiar información entre el investigador y el especialista mediante la elaboración de un conjunto de preguntas elaboradas previamente y algunas que surgen durante la entrevista cuando el entrevistado amplía una respuesta o responde de una manera que abre una nueva perspectiva del tema y es necesario aclarar o precisar ciertos aspectos desconocidos.

Mediante la encuesta se conoció la tendencia de las opiniones brindadas por los especialistas a las preguntas formuladas en un cuestionario con alternativas que facilitan al encuestado su respuesta. La encuesta se aplicó a una muestra de la población previamente elegida. La información obtenida se interpreta aplicando los diversos métodos de interpretación conocidos, como el sociológico, histórico, teleológico, etc. para llegar a conclusiones válidas y confiables.

Elementos del *focus group*; esta debe tener propósito y finalidad, ¿Qué es lo que pretendo conseguir?, en segundo lugar debe determinarse el sector de la población donde va a ser practicada la encuesta, Deben elaborarse cuestionarios que serán entregados al sector de población previamente elegido. El análisis de los cuestionarios. Las estadísticas que se van a elaborar conforme a las respuestas obtenidas. Conclusiones a las que se llegan después del análisis. Posteriormente la relatividad que atañe a la certidumbre de los resultados obtenidos. Un punto importante de las encuestas es que no se deben hacer preguntas tendenciosas.

Fichas bibliográficas. Textuales, de resumen, o comentario. Es el registro de datos del libro de donde se extraería la información. En virtud de esta técnica, se realizan averiguaciones para usar ciertos medios que enriquecen el afán justificado del saber. Es bastante usada para el estudio de hechos sociales, y se funda en la interpretación de casos especiales mediante cuestionarios que se reparten en un sector de población anteladamente elegida, que va a ser la muestra de estudio. Esta técnica debe de ser realizada teniendo en cuenta los objetivos del estudio.

Además se usó la entrevista, técnica de recojo de información; nos señala García Mariano, que el término entrevista, es de origen francés, y proviene de *entrevuere* que alude al encuentro de dos o más intervinientes para tratar asuntos como negocios, tiene por finalidad recoger opiniones o puntos de vista de especialistas, que van a proporcionar información útil para el estudio. Para ello los entrevistados deberán ser personas entendidas y autorizadas en la rama del derecho que investiga. Los aspectos de esta entrevista son que el investigador, se acercara a la persona que va a ser entrevistada para informarle de sus intenciones con la entrevista y solicitarle de marea cortés su cooperación otro de los aspectos es que se debe contar con aceptación del entrevistado de tal manera que una vez obtenida, se fije fecha hora y lugar para llevar a cabo la entrevista.

Un tercer aspecto es que no debe ser improvisada por lo que el investigador, debe llevar consigo un cuestionario y si es posible, deberá hacerlo llegar al entrevistado para que este pueda ir armando sus respuestas. Otro

aspecto es que el entrevistador deberá reproducir fielmente las preguntas que ha formulado, así como también las respuestas que ha obtenido. Otro aspecto son los comentarios que puede hacer el investigador después de tomar nota de las preguntas y respuestas que dio el experto. Otro aspecto es el empleo de la grabadora, para obtener mayor fidelidad en los resultados de la entrevista, pero está siempre se utilizará, si es que el entrevistado lo permite. En caso que esta sea dispuesta para varias personas, deberá realizarse en forma separada. Cada uno de estos pasos son consideraciones a tener en cuenta cuando se vaya a hacer.

Van a haber dos tipos de entrevistas. Si es estructurada, la libertad del entrevistado va a estar más restringida porque se va a ceñir a las preguntas que se le van a hacer sin poder ir más allá de ellas. En la no estructurada, va haber una mayor libertad para el entrevistado, y si bien se sujetara a preguntas, si va a poder introducir temática relacionada con las mismas, lo que no hay que permitir es que el entrevistado se salga totalmente del contexto sobre el cual se le pregunta.

Por lo pronto, es importante destacar que es necesario plantear una pequeña entrevista a por lo menos dos juristas de posiciones encontradas respecto al derecho del menor a no ser alejado de su familia, para poder cumplir con nuestro objetivo específico “d)”, lo que lograremos con la siguiente pregunta ¿Está de acuerdo con que se reconozca el derecho fundamental del menor a no ser alejado de su familia en la legislación peruana? ¿Por qué?; así mismo, las fichas bibliográficas nos ayudarán con nuestros demás objetivo específico “a”).

La observación es bastante usada, en las ciencias sociales. La rama del Derecho es una de ellas, en virtud de la observación vamos a utilizar nuestros sentidos en la búsqueda de datos. Para registrar comportamientos o determinados sucesos pero sin interferir. Sino de manera objetiva. No vamos a valorar. Implica también, una interpretación que se realizará después de la obtención de los datos.

Para la investigación jurídica, la observación que se emplea es de carácter documental o indirecta, en virtud de ella, el investigador, deberá remitirse a los archivos, registros, protocolos que dan cuenta de determinados hechos, por

medio de lo señalado por el autor de esos documentos, de los cuales se podrá realizar un análisis crítico.

2.5. Procedimiento

El procedimiento empleado en este estudio fue la triangulación hermenéutica, que implica un cruce dinámico de la información útil para el objeto de análisis, para esto, en primer lugar, se selecciona la información descartando lo que no sirve y rescatando lo útil, en esta etapa se aplican los criterios de pertinencia, utilidad y conducencia de la información que se elige.

Incorporación: Significa suma o unión de algo determinado en un todo.

Derecho no enumerado: Derecho que existe por estar relacionado a la dignidad del ser humano pero que no está regulado en la legislación.

Visita: Estar, supervisar, compartir, responsabilizarse. Derecho que tienen los padres u otros familiares que no viven con el menor a compartir momentos con él, lo que fortalece la relación familiar.

Familia, conjunto de personas unidas por lazos sanguíneos, legales o de afinidad para cumplir objetivos comunes.

Niño: persona que tiene menos de dieciocho años de edad.

La categorización, se realizó de la siguiente manera:

CATEGORÍA	SUB CATEGORÍA	CONCEPTO
Familia	Derecho a no ser separado de su familia.	Es la prerrogativa que otorga el derecho positivo al menor para permanecer con su familia, cuando surjan situaciones de conflicto entre los padres u otros familiares, este derecho se ejerce, independientemente de la conformación de la familia. De otro lado es la obligación del Estado a proteger al menor evitando que sea alejado de su

		familia; solo en casos muy excepcionales puede separársele, por ejemplo cuando corra peligro su vida. La regla debe ser la permanencia del menor en su hogar y la excepción debe ser la separación familiar.
Investigaciones Tutelares	Abandono	Es la situación en la que se encuentra un menor de edad cuando sus padres o sus responsables incumplen sus obligaciones de asistencia y protección y ponen en peligro la vida y salud del niño y adolescente.
Derecho Fundamental	Derecho no enumerado	Derecho que surge de la condición de dignidad del ser humano pero que no está reconocido en la legislación de un Estado

Fuente: Indira Estrella Ocaña

2.6. Método de análisis de información.

Método dogmático, se emplea con mucha frecuencia en las investigaciones en el mundo del derecho, pues a través de este método se busca indagar sobre principios rectores que guían las normas positivas, además busca conocer la forma correcta de interpretarlas y aplicarlas a los casos concretos. Es muy importante reconocer el valioso aporte de la doctrina y la jurisprudencia que van marcando el derrotero para la formación del derecho y su correcta aplicación.

Se ha empleado asimismo el método sistémico, que permite hacer comparaciones con otras normas jurídicas ya sea que formen parte del mismo sistema o subsistema o que pertenezcan a otros sistemas. A través de ello se logra conocer el significado e interpretación de las normas jurídicas para aplicarlas adecuadamente.

El método etnográfico que nos ayuda a conocer los fenómenos jurídicos y sociales, es el método por excelencia para un estudio de corte jurídico. El abandono y separación de los menores de edad es un fenómeno social y jurídico que no es nuevo que se ha presentado siempre por diversas razones por ejemplo guerras, desastres naturales, migraciones, irresponsabilidad de los padres, etc. Este método permite conocer las causas o factores que lo provocan, así como las consecuencias y las formas de prevenirlas ya que afectan los derechos de personas indefensas.

El método exegético, permite estudiar las normas jurídicas conforme a su estructura y ubicación en los diversos sistemas jurídicos. Permite conocer la estructura de las normas y su ratio legis o la voluntad del legislador al ponerlas en vigencia; así se comprendió que el artículo 3 de la Carta Fundamental busca evitar que derechos que están ligados a la dignidad humana no se les reconozca por no estar enumerados en el artículo 2; el artículo 3 es una norma que permite el reconocimiento de una serie de derechos como el derecho al agua, a tener una familia, etc. que buscan afianzar la condición humana.

2.7. Aspectos éticos.

Durante el estudio se ha respetado las normas éticas, no se ha incurrido en plagio o cualquier otra conducta contra los derechos intelectuales, el problema de investigación es genuino y se ha informado a los participantes para que otorguen el consentimiento.

III. RESULTADOS

3.1. Descripción de resultados

3.1.1. Objetivo Específico 1. Determinar las políticas estatales respecto a la protección del niño, niña y adolescente en el Estado Peruano.

Este objetivo es importante porque permitió ampliar nuestra visión de lo que se entiende como una medida de protección que emplea el Estado para salvaguardar el bienestar del niño, niña y adolescente, llevándolos a un centro para que se desarrollen, tratando de sustentar que esa sería la última medida que debe adoptar, la separación del menor del ámbito familiar, que tal alejamiento sea causa justificada.

Para poder determinar las políticas de estatales, es necesario tener en cuenta lo que Peralta (2004), destaca en cuanto de estas, señalando que el significado de una política de protección, debemos señalar que en el Estado peruano, existen diversidad de políticas en este caso se mencionará sólo aquellas a las que tengan como finalidad la protección del niño, niña y adolescente.

Valorando la finalidad tienen las políticas estatales, en nuestro Estado peruano, existen diversas políticas estatales, sin embargo para la protección del niño, niña y adolescente se le denominan políticas sociales, para brindar apoyo a los menores que requieren protección. Cabe señalar que en el Perú, cuenta con diferentes políticas sociales, una de ellas fue dada en 1996, que se crea el Ministerio de Promoción de la Mujer y el Desarrollo Humano (PROMUDEH), al año siguiente en 1997, se crea la Comisión Interministerial de Asuntos Sociales (CIAS), responsable de la coordinación de las políticas sociales, con la finalidad de cuidar, encaminar, estructurar y establecer las directrices de política y del gasto social, así como supervisar su cumplimiento. Como se puede observar se crea una política tras otra, con la finalidad de supervisar si resulta efectiva la anterior, sin embargo estas políticas resultan necesarias y adecuadas, lo que no es correcto es su aplicación debido a que si bien es cierto, busca proteger a los miembros de la familia, tratando de mantener los lazos familiares y que estos no se extingan, pero al momento de la

práctica resulta contradictorio, debido a que los operadores jurídicos, en este caso en Ministerio de la Mujer, siendo los encargados de plasmarlas en la realidad buscan medidas fáciles, que trascienden inquebrantablemente los derechos fundamentales de las personas que conforman la familia esencialmente de los menores.

Debemos tener en cuenta que además en nuestro Estado y los programas de protección social, existen políticas legislativas, donde la obligación de tutela al niño, niña o adolescente se debe ampliar a la madre y a su familia. Teniendo por finalidad mantener el vínculo familiar, es decir que en niño, niña y adolescente ante una investigación tutelar, no sea apartado de su familia nuclear o extensiva, ya que en última *ratio* está la institucionalización del menor, teniendo en cuenta que esta sólo se dará agotando otras vías que no permitan el desligamiento familiar. Por ello es menester señalar, el artículo 7.2. De la Ley 29174 establece que en políticas sociales de protección al menor, la metodología de atención debe considerar a la familia con el propósito la reinserción en ella. Para que las políticas resulten eficaces al momento de la aplicación de cada una de ella.

Cabe señalar que existe jurisprudencia, en la que se reconoce que el principio del interés superior del niño y adolescente significa que el Estado tiene que velar por el bienestar del niño en todas sus decisiones ya sean estas administrativas, judiciales, legales, etc. siendo este concepto el que refuerza el concepto del interés superior del niño, quien es el Estado quien tiene que velar por su interés y sobreponerlo ante cualquier conflicto (Cas. N° 1805-2000-Lima, El Peruano, 30-01-2001, p. 6810).

El Estado cuenta con políticas de protección como se le denomina, políticas sociales que se evocan a atender a las personas; siendo las políticas más relevantes en la protección el menor; el Ministerio de Promoción de la Mujer y el Desarrollo Humano (PROMUDEH), Comisión Interministerial de Asuntos Sociales (CIAS), el artículo VI del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el artículo 252º del mismo cuerpo legal el artículo 7.2. De la Ley 29174, siendo la misma finalidad de proteger y velar por la protección del menor, estas políticas al momento de la práctica resultan insipientes, debido a que sólo

se basan en ver al menor como un objeto del derecho mas no como lo que el derecho actual le atribuido; es decir un sujeto de derecho, los cuales merecen ser protegidos de modo especial y que hoy con la sola adopción de una medida que no sea la correcta, en este caso la separación tendría consecuencia en vulnerar sus derechos fundamentales, como lo es la vida y la integridad corporal, etc.

3.1.2. Objetivo específico 2. Analizar los supuestos de abandono donde se justifique la institucionalización.

Este objetivo es de sumo relevante, ya que el estudio nos permitió ampliar nuestra visión de lo que se entiende como una medida de protección que emplea el estado para salvaguardar el bienestar del niño y adolescente, llevándolo a un centro para que se desarrolle, es decir que se interna al menor para estar al cuidado de personas que el Estado designa, para salvaguardar su integridad, tratando de sustentar que esa sería la última medida que se debe adoptar, la separación del niño y adolescente del ámbito familiar, que tal alejamiento sea causa justificada.

Ante lo expuesto en el párrafo anterior, el abandono no es definido en la ley, pero se afirma que es la situación de vulnerabilidad del menor como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de sus padres o responsables. La ley se limita a establecer las cuales que propiciarían el abandono y dieran lugar a que los operadores jurídicos se justifiquen en la institucionalización, tal como lo señala, el artículo 248º del C.N. y A. fija ciertas causales que autorizan al órgano jurisdiccional a declarar en abandono a determinados niño o adolescentes. Siempre y cuando se presenten las siguientes situaciones excluyentes:

Sea expósito. En este inciso hace referencia a que el recién nacido sea confiado a una beneficencia o sea dejado al cuidado de una institución cuando no tenga a las personas que por obligación legal deben brindarle el cuidado personal, educación y seguridad. Lo que busca el Estado es que el menor al momento de la crianza tengan un ambiente idóneo donde poderse desarrollar, sólo si en caso incumplan las obligaciones o carecieran de las cualidades personales, éticas, morales o psicológicas necesarias para formar adecuadamente al menor.

Sean maltratados por quienes deben protegerlos. Las personas que están a cargo de la custodia de los menores tienen que velar por el bienestar del niño, niñas y adolescente si esta muestra algún riesgo en cuanto su integridad es justificable que sea separado, por correr peligro su vida e integridad.

Sea dado por sus progenitores a un establecimiento social. A esto se le denomina la “institucionalización” es decir que por voluntad de los padres, los menores permanezca al cuidado de personas que el Estado ha designado que se encuentran a cargo de alguna institución.

Sea abandonado en instituciones sanitarias, hospitalarias u otras similares. En este caso cuando los menores sean abandonados en algún centro de salud u otras lugares públicos, so pretexto de que se encuentren enfermos o para que se les brinde cuidados médicos que no necesitan pero que simulan para desatender sus obligaciones parentales para con los menores de edad .

Que el menor haya sido entregado por sus progenitores a instituciones estatales o privadas para ser dado en adopción. En este supuesto los padres por voluntad propia son los que entregan al menor, para que otras personas, siguiendo los trámites legales, se han dados en adopción y a partir de ahí se hagan responsables del cuidado de la persona y bienes del menor de edad.

También es causal de separación de los padres el hecho de que el menor sea explotado o utilizado en actividades ilegales o contrarias a la moral y buenas costumbres por quienes deben cuidarlo. Lo que busca el Estado a través de este inciso, es velar por la integridad del niño y adolescente y tratar de que se desarrolle de acuerdo a la etapa que se encuentra sin alterarla.

Otra causal es que el menor sea dado a terceros, para que realice trabajos excesivos o inadecuados para su su edad. A este caso le denominados “comercialización de menores o trata de personas”; es decir que el menor es cambiado por dinero, con la finalidad de ser entregado a otras personas para ejercer trabajos de adultos o permanecer en una familia que no pueden concebir hijos.

Es causal de separación del menor del seno de su familia el hecho de que éste se encuentre en total desamparo, por la ausencia de padres, familiares o cualquier otra persona o personas que se hagan responsable de él y velen por su persona, educación, salud y por todo lo que necesite para su bienestar.

Teniendo en cuenta que se ha analizado las causales donde un niño puede ser declarado en abandono y los operadores jurídicos podrán tener fundamento para emplear la “institucionalización” en el análisis de cada supuesto de abandono no hay justificación alguna para que se separe al menor del ambiente familia, ya que internarlo en un centro de atención referencial, es la decisión de última ratio, con la finalidad de no privar a los niños de sus padres o familia, de lo contrario resultaría una vulneración a los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente tal como lo señala la Defensoría del Pueblo, alude que puede declararse el abandono y la separación del menor de su familia, si interpretando adecuadamente las normas se observe que el menor sufrirá alguna consecuencia negativa para su formación o por correr algún peligro. Cabe señalar que las política de protección a través de las normas vigentes resultan adecuadas, lo que no es adecuado es la interpretación y a aplicación de ellas, debido a que los operadores jurídicos en este caso el Ministerio de la Mujer, no se rige por la escala de decisiones que debe adoptar, de la cual primero es trabajar con la familia nuclear, al no existir esta se trata de brindar ayuda al menor y a su familia extendida, con la finalidad de mantener el vínculo familiar, siendo de última ratio la institucionalización del menor, sin embargo hoy en día resulta ver elevada las cifras de menores que se han internado en los Centros de Atención Residencial (CAR), hasta por causales que no están previstas en la ley, los menores son alejados de su familia, como es el último caso que se dio en el Lima, que un menor fue separado de su madre, porque esta era pobre, donde el niño al ser internado en un CAR, sufrió maltrato físico y psicológico, por lo cual adoptó la medida de escapar.

Por ello resulta necesario, aclarar que el Estado cuenta con las políticas de protección lo que resulta ineficaz es su aplicación, ya que como lo se señala en la jurisprudencia Cas. N° 1805-2000-Lima, El Peruano, 30-01-2001, p. 6810; en la que se refuerza el concepto, fundamento e importancia del interés superior del niño, es el Estado quien tiene que velar por su interés y sobreponerlo ante

cualquier conflicto. Considerando que el Estado resulta responsable, frente a las vulneraciones que suscitan ante una investigación tutelar, teniendo que resarcir los daños causados de manera inmediata al prever un nuevo derecho que debe ser incorporado en el artículo 4 de la Carta Fundamental, que es el derecho del niño y adolescente a no ser alejado de su familia, incluyendo nuevas políticas de protección para este nuevo derecho.

3.1.3. Objetivo específico 3: Determinar el contenido entre Derecho enumerado y no enumerado.

El objetivo de determinar el contenido entre derecho enumerado; ello no calza con las ideas, por lo que es necesario indique que el derecho enumerado es aquel que se encuentra regulado es decir un derecho que se encuentra regulado de manera expresa en la constitución o alguna de las ley; sin embargo hay derecho que se van generando a medida que el hombre se va a desarrollando. En tanto los derechos no enumerados, son aquellos que están explícitamente en la sociedad y que necesitan ser regulados, debido a que nuestra sociedad tiene un sistema continentalista, es decir, que todo derecho tienen que estar plasmado en la constitución en alguna norma.

Por cuanto Bernal Ballesteros, señala que “Los derechos no enumerados, tiene un doble contenido, la de los derechos o facultades que no tienen regulación a través de una norma jurídica, y la de muchos contenidos que otorgan desarrollo a derechos no enumerados, y que van añadiéndose a los contenidos que ya son tradicionalmente conocidos”. Por ello cabe señalar que los derechos no enunciados, deben ser incorporados en la legislación, con la fundamentación de que exista una necesidad de un grupo de la colectividad, en este caso de los niños, niñas y adolescentes, Tal como lo señala el Ministerio de la Mujer “La cifra de los menores institucionalizados se ha incrementado a un 79%”, es decir que las políticas que el Estado tiene frente a la protección de los menores, no resultan eficaces más aún en una investigación tutelar, donde los menores terminar en un Centro de Atención Residencial (CAR), que de vez de ayudar a su desarrollo, los menores ven vulnerados sus derechos constitucionales como el derecho a tener una familia, derecho a la libertad,

derecho a la expresión.

Por ello es fundamental señalar que el derecho enumerado es aquel que se encuentra plasmado en la legislación, sin embargo cabe señalar que el derecho no es estático, sino que este cambia a medida que el hombre se va desarrollando, debido a que la persona está en constante desarrollo y el derecho se debe adecuar a las necesidades del hombre, por ello, es fundamental señalar que existan nuevos derechos a los que se denominan, derecho no enumerado o no enunciado, los cuales no están plasmados en la legislación, sin embargo son de necesidad humana y se presentan constantemente en casos de la realidad, tal como lo señala en la jurisprudencia del Exp. N.º 01817-2009-PHC/TC : Hábeas Corpus a favor de J.A.R.R.A. Y V.R.R.A. Que considera que el derecho del menor de edad crecer en el seno de una familia y a no ser alejado de ella es un derecho humano que se encuentra inmerso que en el principio-derecho de dignidad humana. Ello debido a que el menor requiere para su desarrollo y bienestar del cariño de sus familiares, fundamentalmente de sus padres, por lo que si se le impide de este derecho debe ser por razones muy importantes y que solo sea para proteger su vida o salud.

3.2. Fundamentación de la formulación del problema.

En la presente investigación se formuló la siguiente interrogante ¿Resultaría necesaria la incorporación en la legislación peruana el derecho del niño y adolescente a no ser separado de su familia? Sí, resultaría ser incorporado de manera extensiva en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, para que de esta manera pueda adoptar las políticas necesarias y eficaces que salvaguarden el interés superior del niño.

Considerando que existe un vacío en el artículo 4 de la Carta Política del Perú, donde señala el “El derecho a vivir en una familia...” donde debe ser incluido el derecho, el derecho del niño y adolescente a no ser alejado de su familia, ya que en nuestra legislación aún no está contemplado, sin embargo existen precedentes vinculantes, que tan sólo se limitan al poder de los jueces restringiendo la actuación de otros operadores jurídicos.

Donde el Estado, prevé políticas de protección al menor, sin embargo estas no se efectivizan en la realidad; ya que los operadores jurídicos que tienen a cargo la investigación tutelar, es decir el Ministerio de la Mujer, sólo institucionalizan al menor separándolo del vínculo familiar (nuclear y extensiva) para ponerlo aparentemente a buen recaudo de un grupo de personas designadas por Estado de sus cuidado, sin percatarse de que se le están vulnerando los derechos fundamentales como el derecho a tener una familia, el derecho a la libertad, el derecho a la expresión. Por ello se debe tener en cuenta que existiendo precedentes vinculantes del derecho a no ser alejado de su familia, se debe señalar que es necesaria su regulación; debido a que si bien es cierto existe el derecho a tener una familia, para lo cual hay políticas de protección, sin embargo se debe incorporar en el artículo 4 de nuestra Carta Fundamental, el derecho a no ser separado de la familia, para que el Estado, prevea políticas especiales para este derecho.

Además cabe señalar que las política de protección a través de las normas vigentes resultan adecuadas, lo que no es adecuado es la interpretación y a aplicación de ellas, debido a que los operadores jurídicos en este caso el Ministerio de la Mujer, no se rige por la escala de decisiones que debe adoptar, de la cual primero es trabajar con la familia nuclear, al no existir esta se trata de brindar ayuda al menor y a su familia extendida, con la finalidad de mantener el vínculo familiar, siendo de última ratio la institucionalización del menor, sin embargo hoy en día resulta ver elevada las cifras de niños y adolescentes que se encuentran internados en los Centros de Atención Residencial (CAR), hasta por causales que no están previstas en la ley, los menores son alejados de su familia, como es el último caso que se dio en el Lima, que un menor fue separado de su madre, porque esta era pobre, donde el niño al ser internado en un CAR, sufrió maltrato físico y psicológico, por lo cual adoptó la medida de escapar.

Por ello es el fundamental señalar que el derecho enumerado es aquel que se encuentra plasmado en la legislación, sin embargo cabe señalar que el derecho no es estático, sino que este cambia a medida que el hombre se va a desarrollando, debido a que la persona está en constante desarrollo y el derecho se debe adecuar a las necesidades del hombre, por ello, es fundamental señalar que existan nuevos derechos a los que se denominan, derecho no enumerado o

no enunciado, los cuales no están plasmados en la legislación, sin embargo son de necesidad humana y se presentan constantemente en casos de la realidad, tal como lo señala en la jurisprudencia. Que considera que el derecho del menor de edad crecer en el seno de una familia y a no ser alejado de ella es un derecho humano que se encuentra inmerso que en el principio-derecho de dignidad humana. Ello debido a que el menor requiere para su desarrollo y bienestar del cariño de sus familiares, fundamentalmente de sus padres, por lo que si se le impide de este derecho debe ser por razones muy importantes y que solo sea para proteger su vida o salud.

3.3. Teorización de Unidades temáticas.

Familia. Arguello, desde un punto de vista social, alude que la familia es una pequeña comunidad conformada seres humanos unidos entre sí por lazos matrimoniales y/o parentesco, legales y otras circunstancias, una relación de vasallaje o de servidumbre. La familia es y se ha considerado siempre, como la cédula de cualquier forma de sociedad, por muy primitiva que pudiese ser, en cualquiera de sus manifestaciones, sea cual fuere la forma o criterio que adopte para organizarse así como el punto de referencia de toda forma de organización en las relaciones humanas.

Mientras que Plácido Vilcachagua, señala que la naturaleza de la familia además de ser una institución social, repercute en el desarrollo y evolución del ser humano como de la sociedad en su conjunto; por ello se dice que es una institución de derecho; sin embargo, ello no significa que ésta sea posterior al derecho o que la familia sea una creación del derecho, el estado a través de la ley solo la reconoce y la regula.

Además Gómez Piedrahita, alude “La familia es más que una institución que se ha configurado desde sus orígenes como el germen y semilla de cualquiera forma de sociedad, así como la comunidad o el núcleo donde el hombre se desarrolla, vive y se realiza en cada una de sus facetas a lo largo de toda su existencia, desde que nace hasta que muere, donde ejerce sus derechos, facultades, su personalidad, y su poder personal y patrimonial”. Se reconoce pues la importancia de la familia para el desarrollo del ser humano y la necesidad

de que incorporen nuevos derechos pese a no estar expresamente regulados en la normatividad legal o constitucional

Para definir la naturaleza de la familia, el autor Gómez Piedrahita, hace un análisis más resaltante de la familia; ya que señala que la familia es más que una institución, trata de especificar el género y la especie en este caso genero sería la sociedad y la especie cada grupo de familia que la integra, además señala todo el itinerario que realiza el individuo y hace referencia de los derechos patrimoniales y extra patrimoniales.

A nuestro parecer la naturaleza de la familia, suscita desde nuestros primeros padres, es ahí donde ha ido surgiendo distintos grupos de familia, desarrollándose según las reglas que imponía el *pater* familia, como antiguamente se llamaba, es cierto que los individuos han ido evolucionando por lo tanto la naturaleza original de la familia, se ha ido desnaturalizando, debido a que la persona humana se encuentra en constante cambio y hemos ido perdiendo algunos rasgos esenciales de la familia.

En la definición de derecho de familia, Plácido Vilcachagua, realiza una enunciación más clara del derecho de familia, donde establece; como aquel conjunto sistematizado de disposiciones legales que regulan los vínculos que existen entre los integrantes del grupo familiar, por su especial naturaleza es una disciplina jurídica que se encuentra en constante cambio y por ende a modificaciones frecuentes. Por las propias connotaciones del derecho de familia en tanto considera que éste tiene unas particularidades muy especiales que lo diferencian de las otras disciplinas que forman parte del derecho privado.

Para el autor Fernández Sesarego, los conflictos por la tenencia de un menor se suscitan por el aumento de las separaciones de los cónyuges y de la paternidad extramatrimonial. En relación a la separación del menor de su seno familiar se da por abandono de éste, maltrato infantil, el trato abusivo, el incumplimiento de las obligaciones paternas, la desaparición física de uno de los padres o de ambos, etc.

Señala Peralta Andía, que mientras los padres viven juntos no hay problemas en relación a la patria potestad; sin embargo, cuando los padres se

separan, muchas ex parejas no se ponen de acuerdo para ejercer la patria potestad, ello debido a una serie de problemas de orden social, cultural, económicos, personales y de otra índole; que hacen muy difícil que lleguen a acuerdos que en, primer lugar, velen por el bienestar de los menores de edad dejando de lado los intereses de los mayores de edad.

El autor Peralta Andía, da la definición clara y precisa, ya que señala el precedente de la tenencia, la cual vendría a ser la patria potestad, donde precisa que esta se da cuando los padres están al cuidado directo de los hijos, sin embargo esta se pierde una vez que se da la separación o deje de existir convivencia entre los padres e hijos. Señalando además los derechos y obligaciones que trae la figura de la tenencia.

En cuanto a la tenencia, podemos señalar, que es la excepción del derecho del niño y el adolescente a vivir en una familia, sin embargo hoy en día existe una serie de deficiencias, ya que lo que lo mas importante es tutelar el interés superior del niño, niña y adolescente en la sociedad, pero es todo lo contrario; ya que los progenitores muchas veces no toman conciencia de los derechos que le estarían vulnerando a sus hijos, y se ponen en estado revanchista de querer ganar la tenencia, muchas veces considerando a los hijos como objetos o trofeos de venganza para el otro cónyuge que pierda la tenencia.

En relación al derecho de visitas, Bustamente Oyague, señala el derecho de visitas proviene del derecho de los miembros de la familia, hijos y padres a comunicarse y mantenerse en relación constante lo cual contribuye a una buena y saludable crianza y desarrollo de los menores de edad.

En cuanto al régimen de visitas, Varsi Rospligiosi, lo define como el derecho a mantener contacto y comunicación entre los progenitores y sus hijos, lo que favorece el equilibrado desarrollo emocional, físico, psíquico del menor y desde el punto de vista jurídico, implica asumir una serie de deberes y facultades como la de supervisar, responsabilizarse, compartir, a tener una adecuada comunicación entre progenitores e hijos cuando estos no viven juntos.

Gil Dominguez señala que el régimen de visitas, se regula como consecuencia de que los padres no viven juntos y se debe establecer un

mecanismo para que padres e hijos se mantengan en contacto ya que ello ayuda al desarrollo integral del menor, se asegura la solidaridad en la familia. Este régimen debe establecerse de tal modo que se logre el objetivo de fortalecer los vínculos familiares, pues se entiende que es fundamental que del menor crezca en el seno de una familia, la misma que no necesariamente debe ser la familia nuclear, sino cualquier forma de familia.

La noción o concepto del derecho de visitas, como lo señala el autor Varsi Rospligosi, es un derecho y un deber que a tener una comunicación entre padre e hijo, ya que estos no se encuentran conviviendo, por el cual es indispensable el contacto porque permite que el niño tenga una directriz paterna o materna y el padre o madre tenga pendiente sus deberes como tal.

Si bien es cierto el derecho de visitas, es el contacto que tienen los padres con los hijos, sin embargo no sólo se puede dar entre ellos, sino entre familiares o personas que de alguna u otra forma se encuentran vinculadas al menor y lo requieran. El derecho de visitas además tiene por finalidad no perder contacto con los padres y familiares más directos, trata de mantener ese vínculo de unión.

Bernales Ballesteros, señala que “Los derechos no enumerados, tiene un doble contenido, la de los derechos o facultades que no tienen regulación a través de una norma jurídica, y la de muchos contenidos que otorgan desarrollo a derechos no enumerados, y que van añadiéndose a los contenidos que ya son tradicionalmente conocidos”. Por ello cabe señalar que los derechos no enunciados, deben ser incorporados en la legislación, con la fundamentación de que exista una necesidad de un grupo de la colectividad, en este caso de los niños, niñas y adolescentes, Tal como lo señala el Ministerio de la Mujer “La cifra de los menores institucionalizados se ha incrementado a un 79%”, es decir que las políticas que el Estado tiene frente a la protección de los menores, no resultan eficaces más aún en una investigación tutelar, donde los menores terminan en un Centro de Atención Residencial (CAR), que de vez de ayudar a su desarrollo, los menores ven vulnerados sus derechos constitucionales como el derecho a tener una familia, derecho a la libertad, derecho a la expresión.

Para Anacleto Guerrero, la fórmula de derechos no enumerados o no señalados expresamente, es una fórmula que reconoce la posibilidad de

comprender como derechos fundamentales a una serie de prerrogativas o facultades que van surgiendo como consecuencia de la evolución social, pero que no se encuentran enumerados o señalados expresamente por la Carta Fundamental.

En cuanto Ruiz Eldrege, precisa que los derechos no enumerados, es clausula abierta o números apertus, una negación de que los derechos mencionados en la Carta Política sean los únicos, sino que también puede reconocerse como derechos fundamentales a otros que, partiendo del reconocimiento de la dignidad humana, pueden ser incorporados en la legislación.

El autor Anacleto Guerrero, realiza una definición sobre los derechos no enumerados, señalando que son aquellos que no se encuentran en la constitución, sin embargo tienen la posibilidad de formar parte; ya que merecen tal reconocimiento por formar parte de la persona.

Existen derechos fundamentales de los cuales aún no están regulados, debido a que nacen a medida que el individuo se va desarrollando; por lo cual resulta necesaria su incorporación a la Carta Magna, no significa por ello que todos los derechos que aparecen se deben incorporar, sino que se tiene que realizar un análisis exhaustivo para determinar si cumple con las características de ser un derecho fundamental o resulta de necesidad no sólo para un individuo, sino para toda la sociedad. Sabido es que el derecho como obra humana está supeditada a los cambios y transformaciones sociales y las relaciones familiares han experimentado grandes cambios que merecen ser tomados en cuenta para la regulación de estas relaciones.

Hace muchos años atrás no era posible hablar de familias ensambladas, de padres e hijos afines, de familias compuestas por un solo progenitor, de matrimonio entre personas del mismo sexo, de las uniones civiles; etc. hoy esto es una realidad y por ello hay que regularlas, no es posible que se intente tapar el sol con un dedo. Lo importante es que el menor necesita vivir en una familia y al margen de la conformación de esta, debe proveérsele de una, porque ello contribuirá a su desarrollo como persona.

IV. DISCUSIÓN

El problema de investigación fue formulado en los siguientes términos: ¿Resultaría necesario la incorporación en la legislación peruana del derecho del niño y el adolescente a no ser separado de su familia? La respuesta a la que se arriba luego de culminar la investigación es que Sí, resulta necesario que el artículo 4 de la Carta Política del Perú se extienda al señalar el derecho del menor a no ser separado de su familia, debido a que después de hacer una minuciosa investigación, se ha podido observar en la sociedad que sí resulta necesario la incorporación en la regulación peruana el derecho del niño y adolescente a no ser alejado de su familia, debido, debido a que en la realidad existen precedentes vinculantes, además al no estar tipificado este derecho se vulneran los derechos constitucionales de los menores.

Encontrándose así que ante una investigación tutelar, se inicia en el Ministerio de la Mujer, siendo este el que recauda las pruebas para luego presentarlas al poder judicial, mientras tanto lo que dura las investigaciones el menor es alejado de la familia nuclear o extendida, no permitiendo disfrutar de ella, como consecuencia vulnerando sus derechos fundamentales, que la Constitución Política del Perú le otorga, tal como lo señala el artículo 4º “El derecho a tener una familia y el disfrute de la misma”, resultando contradictorio que es el mismo Estado quien prevé políticas de protección para salvaguardar la integridad del menor, al tratar de cumplir con velar por el interés superior del niño y adolescente al momento de poner en práctica estas medidas adoptadas por el Estado, resulten opuestas a los derecho que respaldan al menor, debido a que en una investigación tutelar, los operadores jurídicos tienen como última ratio la institucionalización del menor, sin embargo es la primera que aplican, generando vulneración a los derechos fundamentales como el derecho a tener una familia, porque se ven privada de ella; el derecho a la libertad, debido a que se encuentran “encerrados” en un lugar con restricciones, como si hubiesen cometido algún delito y como castigo se ha producido la separación de su vínculo familiar; el derecho a la expresión, porque no toman en cuenta la voluntad del menor de poder decidir en qué lugar se sentirían mejor; entre otros derechos.

Tal como lo fundamenta Peralta Andía resulta fundamental que tanto las Cartas fundamentales de los Estados como las normas convencionales entre estados u organismos internacionales relativas a la protección o tutela de los derechos humanos incorporen y reconozcan a la familia no sólo como una institución básica y fundamental de la sociedad que debe protegerse, sino, que se le reconozca como derecho humano fundamental, como un elemento básico y fundamental de un Estado Democrático y Social de Derecho y, en consecuencia, como un derecho exigible tanto al Estado, a los organismos internacionales como a los particulares”. Por ello es de suma importancia que el Estado para esclarecer y delimitar las actuaciones de los operadores jurídicos, tenga en consideración regular el derecho del niño y el adolescente a no ser alejado de su familia , para que no caiga en la contradicción al momento de aplicar sus políticas sociales que tienen por finalidad la protección del menor, además una vez incorporado este derecho el Estado debe prever políticas para este.

Debe tenerse en cuenta además, que el menor de edad no es un objeto de protección, debe considerarse siempre como un sujeto de derecho, es decir poseedor de derechos y deberes de acuerdo a su edad y en esa condición debe ser tutelado al interior de la familia. En otras palabras no debe tratarse al menor como un incapaz, es decir, que no puede hacer o expresar sus habilidades, destrezas o capacidades o que no puede tomar decisiones de acuerdo a su edad, el Estado debe tener en cuenta que son personas capaces de adoptar conductas y comportamientos y solo se les debe guiar para que estos sean los más adecuados para ellos.

Es de reconocer que los padres tienen derechos y obligaciones, dentro de ellas están las de disciplinar y corregir a sus hijos cuando estos no tienen un comportamiento que ellos consideren correcto, pero estas medidas disciplinarias que empleen no deben afectar su salud física o mental ni su dignidad como personas. El declarar al menor en abandono y asumir el Estado su rol protector, no significa afectar la autonomía familiar, ni los derechos que tienen los padres de corrección hacia sus hijos, sino que este rol es asumido debido al incumplimiento por parte de los padres de los deberes u obligaciones parentales o al abuso o maltratos hacia los menores. En estos casos además, las medidas

de protección debe incluir a todos los miembros de la familia que están inmersos en el conflicto intrafamiliar hasta que se logre el restablecimiento de la armonía familiar.

En conclusión si es necesario que se incorpore en la normatividad peruana el derecho del menor a no ser alejado del seno de su familia, ello partiendo del reconocimiento de la importancia que tiene la familia para el desarrollo del ser humano. Los grandes problemas sociales tienen su origen, en la mayoría de casos, en las familias disfuncionales, en las que los hijos crecen separados de sus padres u otras personas encargadas de su protección.

Por otro lado en la legislación extranjera como en la jurisprudencia nacional y extranjera ya se reconoce este derecho y los resultados son alentadores ya se viene protegiendo de mejor manera los derechos de los menores de edad. Los jueces ya no toman como primera medida la separación del menor de su familia ello debido a que existe el mandato legal que le obliga a adoptar la medida de alejamiento como última alternativa por ser mas perjudicial para el menor.

V. CONCLUSIONES

1. Resulta necesario incorporar al Derecho a la Familia, el componente "a no ser separado de ella", pues de lo investigado se advierte la desnaturalización que se presenta en las investigaciones tutelares en las que se institucionaliza al menor, sin considerar la posibilidad de que ante la ausencia o abandono de sus padres, pueda la familia extensa asumir su cuidado y atención, evitando así desarraigarlo de su entorno.
2. Si bien las políticas estatales respecto a la protección del niño, niña y adolescente establecidas por el Estado Peruano cumplen formalmente con los estándares establecidos internacionalmente y son concordantes con la Convención de los Derechos del Niño, lamentablemente éstas no hay significado un real avance en su ejecución, con lo cual actualmente no se garantiza la plena satisfacción de los Derechos de esta población vulnerable.
3. Analizados los supuestos de abandono del Código de niños y adolescentes se tiene que estos en general responden a situaciones de abandono material o moral de los padres; sin embargo, pese a que la institucionalización debería ser la última ratio, en la práctica se prefiere apartar al menor del entorno desfavorable, cuando lo correcto es establecer políticas que permitan que ese entorno se convierta en un lugar seguro y armónico para el menor.
4. Considerando que somos herederos de un sistema continental, se necesita plasmar constitucionalmente el derecho en su total dimensión, a efectos de que los operadores que intervienen en esta problemática, orienten sus acciones y agoten sus esfuerzos en buscar la reinserción familiar del menor sea en la familia extensa, o incluso a través de la colocación familiar y adopción, evitando el desarraigo y la afectación de sus derechos.

VI. RECOMENDACIONES

1. El Estado debe sancionar civilmente a los operadores jurídicos (juez de familia, fiscal de familia, los representantes del Ministerio de la Mujer), que tomen la decisión en primer instante de institucionalizar al menor, cuando esta figura se debe de dar como última ratio. Debido a que se genera vulneración a los derechos fundamentales del menor.
2. Debe ser incorporado el derecho del niño y el adolescente a no ser separado de su familia, en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú, que señala: “El Estado prevé políticas estatales, para salvaguardar el bienestar y mantener unida la familia...”, Tal derecho debe de ser ampliado, aludiendo además que “el niño, niña y adolescente no debe de ser separado de su familia”, para que el Estado adopte políticas especiales y en la práctica resulten eficaces. Debido a las políticas que cuenta resultan ineficaces al momento de aplicarlas, como lo es los CAR.
3. Ante los supuestos de abandono, algunos operadores jurídicos, señalan supuestos en los que no están estipulados en el ordenamiento jurídico como lo es la pobreza, ya que por este motivo también terminan institucionalizando al menor.
4. Para que los operadores les resulten accesible poder tomar una decisión respecto del destino del menor, se requiere que los derechos se encuentren regulados en el ordenamiento jurídico, fundamentándose en la necesidad de las personas que conforman la sociedad.

REFERENCIAS

1. AGUILAR LLANOS Benjamín. (2008).- La familia en el código civil peruano. Lima: Ediciones legales.170p.
2. ANACLETO GUERRERO Víctor. (1997).- los derechos humanos y su protección. Lima: editorial y distribución SA.350p.
3. ARGUELLO LUIS Rodolfo. (1998).- Manual del derecho Romano. Buenos Aires: Astetra. 177p.
4. BAQUEIRO ROJA Edgar. (1999).- derecho de familia y sucesiones. México: Harla
5. BASADRE AYULO Jorge. (1996).- La historia de Codificaciones en el Perú .Lima: Cultura Cusco.
6. BERNALES BALLESTEROS Enrique. (1993).- La Constitución de 1993.Lima: ICS Editores
7. BUSTAMANTE OYAGUE Emilia. (2002).- Tenencia y Patria Potestad.Trujillo: Normas Legales.
8. FERNANDEZ SESAREGO Carlos. (1990).- Nuevas Tendencias del Derecho de Personas Lima Universidad de Lima
9. GALLEGOS CANALES Yolanda. (2008).- Manual de derecho de familia, doctrina, jurisprudencia y práctica. Lima: Jurista
10. GIL DOMINGUEZ Andrés. (2006).- Derecho Constitucional de Familia. Buenos Aires: Ediar
11. GOMEZ PIEDRAHITA Hernán. (1992).- Derecho de Familia. Bogotá: Temis
12. LA CRUZ BERDEJO José. (2002).- Elementos del Derecho Civil. Madrid: Dykinson
13. PERALTA ANDÍA Javier. (2002).- Derecho de familia en el código civil. Lima: Idemsa
14. PLÁCIDO VILCACHAGUA Alex. (2004).- Derecho de Familia. Lima: Jurista Editores.
15. RUIZ ELDREGE Alberto. (1996).- La Constitución y la Vida. Lima: Moreno
16. VARSÍ ROSPLIGLOSI Enrique. (2004).- Divorcio, filiación y patria potestad. Lima: Grijley

VICENTE VILLARÁN Manuel. (1998).- Lecciones de Derecho Constitucional.
Lima: Pontificia Universidad Católica

ANEXOS

CONSTANCIA DE VALIDACIÓN

“Ineficacia del proceso de formalización de la pequeña minería y minería artesanal frente al Derecho fundamental a gozar del medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”

Yo,..... con DNI N°....., de profesión....., con Registro N°..... especialista en.....Desempeñándome actualmente como.....

en.....

Por medio de la presente hago constar que he revisado con fines de Validación los instrumentos: Guía de Pautas y Cuestionario. Luego de hacer las observaciones pertinentes, puedo formular las siguientes apreciaciones.

Guía de Pautas Para Jóvenes Universitarios de la UCV-Piura	DEFICIENTE	ACEPTABLE	BUENO	MUY BUENO	EXCELENTE
1. Claridad					
2. Objetividad					
3. Actualidad					
4. Organización					
5. Suficiencia					
6. Intencionalidad					
7. Consistencia					
8. Coherencia					
9. Metodología					

En señal de conformidad firmo la presente en la ciudad de Piura, febrero del 2020

Especialista :

DNI :

Especialidad :

E-mail :

FICHA DE VALIDACIÓN

“Ineficacia del proceso de formalización de la pequeña minería y minería artesanal frente al Derecho fundamental a gozar del medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”

FICHA DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO: GUÍA DE PAUTAS

Indicadores	Criterios	Deficiente 0 – 20				Regular 21 – 40				Buena 41 – 60				Muy Buena 61 - 80				Excelente 81 - 100				Observaciones
		0	6	11	16	21	26	31	36	41	46	51	56	61	66	71	76	81	86	91	96	
ASPECTOS DE VALIDACION		5	10	15	20	25	30	35	40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100	
1. Claridad	Esta formulado con un lenguaje apropiado																					
2. Objetividad	Esta expresado en conductas observables																					
3. Actualidad	Adecuado al enfoque teórico abordado en la investigación																					
4. Organización	Existe una organización lógica entre sus ítems																					
5. Suficiencia	Comprende los aspectos necesarios en cantidad y calidad.																					

