

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO



**“LÍMITES AL DERECHO CONSTITUCIONAL DE
LIBRE TRÁNSITO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN
LOS PROCESOS DE AUTORIZACIÓN DE VIAJE”**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR:

NÚÑEZ ROQUE, Wellington

DOCENTE ASESOR:

Dr. INFANTES MOSCOSO, Ignacio

HUÁNUCO – PERÚ

2018



UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
Ciclo de Asesoramiento para la Tesis Profesional



RESOLUCIÓN N° 658-2018-DFD-UDH
Huánuco, 09 de octubre de 2018.

Visto la Resolución N° 004-2018-DCATP-UDH de fecha 26 de enero de 2018 que declara **APROBAR** el Proyecto de Investigación intitulado "**LÍMITES AL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LIBRE TRÁNSITO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN LOS PROCESOS DE AUTORIZACIÓN DE VIAJE**", presentado por el Bachiller Wellington NUÑEZ ROQUE;

CONSIDERANDO:

Que, el Art. 14° numeral 1 del Reglamento de Grados y Títulos del Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas vigente para el caso determina las diversas modalidades al cual el Graduando puede acogerse para obtener el Título Profesional de Abogado.

Que, mediante Resolución N°587-2015-R-CU-UDH de fecha 29 de mayo de año 2015 se aprobó el ciclo de Asesoramiento para la tesis profesional- CATP/DERECHO del Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas, en atención al Art. 31 del Reglamento General de Grados y Títulos de la UDH;

Que, mediante Informe Final de fecha 28 de febrero de 2018, el Mg. Ignacio Infantes Moscoso Asesor del Proyecto de Investigación "**LÍMITES AL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LIBRE TRÁNSITO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN LOS PROCESOS DE AUTORIZACIÓN DE VIAJE**", *aprueba el informe final de la Investigación;*

Que, en cumplimiento al Art. 31 del Reglamento de Grados y Títulos del Programa Académico de Derecho y CC.PP vigente para el caso y a mérito del documento de visto y habiendo el Bachiller previamente presentado los tres ejemplares de la referida Tesis debidamente espiralados, es pertinente emitir la Resolución de Jurado y señalar fecha y hora para su Sustentación;

Estando a lo dispuesto en el Art. 44° de la Nueva Ley Universitaria N° 30220; Inc. n) del Art. 44° del Estatuto de la Universidad de Huánuco; Reglamento de Grados y Títulos aprobado con Resolución N° 466-2016-R-CU-UDH del 23 de mayo de 2016 y la facultad que indique;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- *DESIGNAR al Jurado Calificador para examinar al Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, don Wellington NUÑEZ ROQUE, para obtener el Título Profesional de ABOGADO por la modalidad de Trabajo de Investigación Científica (Tesis), llevado a cabo en el Ciclo de Asesoramiento para la Tesis profesional; a los siguientes docentes:*

Dr. Carlos A. Hinojosa Uchofen	: Presidente
Dr. Hugo Romero Delgado	: Secretario
Mg. Gonzalo F. Del Valle Mendoza	: Vocal



UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
Ciclo de Asesoramiento para la Tesis Profesional



RESOLUCIÓN N° 658-2018-DFD-UDH
Huánuco, 09 de octubre de 2018.

Artículo Segundo.- Señalar fecha de sustentación el día viernes 12 de octubre del 2018 a horas 11.00 a.m. en el aula N° 01 3er piso, sito en el Jr. Domingo Casanova N° 148 Lima – Lince, sede de la Universidad de Huánuco.

Artículo Tercero.- Difúndase publicando e invitando a la comunidad académica para que presencian dicha sustentación.

Regístrese, comuníquese y archívese.



UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ME. FERNANDO CORCHAO BARRUETA
DECANO

DISTRIBUCIÓN: Vice. Rect. Académico, Fac. Derecho, Of. Mat Y Reg. Acad..f. Exp. Interesado, archivo.
FCB/znn

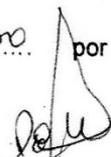


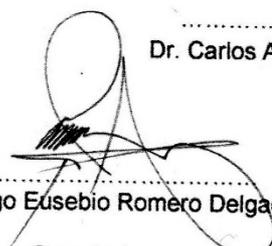
**ACTA DEL PROCESO DE CALIFICACIÓN POR LA MODALIDAD DE PRESENTACIÓN
Y SUSTENTACIÓN DE UNA TESIS**

En la ciudad de Lima, siendo las 11:00 horas del día doce del mes de octubre del año dos mil dieciocho se reunieron en el aula 1.3º piso en la sede de la Universidad los miembros Ratificados del Jurado Examinador, designados por Resolución N° 658-2018-DCATP-UDH del 09 de octubre del 2018, al amparo de la nueva Ley Universitaria N° 30220 inc "n" del Art. 44 del Estatuto de la Universidad de Huánuco, Reglamento de Grados y Títulos, para proceder por la modalidad de Presentación y Sustentación de una Tesis del Graduando **Wellington NÚÑEZ ROQUE** el postulante al Título de Abogado, procedió a la exposición de la Tesis, absolviendo las interrogantes que le fueron formuladas por los miembros del Jurado, de conformidad con las respectivas disposiciones reglamentarias; realizando el exposición, el Jurado procedió a la calificación.

<u>JURADO</u>	<u>MIEMBRO</u>	<u>PUNTAJE</u>
Dr. Carlos Augusto Hinojosa Uchofen	Presidente	<u>12</u>
Dr. Hugo Eusebio Romero Delgado	Secretario	<u>14</u>
Mg. Gonzalo F. Del Valle Mendoza	Vocal	<u>12</u>
CALIFICATIVO	<u>13</u>	<u>TRECE</u>
	En números	en letras

RESULTADO : Aprobado por UNANIMIDAD.


.....
Dr. Carlos Augusto Hinojosa Uchofen
Presidente


.....
Dr. Hugo Eusebio Romero Delgado
Secretario


.....
Mg. Gonzalo F. Del Valle Mendoza
Vocal

DEDICATORIA

A Dios por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud para lograr cada uno de mis objetivos, además de su infinito amor.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, debo agradecer a Dios, por haberme permitido la realización de esta investigación, la cual significa la acumulación de una de mis metas personales. Por esa razón mi agradecimiento a todas las personas que han colaborado para cumplir con mis objetivos, en especial a mis asesores por la indicación firme.

ÍNDICE

DEDICATORIA _____	V
AGRADECIMIENTO _____	VI
RESUMEN _____	X
ABSTRACT _____	XI
INTRODUCCIÓN _____	XII
CAPÍTULO I _____	14
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN _____	14
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA _____	14
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA _____	17
1.2.1. PROBLEMA GENERAL _____	17
1.2.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS _____	17
1.3. OBJETIVOS _____	17
1.3.1. OBJETIVO GENERAL _____	17
1.3.2. OBJETIVOS SECUNDARIOS _____	17
1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN _____	18
1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN _____	19
1.6. VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN _____	19
1.7. HIPÓTESIS _____	20
1.7.1. HIPÓTESIS GENERAL _____	20
1.7.2. HIPÓTESIS SECUNDARIOS _____	20
1.8. VARIABLES _____	21
1.8.1. VARIABLE INDEPENDIENTE _____	21
1.8.2. VARIABLE DEPENDIENTE _____	21
1.9. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES _____	21

CAPÍTULO II	23
MARCO TEÓRICO	23
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	23
2.1.1. INTERNACIONAL	23
2.1.2. NACIONAL	24
2.1.3. LOCAL	25
2.2. BASES TEÓRICAS	25
2.2.1. La autorización de viaje y sus formas de regulación	25
2.2.1.1. Vía notarial	25
2.2.1.2. Vía Judicial	27
2.2.2. Posibles causas que restringen el derecho al libre tránsito de niños y adolescentes en los procesos de autorización de viaje	29
2.2.2.1. Oposición formulada por uno de los padres sin acreditar medio probatorio idóneo y fehaciente	29
2.2.2.2. La demora de la tramitación de los procesos de autorización de viaje concluye en tiempo superior del plazo legal previsto	31
2.2.3. Doctrina de la protección integral del niño y adolescente	34
2.3. OTROS POSIBLES COMPONENTE DEL MARCO TEÓRICO	36
2.3.1. Derecho al libre tránsito del niño y adolescente	45
2.3.2. Constitución Política del Perú	45
2.3.3. Código de los Niños y Adolescentes	45
2.3.4. Declaración Universal de los Derechos Humanos	46
2.3.5. Convención de los Derechos del Niño	46

CAPÍTULO III	65
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	65
3.1. Tipo de investigación	65
3.2. Enfoque de investigación	65
3.3. Alcance o Nivel	65
3.4. Diseño de la investigación	66
3.5. POBLACIÓN Y MUESTRA	66
3.5.1. Población	66
3.5.2. Muestra	66
3.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	67
3.7. Técnicas para el procesamiento y análisis de datos	67
CAPÍTULO IV	68
RESULTADOS	68
CAPÍTULO V	83
DISCUSIÓN DE RESULTADOS	83
CAPÍTULO VI	94
CONCLUSIONES	94
CAPÍTULO VII	95
RECOMENDACIONES	95
CAPÍTULO VIII	96
REFERENCIAS	96
CAPÍTULO IX	100
ANEXOS	100

RESUMEN

La presente investigación pretendió analizar la conveniencia de tomar la opinión del menor para decidir sobre su autorización de viaje pues, como criterio jurisprudencial, no se ha delimitado sobre qué parámetros de valoración puede advertirse la madurez de dicha opinión, puesto que el principio interés superior del niño exige al órgano judicial un deber de protección.

Teniendo en cuenta que la autorización de viaje del menor es un tema que el legislador lo ha tratado sin realizar mayor análisis, por lo que nuestra legislación no es suficiente para regular las diversas situaciones que se suelen presentar respecto a la autorización de viaje a niños o adolescentes. Es pues, una realidad compleja y dramática porque limita el derecho a la libertad de tránsito de los niños y adolescentes para salir del país. La presente investigación está orientada a establecer mecanismos o criterios para modificar y ampliar el artículo 112 del Código de los Niños y Adolescentes porque encontramos vacíos legales.

Palabras clave: proceso de autorización de viaje, interés superior del niño y adolescente.

ABSTRAC

The present investigation tried to analyze the convenience of taking the opinion of the minor to decide on his travel authorization because, as jurisprudential criterion, it has not been delimited on which parameters of valuation can be noticed the maturity of said opinion, since the principle of superior interest of the child requires the judicial body a duty of protection. Bearing in mind that the child's travel authorization is an issue that the legislator has addressed without further analysis, so that our legislation is not sufficient to regulate the various situations that are usually presented regarding the authorization of travel to children or teenagers. It is therefore a complex and dramatic reality because it limits the right to freedom of movement of children and adolescents to leave the country. The present investigation is oriented to establish mechanisms or criteria to modify and expand article 112 of the Code of Children of Adolescents because we find legal gaps.

Key words: travel authorization process, best interests of the child and adolescent.

Key words: travel authorization process, best interests of the child and adolescent.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la libertad de tránsito es la potestad que tiene toda persona de entrar y salir de un país, a desplazarse libremente en el territorio nacional, a fijar su domicilio dentro de él, así como también cambiarlo, a permanecer en este, a movilizarse de un lugar a otro y a salir del país sin limitaciones, salvo las restricciones que establece la ley. El ordenamiento jurídico peruano regula este derecho de la forma que se pasará a explicar a continuación.

La doctrina de la protección integral permite salvaguardar y garantizar la protección de los niños, niñas y adolescentes en todas sus áreas de desarrollo, para que de manera efectiva puedan respetarse sus derechos.

De esa forma, el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a raíz del interés superior del niño, de la niña y del adolescente, el cual posee fuerza normativa y, en la presente unidad de análisis, debe ser concebido como punto de interpretación de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Es decir, en los procesos de autorización de viaje, los jueces evalúan los intereses tanto de los adultos como de los niños quienes manifiestan su voluntad en querer salir del país. Entonces, tras evaluar y sopesar los medios probatorios que se presenten, los jueces priorizan el interés superior del niño, haciendo efectivo el derecho de los niños a la libertad de tránsito, al esparcimiento, al descanso, al juego y a las actividades recreativas. Asimismo, el derecho a que el niño deba ser escuchado.

El artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante “Constitución”) consagra este principio el cual hace alusión a que el Estado brinda una protección especial a las niñas, niños y adolescentes (en adelante se les llamará de manera facultativa y por efectos prácticos “menores de edad”) al encontrarse en una situación de vulnerabilidad (como es el abandono); sin embargo, si realmente ello fuese así, no se justificaría su intervención de

protección especial en casos en los cuales dichas niñas, niños y adolescentes no se encontrasen en tales situaciones, por lo que se concluiría que el Estado solo entraría a tallar cuando estén en una situación irregular

La investigación se desarrolló en cuatro capítulos, siendo estos los siguientes:

CAPÍTULO I: Problema de la investigación, donde podemos encontrar la realidad problemática, formulación del problema, objetivos, justificación y limitaciones, hipótesis, variables.

CAPÍTULO II: Marco Teórico, que son las bases doctrinales más relevantes, análisis de casos concretos y expedientes en su resolver por el órgano judicial.

CAPÍTULO III: Marco Metodológico, corresponde al tipo de investigación, el enfoque y su alcance.

CAPÍTULO IV: Resultados, donde se aprecian los análisis de los documentos, sentencias, y casos que forman parte de la investigación.

CAPÍTULO V: Desarrolla el análisis y la discusión de los resultados, los cuales son las interpretaciones jurídicas de la doctrina en estudio.

CAPÍTULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La presente investigación busca analizar la autorización de viaje de un menor, teniendo en cuenta que es un tema que un legislador lo ha tratado sin realizar mayor análisis, por lo que nuestra legislación no es suficiente para regular las diversas situaciones que se suelen presentar respecto a la autorización de viaje a niños o adolescentes. Es pues una realidad compleja y dramática porque limita el derecho a la libertad de tránsito de los niños y adolescentes para salir del país generando la total indefensión y vulnerabilidad a los niños y adolescentes, precisando que el artículo 112 del Código de los Niños y Adolescentes, que regula la autorización en vía judicial, deba ser efectiva y le brinden realmente protección. (Ledesma, 2011, p. 389)

Teniendo en cuenta que de acuerdo con la interpretación del magistrado Luis Sucre (2016), este principio constituye: “Un principio vinculante para todos aquellos que puedan influir o tomar decisiones respecto a situaciones en la que deban resolverse cuestiones que de un modo a otro, afecten a niños y adolescentes”. (p. 39)

Asimismo, se consagra como un principio inspirador que sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona, donde priman los intereses del primero. Todo ello implica que este principio favorece la protección de los derechos del niño y el lugar central que ocupa en la convención constituye un valioso aporte a la ideología de los derechos del niño.

En ese sentido, corresponderá a los Estados velar en cualquier medida adoptada por instituciones públicas o privadas relativas a los niños, así como en cualquier conflicto en el que estos se vean involucrados, se dé atención prioritaria al interés superior del niño como consideración primordial. El interés superior del niño es la

premisa fundamental de la doctrina de la protección integral; vale decir, es la base para la interpretación y aplicación de la normativa para los niños, las niñas y los adolescentes, al establecer líneas de acción de carácter absoluto para todas las instancias de la sociedad y limitando la discrecionalidad de sus acciones. En ese orden de ideas, se establece que frente a algún menoscabo ocasionado por un supuesto interés de un adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; en razón de la necesidad de defender los derechos de quienes no pueden ejercerlos personalmente por sí mismos, y que por la etapa de desarrollo en que se encuentran, no pueden oponer resistencia o responder a alguna lesión a sus derechos. (Kemelmajer, 2009, p. 79)

La doctrina de la protección integral permite salvaguardar y garantizar la protección de los niños, niñas y adolescentes en todas sus áreas de desarrollo, para que de manera efectiva puedan respetarse sus derechos.

De esa forma, el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a raíz del interés superior del niño, de la niña y del adolescente, el cual posee fuerza normativa y, en la presente unidad de análisis, debe ser concebido como punto de interpretación de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Es decir, en los procesos de autorización de viaje, los jueces evalúan los intereses tanto de los adultos como de los niños quienes manifiestan su voluntad en querer salir del país. Entonces, tras evaluar y sopesar los medios probatorios que se presenten, los jueces priorizan el interés superior del niño, haciendo efectivo el derecho de los niños a la libertad de tránsito, al esparcimiento, al descanso, al juego y a las actividades recreativas. Asimismo, el derecho a que el niño deba ser escuchado.

Por otro lado, el objetivo del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención, y el desarrollo integral del niño (desarrollo físico, moral, espiritual, psicológico, mental y social del niño). De acuerdo a la

Observación General N° 14 aprobada por el Comité de los Derechos del Niño, se subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

- a. Un derecho sustantivo. El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. Es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
- b. Un principio jurídico interpretativo fundamental. Si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- c. Una norma de procedimiento. Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concreto.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA GENERAL

¿Es necesario los límites al Derecho Constitucional de libre tránsito del niño y adolescente en los procesos de autorización de viaje?

1.2.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS

P.S.1. ¿Es necesario identificar el marco teórico, relacionados con los supuestos derecho constitucional de libre tránsito del niño y adolescente en los procesos de autorización de viaje en la legislación peruana?

P.S.2. ¿Es necesario determinar los bienes jurídicos que se ven afectados en función al derecho constitucional de libre tránsito del niño y adolescente en los procesos de autorización de viaje?

P.S.3. ¿Es necesario examinar los casos existentes relacionados con el derecho constitucional de libre tránsito del niño y adolescente en los procesos de autorización de viaje?

1.3. OBJETIVO

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar los límites al derecho constitucional de libre tránsito del niño, niña y adolescente en los procesos de autorización de viaje.

1.3.2. OBJETIVOS SECUNDARIOS

O.S.1. Identificar el marco teórico, relacionados con los supuestos derecho constitucional de libre tránsito del niño, niña y adolescente en los procesos de autorización de viaje en la legislación peruana.

O.S.2. Determinar los bienes jurídicos que se ven afectados en función al derecho constitucional de libre tránsito del niño y adolescente en los procesos de autorización de viaje.

O.S.3. Examinar los casos existentes relacionados con el derecho constitucional de libre tránsito del niño y adolescente en los procesos de autorización de viaje.

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Es necesario determinar porque limita el derecho a la libertad de tránsito de los niños y adolescentes para salir del país. La presente investigación está orientada a establecer mecanismos o criterios para modificar y ampliar el artículo 112 del Código de los Niños de Adolescentes porque encontramos vacíos legales. (Placido, 2015, p. 79)

Teniendo en cuenta que al abarcar las bases teóricas de la investigación, aludiremos a la doctrina de la protección integral, pues, en el particular caso de los procesos de autorización de viaje de niños, niñas y adolescentes, estos requieren de especial protección porque al ser menores de edad no pueden ejercer sus derechos personalmente sino solo a través de algún representante. Y, respecto a los principios, nos vamos a referir en específico al interés superior del niño, debido a que, ante cualquier conflicto de interés que surja entre un niño y un adulto, se va a preferir el de aquel. Esto sucede por la necesidad de defender y proteger al menor de edad, quien por la etapa de desarrollo en que se encuentra no puede oponer resistencia por sí mismo al menoscabo de sus derechos. (Rojas, 2009, p. 127)

Por otro lado la presente invitación buscara a través de la casuística nacional argumentar mejor dentro de su marco teórico, con el fin de orientarnos a un mejor análisis del tema en estudio, también decirse que la motivación del cambio, en lo fundamental, trata de enfrentar y dar solución a un tema concreto, como es el de facilitar el aprovechamiento, en pro de la rápida reacción de las autorizaciones de viaje en función a los derechos del niño y adolescentes, argumentando que el beneficio de la investigación es que servirá

para los estudiantes de las distintas facultades de derecho como un tema novedoso y acorde a la realidad nacional en relación al derecho constitucional de libre tránsito del niño, niña y adolescente en los procesos de autorización de viaje.

1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

- a. El Estudio se efectuará sobre los límites al derecho constitucional de libre tránsito del niño, niña y adolescente en los procesos de autorización de viaje.
- b. No se encontraron antecedentes locales en la investigación.
- c. El Estudio se limitará a sólo a los límites al derecho constitucional de libre tránsito del niño, niña y adolescente en los procesos de autorización de viaje
- d. El Estudio se efectuara en el periodo 2016.

1.6. VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

El desarrollo de la investigación resultó viable por las siguientes condiciones:

- a. Se contó con disponibilidad de tiempo para la culminación del presente proyecto. Asimismo, se contó con los materiales y el financiamiento para poder ejecutar el proyecto de investigación hasta la etapa final.
- b. También se contó con los asesores expertos en el tema, lo cual nos permitió cumplir con el cronograma de las actividades del proyecto, y a su vez hemos cumplido con respetar los controles y las evaluaciones en el tiempo oportuno.
- c. Finalmente, otro factor de viabilidad fue la disponibilidad de contar con el apoyo de los abogados responsables en el tema de los límites al derecho constitucional de libre tránsito del niño, niña y adolescente en los procesos de autorización de

viajeros contribuyeron de manera significativa con la presente investigación.

1.7. HIPÓTESIS

1.7.1. HIPÓTESIS GENERAL

Es necesario porque el juez debe aplicar el principio de razonabilidad para resolver el conflicto de intereses que se presenta; por un lado el interés del niño y adolescente en salir del país (el derecho al libre tránsito, así como también a la opinión, al descanso y esparcimiento); y por el otro, el derecho a la contradicción u oposición del padre o madre que no permite que aquel salga del país.

1.7.2. HIPÓTESIS SECUNDARIAS

HS1: El juez va a evaluar estos derechos fundamentales en función de los medios probatorios que se presentan y al momento de emitir sentencia otorgará, seguramente, la autorización de viaje, al priorizar el interés superior del niño, sea porque la oposición formulada por uno de los padres no está debidamente fundamentada.

HS2: La residencia es el lugar donde la persona se encuentra accidental o transitoriamente sin llegar a la permanencia domiciliaria. Ambos conceptos pueden coincidir, siendo que el concepto de residencia es más amplio que el de domicilio.

HS3: En el caso que uno de los padres no esté de acuerdo y formula oposición de viaje, el juez dispondrá que se resuelva el conflicto de interés a través del llamado incidente procesal, el mismo que se deberá aperturar a

prueba a fin que sean analizados y evaluados los medios probatorios; debiéndose emitir la resolución pertinente.

1.8. VARIABLES

1.8.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

Derecho Constitucional de libre tránsito del niño y adolescente

1.8.2. VARIABLE DEPENDIENTE

Los procesos de autorización de viaje

1.9. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
Independiente Derecho Constitucional de libre tránsito del niño y adolescente	Constitución Política del Perú	Art. 2 inciso 11	Cuestionario
	Código del Niño y Adolescente	Art. 12, 111, 112 y 162 inciso d.	Encuesta
	Declaración Universal de los Derechos del Niño	Art. 13	
	Convención de los Derechos del Niño	Art. 10 inciso 2	

Dependiente Los procesos de autorización de viaje	Constitución Política del Perú Código del Niño y Adolescente	Art. 2 inciso 11 Art. 12, 111, 112 y 162 inciso d.	Cuestionario Encuesta
--	---	---	------------------------------

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. Internacional

Arellano F. (2016), en su tesis en la ciudad de Cali - Colombia, titulada: *El Derecho de los niños en las diferentes organizaciones internacionales*, tesis para optar el título profesional de Abogado de la Universidad de Cali, la cual en su conclusión afirma que:

Los niños son el futuro del mundo, los llamados a cambiar la situación de violencia, desequilibrio, inequidad, injusticia, que vive el país hoy en día. De ahí la importancia de entrar a analizar en qué condiciones viven estos pequeños en Colombia y que protección les brinda el Estado y las diferentes organizaciones para poder desarrollarse en un entorno favorable y crecer como personas de bien. (p. 267)

Simón F. (2013), en su tesis en la ciudad de Salamanca – España, titulada: *Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*, tesis para optar el Grado académico de Doctor en Derecho de la Universidad De Salamanca, en su conclusión afirma que:

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

Se sostiene que esto se debe su condición de concepto jurídico indeterminado y por tanto su formulación “abierta”. (p. 368)

2.1.2. Nacional

Sino V. (2016), en su investigación en la ciudad de Lima, titulada: *Restricción del derecho al libre tránsito del niño o adolescente por la imposibilidad de obtener la firma de uno de los padres*, tesis para optar el grado de Magister en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, el cual en su conclusión afirma que:

El aporte de esta investigación es establecer mecanismos que permitan proponer la modificación y ampliación del artículo 112 del Código de los Niños y Adolescentes, colocando sanciones pecuniarias como la imposición de multas y cauciones a todo madre o padre que formule oposición sin acreditar con medio probatorio idóneo y fehaciente ya que es deber del juez utilizar su facultad coercitiva para sancionar conductas dilatorias. (p. 169)

Álvarez C. (2015), en su investigación en la ciudad de Tacna, titulada: *Implicancias en la falta de regulación jurídica del permiso consular de menores de edad, en el ámbito del complejo fronterizo santa rosa, año 2012-2013*, tesis para optar el Grado Académico de Magister en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Privada de Tacna, en su conclusión afirma que:

La postura jurídica y normativa peruana sobre autorizaciones para viajes al exterior de niños y adolescentes, se subyace en el derecho al libre tránsito, cuyo contenido está referido sustancialmente a la libertad de circular, de permanecer en los espacios públicos, basados en el principio cardinal de interés superior del niño, el cual prima sobre cualquier otro que pueda afectar sus derechos fundamentales; sin más limitaciones que las establecidas en el Libro Tercero del Código del Niño y del

Adolescente y de las derivadas de las facultades legales que le corresponden a los padres, representantes o responsables de los menores. (p. 126)

2.1.3. Local

No se encontraron antecedentes

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. La autorización de viaje y sus formas de regulación

Se puede definir a la autorización de viaje de un menor al permiso que faculta un padre o una madre a un niño, niña o adolescente para que pueda salir del país. Una de las formas para ejercer el derecho al libre tránsito del niño, niña o adolescente se da a través de una autorización de viaje emitida por el notario, cuando los padres se encuentren de acuerdo con el viaje (si están separados), o por un juez (en caso de existir disenso). Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el Código de los Niños y Adolescentes establece dos formas para otorgar la autorización de viaje:

2.2.1.1. VÍA NOTARIAL

Se encuentra regulado en el artículo 111 del Código de los Niños y Adolescentes que establece:

[...] Para el viaje de niños o adolescentes fuera del país, solos o acompañados por uno de sus padres, es obligatoria la autorización de ambos padres con certificación notarial. En caso de fallecimiento de uno de los padres o de estar reconocido el hijo por uno solo de ellos, bastará el consentimiento del padre sobreviviente o del que efectuó el reconocimiento, debiendo constar en el permiso notarial haber tenido a la vista la partida de defunción o la de nacimiento

correspondiente. En caso de que el viaje se realice dentro del país bastará la autorización de uno de los padres [...].

El legislador ha optado por el trámite en vía notarial para los casos en que no exista disenso entre los padres; por ello, se excluye la intervención del juez de familia. Entonces, los padres o tutores otorgan su consentimiento para que el niño, niña o adolescente bajo su custodia pueda viajar.

Se advierte entonces que, en aplicación al principio del interés superior del niño, cuando se habla de los procesos de autorización de viaje, se sostendrá que el principal objetivo de los jueces es garantizar el derecho al libre tránsito de los niños, niñas y adolescentes, así como el ejercicio efectivo para transitar libremente dentro o fuera del territorio nacional.

Según lo establecido en la Ley sobre Competencial Notarial, se faculta al notario público de emitir la autorización correspondiente cuyo propósito es permitir el viaje de un menor de edad. El notario interviene para certificar el hecho, legalizando las firmas de los padres, previa identificación de los mismos y contando con la acreditación del vínculo familiar. Empero, el Decreto Legislativo N° 1310, publicado el 30 de diciembre del 2016, estableció en su artículo 5, respecto a la autorización excepcional para viaje de menores, lo siguiente:

[...] Dispóngase que para el viaje de niños o adolescentes fuera del país, en caso de fallecimiento de uno de los padres o de estar reconocido el hijo por uno solo de ellos, la autorización notarial otorgada por el padre sobreviviente o por el que efectuó el reconocimiento tendrá vigencia indeterminada, salvo que este sea revocado. En el permiso notarial debe constar haber tenido a la vista la partida de defunción o la de nacimiento correspondiente y debe indicar la vigencia indeterminada del documento [...].

En ese sentido, solo en los dos casos particulares que establece dicho decreto, el notario autorizará el viaje cuya vigencia es indefinida. De esta forma, la finalidad de este decreto es simplificar los procedimientos administrativos.

2.2.1.2. VÍA JUDICIAL

La autorización en vía judicial se tramita como proceso no contencioso, tal y como lo señala el artículo 162, inciso d) del Código de los Niños y Adolescentes: “[...] Corresponde al juez especializado resolver los siguientes procesos no contenciosos: inciso d) Autorizaciones [...]”. Se tramita en esta instancia ya que no existe litis, es decir, no hay conflicto de intereses, lo que se va a resolver es una incertidumbre con relevancia jurídica. Esta autorización se encuentra regulada en el artículo 112 del código de la siguiente manera:

[...] Es competencia del juez especializado autorizar el viaje de niños o adolescentes dentro del país cuando falten ambos padres, y fuera del país por ausencia o disentimiento de uno de ellos, para lo cual el responsable presentará los documentos justificatorios de la petición. En caso de disentimiento de uno de los padres o de existir oposición al viaje, se abrirá el incidente a prueba y en el término de dos días resolverá el juez, previa opinión fiscal. La oposición que formule alguno de los padres se inscribirá en el Libro de Oposición de Viaje de los Juzgados Especializados, el que caduca al año [...].

Este trámite se realiza ante el Poder Judicial, donde el juez especializado en familia es el más competente para resolver casos como este, tal y como lo establece el artículo 53, literal f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que el juez tiene la obligación de velar por los intereses los niños, niñas o adolescentes por estar involucrados en el proceso. (Ley Orgánica del Poder Judicial)

Por otro lado, **disentimiento**, en palabras de Mejía (1999) es:

[...] Falta de consentimiento, esto es cuando están los dos padres presentes, no existe concordancia respecto a la autorización de viaje del menor. En este caso interviene el juez para cautelar el mejor interés del niño, niña y adolescente que podría ser realizar el viaje que uno de los padres quiere impedirlo sin razones fundadas, así como también impedirlo para evitar un perjuicio para el niño, niña y adolescente que no es advertido por uno de los padres. Asimismo, es el juez quien reemplazará la voluntad de los padres determinando si autoriza o no el viaje [...]. (p. 41)

Cuando la norma hace mención al incidente de prueba, Rojas (2009) afirma que en el caso en que uno de los padres esté en desacuerdo con la autorización de viaje y formula oposición, el juez dispondrá que se resuelva el conflicto a través del llamado incidente procesal, el mismo que se deberá aperturar a prueba con la finalidad que sean analizados y evaluados los medios probatorios, debiéndose emitir la resolución pertinente. (p. 72)

Ahora bien, ya que se está tratando con procesos de autorización de viaje de un menor, es indispensable la presencia del representante del Ministerio Público, quien deberá pronunciarse en estos procesos, según lo dispuesto en el artículo 138 del Código de los Niños y Adolescentes:

[...] El Fiscal tiene por función primordial velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, promoviendo de oficio o a petición de parte las acciones legales, judiciales o extrajudiciales correspondientes [...].

Asimismo, en el artículo 112 de dicho código, se establece que el juez en el término de *dos días resolverá previa opinión fiscal* subrayado es nuestro. Sin embargo, contrasta con la realidad peruana porque el juez no lo resuelve en dicho plazo.

Entonces, se puede apreciar que, según la norma en mención, el juez resuelve, después de los dos días previa opinión fiscal, por

consiguiente, no se cumple lo que establece el legislador. Por último, consideramos que existen vacíos legales, especialmente en la autorización de viaje en la vía judicial que el legislador no ha abordado de manera profunda y detallada porque existen diversas situaciones que se suelen presentar y que, de una manera u otra, restringen el derecho al libre tránsito del niño, niña y adolescente como es el caso de la imposibilidad de obtener la firma del padre o madre sin acreditar medio probatorio idóneo y fehaciente al formular oposición que es materia de nuestra presente investigación.

2.2.2. POSIBLES CAUSAS QUE RESTRINGEN EL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN LOS PROCESOS DE AUTORIZACIÓN DE VIAJE

Se considera que existe una gama de obstáculos que hacen más difícil la salida del país, lo que trae como consecuencia la restricción del derecho a la libertad de tránsito del niño, niña y adolescente. Seguidamente, se presentan algunas posibles causas.

2.2.2.1. Oposición formulada por uno de los padres sin acreditar medio probatorio idóneo y fehaciente

Para comenzar, en los procesos no contenciosos no existe litis, porque no hay conflicto de interés, por lo tanto, el juez solo resuelve la incertidumbre jurídica y que dentro de estos procesos hacen referencia a la solicitud y el contradictorio. La solicitud consiste en el:

Acto jurídico procesal mediante el cual una persona, hace patente su interés por darle legalidad a una actuación o certeza a un derecho no da origen directamente a un contraste de intereses, como ocurre en un proceso contencioso, sino a la previsión de dicho conflicto. (Ledesma, 2011, p. 663)

Por otro lado, la contradicción se encuentra regulada en el artículo 753 del Código Procesal Civil y refiere que el emplazado con la solicitud puede formular contradicción dentro de 5 días de notificado con la resolución admisorio, anexando los medios probatorios, los que se actuarán en la audiencia prevista en el artículo 745. Entonces este concepto alude al derecho de contradicción que se manifiesta en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Por lo tanto, es el derecho que posee toda persona a solicitar tutela jurídica cuando es demandada o requerida. Lo mencionado quiere decir que esta persona tiene derecho a participar en el proceso y a ser escuchado por el juez. Entonces, trasladándonos a los procesos de autorización de viaje, la oposición que el padre o la madre formule es considerada como una manifestación al derecho de contradicción, porque está haciendo uso de la tutela jurisdiccional efectiva al objetar los hechos en su contra y que la solicitante ha expuesto en la solicitud.

En el caso en que uno de los padres esté en desacuerdo con la autorización de viaje y formula oposición, el juez dispondrá que se resuelva el conflicto a través del llamado incidente procesal, el mismo que se deberá aperturar a prueba con la finalidad que sean analizados y evaluados los medios probatorios, debiéndose emitir la resolución pertinente.

Para ello, no basta con simplemente formular la oposición sino que se debe introducir medios probatorios idóneos, es decir, las partes intervinientes en el proceso acreditan ante el juez la veracidad de sus afirmaciones a través de hechos mediante pruebas reguladas en la ley; y fehacientes, significa que el medio de prueba es aceptado por el legislador para llegar así a una conclusión y demostrar la existencia o inexistencia de los hechos.

Sin embargo, consideramos que hay restricción al derecho al libre tránsito del niño, niña y adolescente cuando el padre o madre

formula oposición sin acreditar medio probatorio idóneo y fehaciente, en consecuencia, genera la dilación del proceso como del viaje.

Entonces, los hechos expuestos por el opositor han debido ser acreditados ya sea con la presentación de medios probatorios *típicos* (documentos, declaración de testigos, peritos y declaración de parte) o medios probatorios *atípicos*, así como también mediante los sucedáneos (indicios, presunciones y ficciones) que permitan sustentar la oposición.

2.2.2.2. La demora de la tramitación de los procesos de autorización de viaje concluye en tiempo superior del plazo legal previsto

Al hacer referencia que los procesos de autorización de viaje se tramitan en procesos no contenciosos, suponen la ausencia de Litis teniendo como finalidad resolver la incertidumbre jurídica. Sin embargo, los jueces de familia quienes son las autoridades competentes, no resuelven con la inmediatez que el caso amerita, dilatándose innecesariamente estos procesos porque concluyen en tiempo superior del plazo legal previsto por la demora en la tramitación.

Se advierte, entonces, que este proceso se ha excedido en cuanto al tiempo de duración expedido por ley, lo cual implica que existe incumplimiento de la celeridad procesal y en los plazos procesales del proceso no contencioso.

Por otro lado, la celeridad procesal consiste en que el proceso culmine en el menor lapso posible, respetando las normas del debido proceso y el derecho de defensa, el cual implica que la ley debe prever un tiempo mínimo para que la parte pueda comparecer al juicio y pueda preparar adecuadamente su defensa. El principio de celeridad procesal se encuentra regulado en el artículo V del título Preliminar del Código Procesal Civil.

Lo que busca es eliminar trabas en los procesos judiciales permitiendo que el proceso sea ágil, rápido y formalista, por eso los plazos y términos son muy breves, siendo perentorios e improrrogables, pero principalmente debe lograr que la decisión del juez sea efectiva. (Rioja, 2008)

Cuando se presenta la solicitud, de acuerdo con el artículo 752 del Código Procesal Civil, señala la inadmisibilidad o improcedencia de la misma, donde se remite a lo dispuesto en el artículo 551 del Código adjetivo, alude a que el juez puede declarar admisible, inadmisibile o improcedente.

En caso de la inadmisibilidad, el solicitante tendrá como plazo 3 días para subsanar los errores. Una vez admitida, el artículo 753 del presente Código estipula que lo solicitado tiene plazo de 5 días para contradecir, anexando los medios probatorios, los que se actuaran en la audiencia de actuación y declaración judicial. Luego, el artículo 754 de dicho código indica que una vez admitida la solicitud, el juez fija fecha para la audiencia, la que debe realizarse dentro de los 15 días siguientes.

Dentro de la audiencia el juez puede resolver el proceso o después de culminada, puede emitir sentencia. Entonces, de haber contradicción, el juez ordenará la actuación de los medios probatorios.

Después, si se solicita, se concederá al oponente, cinco minutos para que la sustente oralmente. Si no hubiera contradicción, el juez ordenará actuar los medios probatorios anexados en la solicitud. Por otro lado, el artículo 755 del presente código alude a que la resolución que resuelve la contradicción solo será apelable dentro de la audiencia, si se declara fundada, es apelable con efecto suspensivo y si es infundada será sin efecto suspensivo. Si la contradicción hubiera sido resuelta fuera de la audiencia, es apelable dentro del tercer día de notificada.

Por lo tanto, estos procesos al advertirse la ausencia de litis, culminan en un periodo corto ya que no hay conflicto y trasladándonos a los procesos de autorización de viaje, no deberían excederse del plazo legal previsto. Es por ello que advertimos que el principio de celeridad procesal no se cumple en nuestra realidad peruana. No obstante, cabe preguntarse cuáles son las circunstancias para que estos procesos culminen excediéndose del plazo legal previsto.

La respuesta a la interrogante de arriba es por la presencia de los actos procesales tanto del solicitante como del solicitado, por ejemplo cuando se pide la reprogramación de la fecha para que se lleve a cabo la audiencia, es decir, el juzgador, una vez que admite la solicitud, fija una fecha para que se lleve a cabo la audiencia, sin embargo, cuando el juez accede a reprogramar, el solicitante o el solicitado vuelve a pedir la reprogramación y se vuelve a solicitar la reprogramación. Entonces, se llega a la conclusión de que estos procesos se dilatan una vez más por el abuso de los actos procesales.

En efecto, se está ante la presencia de conductas dilatorias, que comportan el ejercicio irregular de los actos procesales, puesto que es considerada como aquella conducta que altera el ritmo del proceso, prolongándolo más de lo razonable atentando contra la seguridad jurídica del cumplimiento del fallo judicial y hace que la justicia sea tardía. De esta manera, para los procesos de autorización de viaje, se exige que, tanto el solicitante como el solicitado, dirijan su conducta en cumplimiento de los principios de veracidad, probidad, lealtad y buena fe procesal, ya que permiten asegurar la ética del debate judicial delegando la responsabilidad al juez para garantizar la moralidad de la contienda y la obligación a las partes intervinientes en el proceso de dirigir su conducta para que el proceso se desarrolle con normalidad y sin dilaciones.

No obstante, se puede apreciar que las conductas dilatorias entorpecen el normal desarrollo del proceso, prolongando la

incertidumbre jurídica. Es por ello que el juez debe ejercer la facultad coercitiva para sancionar dichas conductas para evitar que se siga restringiendo los derechos del niño, niña y adolescente.

2.2.3. Doctrina de la protección integral del niño, niña y adolescente

Según YuryBuaiz (2010), la doctrina de protección integral del niño consiste en lo siguiente:

Conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta, se dictan y ejecutan desde el Estado, con la participación y solidaridad de la familia y la sociedad, para garantizar que todos los niños y niñas gocen, de manera efectiva y sin discriminación, de los Derechos Humanos a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, al tiempo que atiende las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados, o determinado grupo de niños que han sido vulnerados sus derechos. (p. 72)

Su fin esencial es salvaguardar y garantizar la protección de los niños, niñas y adolescentes en todas sus áreas de desarrollo para conseguir que de manera efectiva se puedan respetar y garantizar sus derechos.

Cabe destacar la importancia de la opinión del niño, niña y adolescente en cuanto a la toma de decisiones judiciales, porque el hecho de que el niño sea pequeño no significa que esté privado de este derecho, ni minimiza la importancia que el juez deba conceder a la opinión del niño.

Esta doctrina surge de la Convención de los Derechos del Niño y se basa en que los niños, niñas y adolescentes son sujetos capaces y merecen el respeto especial a su condición de personas en desarrollo, así como una percepción autónoma de sus necesidades y la situación que los rodea. Con base en esta misma línea

argumentativa, los niños, niñas y adolescentes son sujetos porque son seres humanos que poseen los mismos derechos que los adultos, es decir, poseen dignidad, integridad, entre otros. Asimismo, son capaces, respecto a la etapa de desarrollo en que se encuentran y la madurez para poder decidir. Tienen necesidad de respeto especial, porque son seres humanos en desarrollo, requieren de atención prioritaria y específica. Tienen percepción autónoma porque comprenden, entienden y conocen el mundo que les rodea.

Por otro lado, para lograr el ejercicio efectivo y goce de los derechos, la doctrina de la protección integral plantea lo siguiente:

El Estado, la familia y la sociedad tienen la obligación de adoptar todas las medidas políticas, sociales, administrativas, económicas, legislativas y jurídicas para la vigencia, ejercicio, goce, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescente.

Es decir, el Estado y la sociedad tienen la obligación de aplicar políticas públicas para garantizar la vigencia de sus derechos. Además, la familia tiene el deber de otorgar un ambiente de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos así como también el desarrollo integral; asimismo, la sociedad, al reconocer que los niños, niñas y adolescentes son seres humanos que poseen dignidad y derechos.

Al respecto, Alex Plácido (2015) establece lo siguiente:

El reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos significa que ellos tienen derecho al respeto, dignidad, libertad, protección y al desarrollo pleno. Los derechos humanos, son atributos propios de su condición humana. Y gozan, a su vez, de todos los derechos humanos fundamentales y de las garantías reconocidas a los adultos en la Constitución y en las leyes; no pudiendo como ciudadanos en ningún caso y por ningún motivo ser tratados como objetos

de intervención por parte de la familia, instituciones (públicas o privadas), la sociedad y el Estado. (p. 45)

En ese orden de ideas, los niños, las niñas y los adolescentes son sujetos de derechos con los mismos derechos que todos los adultos, además de los específicos de su edad. A su vez, esta doctrina favorece la inclusión de niños, niñas y adolescentes en el mundo para que se integren en la democracia y la ciudadanía, destacando el principio del interés superior del niño que se relaciona con la presente investigación y que está consagrado en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño que desarrollaremos a continuación.

2.3. OTROS POSIBLES COMPONENTES DEL MARCO TEÓRICO

Análisis Jurisprudencial en función al proceso de autorización de viaje de menor.

Con fecha 22 de enero del 2016, M.E.L.C. (demandada) interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista emitida por la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima, habiendo sido declarado procedente por dicho tribunal, indicando que, de acuerdo con el proceso, se tiene que estimar y ponderar la debilidad y/o inmadurez que los niños, niñas y adolescentes están expuestas, y que el Estado tiene la obligación de brindarles protección.

El caso en mención tiene como objeto la autorización de viaje interpuesta por el padre de la menor (demandante), quien ostenta la tenencia y custodia de su menor hija de iniciales E.L.L.L., indicando que tiene la solvencia económica necesaria para llevar de viaje a su hija a los Estados Unidos, con fines de turismo. La madre de la menor formula oposición al pedido, ya que en la petición no señala la fecha de viaje, el lugar de estadía y un número contacto para comunicarse con su hija; además no se ha respetado el acuerdo de conciliación extrajudicial sobre el régimen de visitas, y que no es la

primera vez que realizan viajes sin autorización de su persona. El Octavo Juzgado de Familia de Lima declaró infundada la oposición de viaje.

La demandada, en su apelación, señala que el *a quo* estaría actuando de manera parcializada y con una evidente falta de motivación, atendiendo a los lineamientos señalados por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 728-2008-PHC/TC, respecto a los supuestos de motivación aparente o inadecuada que vulneran el debido proceso, recogido en el artículo 139 de nuestra Carta Magna. (Expediente N° 728-2008-PHC/TC, 2008)

Si bien es comprensible que lo que se busca es darle al niño, niña y adolescente todas las herramientas para una estabilidad y crecimiento integral, en toda la extensión de la palabra, aquellas deben ser resguarda por un Estado que garantice sus derechos.

El temor de la demandada es que su hija no retorne al país, ya que si bien han suscrito un acuerdo mediante Acta de Conciliación N° 145-2010 firmado, esta no se está cumpliendo.

En sus declaraciones durante la primera instancia, la menor indica que ella desea viajar y que está esperando dicho viaje, pues se ha esforzado en su etapa escolar; pero su mamá considera que se va fugar del país.

Ahora bien, la *opinión* de los menores de edad es importante, pero se tiene que tomar en cuenta de acuerdo con el contexto de cada caso. Por ejemplo, en la legislación de Veracruz se señala: “La opinión de los menores es necesaria, mas no preponderante para tomar las decisiones en caso de tenencia y régimen de visitas”.

En ese sentido, lo mismo sucede en el Perú al momento de dilucidar los casos de tenencia, alimentos, régimen de visitas y otras pretensiones donde se toma en cuenta la opinión del menor, pero no hay que perder de vista que es una cuestión sumamente debatible, pues la opinión debe englobar todos los medios probatorios, y el resultado dependerá de cada caso en concreto y al contexto bajo el

cual se desarrollen. Por ejemplo, en la Casación N° 1961-2012-Lima, donde se otorgó la tenencia al padre, se acreditó que la madre no tenía la capacidad mental para convivir con ellos y es en este ámbito que volvemos al principio interés superior del niño, con el fin de brindarles estabilidad integral y emocional. (Calderón, 2012)

Lo que corresponde es interpretar el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes que, a pesar de tener presente opinión de los menores, busca brindar una solución justa que incluye valorar el conglomerado de los medios probatorios ofrecidos.

Análisis de los fundamentos de la Sala Suprema

Continuando con nuestro análisis, queremos abordar del tema que nos convoca, y si realmente los fundamentos expresados por la Sala Suprema tienen un adecuado respaldo en el principio interés superior del niño, que es muy utilizado en nuestra jurisprudencia pero no siempre de la manera más adecuada.

El fundamento sétimo alude a las clases de familias, dado que la familia nuclear como la conocemos ha ido evolucionado, reconociéndose la existencia de familia monoparentales, ensambladas, entre otras. Lo que se busca es que los niños, niñas y adolescentes crezcan en un ambiente armonioso, bajo el cual sus derechos sean respetados y su desarrollo emocional sea la prioridad, conforme lo establece también la Convención sobre los Derechos del Niño.

El fundamento noveno considera que todas las medidas deben ser adoptadas en el marco del principio del interés superior del niño, lo cual estamos de acuerdo; empero, advertimos que muchas veces aquel es utilizado como una clausula general, perdiendo el sentido de su significado y trascendencia.

En el fundamento décimo, y es el que nos lleva a detenernos, se señala que el principio del interés superior del niño debe ser analizado en función de tres conceptos; y en el acápite a) toma en cuenta el grado de madurez del menor, empero no desarrolla qué se entiende por ello o que rango de edad requiere la persona para tenerlo, desde el punto de vista psicológico.

En el fundamento décimo primero se nos indica que el conjunto de situaciones señaladas no debe ser entendido como un listado taxativo, sino que debe ser considerado de acuerdo con cada caso en particular. En ese punto estamos de acuerdo porque cada vivencia es diferente.

En lo que diferimos es cuando la Sala señala: “Asimismo, para la aplicación de dicho principio debe dejarse de lado la visión *paternalista*”.

Ergo, el principio del interés superior del niño está regulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en diferentes tratados internacionales, por el cual se impone como deber del Estado cumplir con un papel regulador. Si partimos de la idea que para aplicar el principio en mención debemos dejar de lado la visión paternalista, entonces estaríamos quitándole todas las garantías al principio del interés superior del niño.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 3

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

En ese orden de ideas, si asumimos la visión que nos indica la Sala Suprema de que el niño, niña o adolescente tiene que tener un grado de madurez (sin precisar cuándo se alcanza tal grado, y dejándose de lado la visión paternalista), estamos hablando entonces de un adulto, quien hace respetar sus derechos, incluso

enfrentando al Poder Judicial sin una protección garantista. Nuestra Constitución, si en temas de protección al consumidor es garantista, lo será más aun en asuntos familiares y subjetivos tan delicados. Sin perjuicio del grado de madurez que la vida le haya dado al niño, niña o adolescente, todos ellos deben estar respaldados por nuestro ordenamiento jurídico. Aplicar el interés superior del niño de cualquier otro modo, comprendería una desprotección.

Ahora bien, eso nos lleva a analizar el fundamento décimo segundo, el cual nos señala que cuando los padres no se pongan de acuerdo sobre lo que debe ser mejor para el menor, se deberá valorar o apreciar la opinión de este de acuerdo con su madurez, tal como lo señala la Convención en sus artículos 12 y 13:

Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 12.

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente [...].

Artículo 13.

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: **a)** Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o **b)** Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Sin embargo, se esboza en la presente casación que el juez decidirá a partir de la madurez del menor y de lo que sea adecuado para él, lo cual nos genera las siguientes interrogantes: ¿qué grado o parámetro de madurez está tomando en cuenta la Sala Suprema?;

¿cómo podemos saber, si no solo los informes psicológicos son preponderantes, que estamos hablando de un menor maduro, quien estaría actuando con base en un bienestar integral, si hemos dejado de lado el rol paternalista?

Considero que todas estas interrogantes (que son analizadas en el presente caso y seguramente en futuros procesos) no se pueden tomar a la ligera. Si bien es comprensible que lo que se busca es darle al niño, niña y adolescente todas las herramientas para una estabilidad y crecimiento integral, en toda la extensión de la palabra, aquellas deben ser resguardadas por un Estado que garantice sus derechos y no le deje al niño, niña y adolescente que está inmerso en el problema lo resuelva por sí mismo.

Ejemplo 1

Claudia y Francisco se casaron y producto de su relación tuvieron un hermoso hijo de nombre Pedro. A causa de problemas e incompatibilidad, ambos padres se separaron cuando Pedro tenía seis años. Han pasado dos años y las peleas por la tenencia de Pedro han sido constantes, iniciándose un proceso de tenencia, con base en el nuevo criterio de madurez y conflicto, sumado a que la madre no le deja ver a su padre, con quien Pedro tiene una buena relación. Toman en cuenta la opinión del menor y consideran que él debe resolver como “menor maduro”, porque puede estar influenciado por alguno de sus padres y decide quedarse con su padre. Francisco, quien ya tiene otra familia, toma la tutela de su hijo; mientras que este solo piensa en los juegos, advirtiéndole que llega a una familia nueva con la carga de adaptarse a un hogar con reglas distintas, por lo que extraña la independencia y amor de su madre.

Ejemplo 2

María y Pedro tienen un hijo de nombre José, a quien siempre su espíritu altruista lo ha llevado a viajar durante su estadía en la

escuela en misiones que le han permitido ver distintas realidades, llevándolo a valorar lo que tiene. Ni bien acaba la escuela, a la pronta edad de 15 años ingresa a la universidad a estudiar leyes y comienza a conocer un nuevo mundo que enriquece sus conocimientos y sus derechos. En ese momento, sus padres deciden separarse a causa de la infidelidad de su padre, dejando a su madre en un estado emocional terrible. Ambos padres se disputan la tenencia de José, quien se ve envuelto en un dilema; pero con base en el criterio de madurez y a la experiencia de vida adquirida, José decide que lo mejor es quedarse con su madre para darle soporte emocional sin perder contacto con su padre.

Como podemos ver en ambos ejemplos, el grado de madurez se va dando con las experiencias adquiridas, pero no siempre es así en la mayoría de los casos. Lo que se debe procurar es no darles mayor carga a los niños, niñas y adolescentes quienes ya están pasando por un proceso familiar de desgaste, y por el contrario brindarles la mayor protección posible.

Correcta aplicación del principio del interés superior del niño.

En el presente caso se ha analizado la declaración de la menor, quien tiene mucha ilusión de viajar a los Estados Unidos, además de gozar de un espíritu conciliador, ya que en la audiencia única propició que sus padres dejen de pelear y que se rompan los procesos que existen, elementos que han permitido a la Sala Suprema considerar que ella posee un cierto grado de madurez, y es por eso que se adoptó la decisión de declarar infundada el pedido casatorio.

Como bien lo señala la Sala, es importante tener en cuenta que la menor está inmersa en el problema en atención a todos los medios probatorios presentados, que debe ser valorados resguardando el interés superior del niño consagrado en el artículo ix del Título

Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, principio que debe integrarse con el ordenamiento internacional.

Muchas veces en nuestro ordenamiento el mencionado principio no se ha aplicado de manera correcta, sino como un cajón de sastre, con supuestos muy generales y abstractos que no dan un contenido específico y contundente a casos tan relevantes y cuando de menores se trata.

Muchas veces en nuestro ordenamiento el mencionado principio no se ha aplicado de manera correcta, sino como un cajón de sastre, con supuestos muy generales y abstractos que no dan un contenido específico y contundente a casos tan relevantes y cuando de menores se trata.

El profesor Rony López (2017) de la Universidad de San Carlos de Guatemala nos comenta al respecto lo siguiente:

Se debe entender el principio de interés superior de los niños y niñas como el eje fundamental en cada uno de los procesos donde interviene un niño, una niña o un sujeto adolescente, toda vez que este principio forma parte del sistema de protección de los derechos de la niñez.

El preservar el interés superior del niño es tarea del Estado, y si seguimos el camino de quitar el rol paternalista, le estaríamos restando la esencia a dicho principio, así como lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus distintos pronunciamientos.

Consideramos que el tratamiento que se le brinda al interés superior del niño es insuficiente y muchas veces en diferentes casos se le sustenta sin saber el razonamiento, la motivación y los tratados internacionales que lo respaldan, en tanto lo que busca es el resguardo integral, emocional, físico y psicológico del niño, niña o adolescente, para que crezca en un ambiente sano y armonioso.

En el caso en autos, si bien se toma en cuenta la opinión de la menor, invocando su madurez como un nuevo aspecto para aplicar el principio del interés superior del niño, en realidad, ello puede quitarle sentido al principio; ya que no se ha expresado algún parámetro por el cual la Sala indique cuál es el grado de madurez exigible, al tiempo que se debe reforzar su opinión y tomar en cuenta su conducta a lo largo del proceso.

Pero no se puede abandonar el rol paternalista que involucra el principio y asumir que estamos frente a un “menor adulto”, porque se le estaría privando de su tiempo de infancia y de que pueda gozar de ella, creciendo en armonía e integralmente, todo ello debe ser resguardado ante cualquier problema por los operadores de justicia.

Por ello, no compartimos el criterio de la Sala Suprema al indicar que se requiere un grado de madurez o de un “menor maduro”, ya que previamente no se han impuesto parámetros de madurez (lo cual de por sí es difícil), porque cada caso es distinto y se debe evaluar su contexto, sin quitarle al niño, niña y adolescente la posibilidad de crecer en un ambiente feliz, amparado por un Estado garantista y que le permita un desarrollo integral en todas sus etapas.

Comentario final

Después de haber culminado el análisis de la presente casación, consideramos y reiteramos que aún se debe hacer una correcta aplicación del interés superior del niño, el cual no se puede determinar sobre la base de un cierto grado o criterio de madurez del menor; ya que hablar de un “menor maduro”, de alguna manera no se le permite vivir las etapas que el niño, niña y adolescente debe vivir plenamente.

El interés superior del niño debe dejar de ser aplicado de manera inadecuada y como un cajón de sastre para las diferentes

instituciones de familia, y, por el contrario, debe tener un adecuado respaldo por los instrumentos internacionales.

En el caso en concreto, para otorgar el permiso de viaje, la decisión debe ser evaluada no solo con base en la opinión de la menor, sino en todos los medios probatorios presentados, teniéndose en cuenta una perspectiva social, pedagógica, psicológica e interdisciplinaria.

2.3.1. Derecho al libre tránsito del niño y adolescente en la legislación nacional y extranjera.

El derecho a la libertad de tránsito es la potestad que tiene toda persona de entrar y salir de un país, a desplazarse libremente en el territorio nacional, a fijar su domicilio dentro de él, así como también cambiarlo, a permanecer en este, a moverse de un lugar a otro y a salir del país sin limitaciones, salvo las restricciones que establece la ley. El ordenamiento jurídico peruano regula este derecho de la forma que se pasará a explicar a continuación.

2.3.2. Constitución Política del Perú

Se encuentra regulado en el artículo 2, inciso 11 y establece que toda persona tiene derecho a transitar por el territorio nacional, a entrar y a salir de él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería. Sin embargo, este derecho no es absoluto porque posee restricciones o limitaciones que han sido mencionadas líneas arriba que se deben cumplir, ya que el objetivo es tutelar otros bienes constitucionalmente protegidos; por lo tanto, estas limitaciones son necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, así como los derechos y libertades de terceros.

2.3.3. Código de los Niños y Adolescentes

Amparado en el artículo 12, se estipula que el niño y adolescente tienen derecho a la libertad de tránsito, con las restricciones y autorizaciones que se señalan en el Libro Tercero de este Código. El presente *cuerpo normativo* tiene como propósito garantizar a los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio

nacional el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales. Para tales objetivos, este código define y establece la protección integral de estos derechos regulando el papel y la relación del Estado, la sociedad, las familias y los individuos con los sujetos desde su nacimiento hasta cumplir los 18 años.

Ahora bien, el derecho al libre tránsito no solo está regulado por nuestra legislación peruana sino también en el ámbito internacional, que trataremos a continuación:

2.3.4. Declaración Universal de los Derechos Humanos

En el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se establece que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, así como también al derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país. Este instrumento internacional se basa en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, así como en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. Entonces, se advierte que en la actualidad, tanto el niño, la niña y el adolescente, son considerados sujetos porque tienen los mismos derechos que los adultos, por lo tanto este instrumento internacional los alcanza y los ampara.

2.3.5. Convención de los Derechos del Niño

Estipulado en el artículo 10 inciso 2 se establece que los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de otras personas. Entonces, reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, pero convierte a las personas adultas en sujetos de responsabilidades.

Por lo expuesto, el derecho de libre tránsito del niño, niña y adolescente, es considerado, por un lado, como un derecho

fundamental por ser inherente al ser humano en razón de su dignidad, y, por el otro, como un derecho constitucional, por lo que goza de un trato especial en cuanto a las garantías.

En ese sentido, si bien el Estado ampara este derecho estableciendo mecanismos de protección, también establece restricciones o límites en cuanto a su ejercicio. Se advierte entonces que, en aplicación al principio del interés superior del niño, cuando se habla de los procesos de autorización de viaje, se sostendrá que el principal objetivo de los jueces es garantizar el derecho al libre tránsito de los niños, niñas y adolescentes, así como el ejercicio efectivo para transitar libremente dentro o fuera del territorio nacional. A continuación, se presenta un expediente que se obtuvo del Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, donde se grafica la aplicación de este derecho:

Tabla 1

APLICACIÓN DEL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO

Expediente	Juzgado	Criterio
11800-2012	Primer Juzgado de Familia	<i>CONSIDERANDO QUINTO: “Que, para efectos de resolver la presente autorización es menester tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del Código de los Niños y Adolescentes en el sentido que <i>el niño y adolescente tienen derecho a la libertad de tránsito con las restricciones y autorizaciones que el citado Código prevé</i>”.</i>

Autorización de viaje en vía judicial: Artículo 112 del Código de los niños y Adolescentes

Para empezar, el artículo 112 del Código de los Niños y Adolescentes establece lo siguiente:

“[...] Es competencia del Juez Especializado autorizar el viaje de niños o adolescentes dentro del país cuando falten ambos padres, y fuera del país por ausencia o disentimiento de uno de ellos, para lo cual el responsable presentará los documentos justificatorios de la petición. En caso de disentimiento de uno de los padres o de existir oposición al viaje, se abrirá el incidente a prueba y en el término de dos días resolverá el juez, previa opinión fiscal. La oposición que formule alguno de los padres se inscribirá en el Libro de Oposición de Viaje de los Juzgados Especializados, el que caduca al año [...]”.

Se tramita dentro del proceso no contencioso tal y como lo señala el artículo 162 literal d) del Código de los Niños y Adolescentes. Se realiza en ese proceso porque no existe litis, es decir no hay conflicto de intereses, lo que se va a resolver es una incertidumbre con relevancia jurídica, garantizando su certeza y justicia. En suma, no hay intereses contrapuestos y la finalidad es garantizar la protección del menor de edad, así como también proteger los bienes del niño, niña o adolescente. Asimismo, se formaliza ante el Poder Judicial, y quien es competente para resolver estos casos es el Juez Especializado en Familia, así como lo establece el artículo 53 literal f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, porque están involucrados los niños, niñas y adolescentes, y el juez tiene la obligación de velar por sus intereses.

La norma en mención indica que es indispensable que el responsable presente los documentos justificatorios de la petición, es decir, deberá acompañar al proceso todos los elementos de prueba que sean necesarios para fundamentar y acreditar su pretensión. Consideramos pertinente señalar que en el artículo 112 debe estar estipulado la responsabilidad del solicitado, es decir, al

formular oposición, también debe presentar los documentos justificatorios para amparar la misma.

[...] es indispensable que el responsable presente los documentos justificatorios de la petición, es decir, deberá acompañar al proceso todos los elementos de prueba que sean necesarios para fundamentar y acreditar su pretensión. Consideramos pertinente señalar que en el artículo 112 debe estar estipulado la responsabilidad del solicitado, es decir al formular oposición, también debe presentar los documentos justificatorios para amparar la misma.

Cuando la norma refiere al incidente de prueba, según Rojas (2009) se establece que:

“[...] En el caso que uno de los padres no esté de acuerdo y formula oposición de viaje, el juez dispondrá que se resuelva el conflicto de interés a través del llamado incidente procesal, el mismo que se deberá aperturar a prueba a fin que sean analizados y evaluados los medios probatorios; debiéndose emitir la resolución pertinente [...]”.
(p. 127)

Por otro lado, como estamos ante procesos de autorización de viaje del menor, es indispensable la presencia del representante del Ministerio Público, quien deberá pronunciarse en estos procesos, según lo dispuesto en el artículo 138 del Código de los Niños y Adolescentes, que alude que es el Fiscal quien tiene por función primordial velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, promoviendo de oficio o a petición de parte las acciones legales, judiciales o extrajudiciales correspondientes.

Entonces, se cumple con la siguiente garantía procesal regulada en el artículo 4 de la Ley N° 30466.

Determinación de los hechos con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño

Según la Observación General N° 14, se establece lo siguiente: “[...] Los hechos y la información pertinentes para un determinado caso deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación del interés superior del niño [...]”. En ese sentido, aparte de la participación del juez, también participa el representante del Ministerio Público, quien va a pronunciarse en estos procesos porque tiene el deber y la obligación de velar por todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Entonces, de acuerdo con la tabla N° 1 exhibida, se puede apreciar que el fiscal emite opinión y, por lo tanto, es también un profesional capacitado para evaluar el interés superior del niño. (Comité de los Derechos del Niño, 2013)

Asimismo, en el artículo 112 de dicho código establece que el juez en el término de *dos días resolverá previa opinión fiscal*. [El subrayado es nuestro]. Sin embargo, contrasta con nuestra realidad peruana porque el juez no resuelve en dicho plazo, tal y como se muestra en la siguiente tabla:

Tabla 2

PLAZOS DEL JUEZ PARA RESOLVER PREVIA OPINIÓN FISCAL

Expediente	Juzgado	Juez	Día en el que el fiscal emite opinión	Día que se emite sentencia
16340-2011	18º Juzgado de Familia	María Guevara Acuña	19-03-12	31-05-12
05595-2013	10º Juzgado de Familia	María Ynoñan Villanueva	26-08-13	01-10-13

Entonces, se puede apreciar que el juez resuelve después de los dos días, previa opinión fiscal, por consiguiente, no se cumple lo que establece el legislador. Por último, consideramos que existen vacíos legales, especialmente en la autorización de viaje en la vía judicial que el legislador no ha abordado de manera profunda y detallada cuando uno de los padres formula oposición sin acreditar medio probatorio idóneo y fehaciente. Es por ello que sugerimos que se modifique y amplíe la norma en mención, y tratar este tema con mayor profundidad para evitar que el interés superior del niño se siga afectando.

Los medios probatorios en los procesos de autorización de viaje

La prueba es cualquier tipo de instrumento que nos permite demostrar la verdad o falsedad de un hecho. En el derecho procesal civil, Devis Echandía (1981) establece que: “[...]la prueba judicial es el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para

llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso [...]”. En ese sentido, estas pruebas sirven para otorgarle al juez certeza sobre los hechos para que él adquiriera convicción de la verdad. (p. 15)

A la pregunta: ¿en qué momento se incorporan las pruebas?, diremos que según el artículo 189 del Código Procesal Civil, regula la oportunidad en que se deben presentar, es decir, en la demanda, en la contestación y al deducir y contestar excepciones. Entonces, ¿cómo se materializan las pruebas en el proceso? A través de los llamados *medios de prueba* que son instrumentos o elementos que los jueces y las partes ofrecen cuya finalidad es demostrar los hechos expuestos en el proceso y sirven para cumplir los fines procesales de la prueba judicial.

Entonces, cuando el padre o madre formula oposición de viaje tiene la obligación de probar los hechos que expone y de acuerdo con el artículo 196 del Código adjetivo, quien contradice, es decir, quien ejerce el derecho a la contradicción, tiene el deber de probar cuando alega nuevos hechos; en este caso, será quien presente el escrito de oposición.

Estos medios probatorios deben ser idóneos, es decir, deben ser adecuados para ser ofrecidos y para producir certeza en el juez al momento de emitir sentencia. Asimismo, deben ser fehacientes, vale decir, cuando la prueba es *eficaz y debe ser un elemento aceptado por el legislador para llegar a una conclusión y así demostrar la existencia o inexistencia de los hechos, de esa forma, conduce al juez respecto a la certeza de los mismos.*

Sin embargo, en la práctica no se cumple con acreditar con medios probatorios idóneos y fehacientes la oposición, es por ello que el juez al fundamentar, constata lo siguiente:

Tabla 3

FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Expediente	Juzgado	Juez	Considerandos
13544-2011	19º Juzgado de Familia	Juana Cevallos Ríos	OCTAVO. Que, respecto de la oposición formulada, debe declararse infundada en razón de que no ha acreditado, con medios probatorios idóneos, fehacientes y conducentes, que el menor no fuese a retornar al país.

Criterios o mecanismos para modificar y ampliar el artículo 112 del Código de los Niños y Adolescentes

Los criterios o mecanismos para modificar y ampliar la norma en mención son los siguientes:

- Añadir un tercer párrafo que incluya las siguientes sanciones pecuniarias al padre o madre, en caso de no sustentar con medios probatorios, idóneos y fehacientes la oposición:
- El juez, al emitir sentencia, debe imponer *multas*, en aplicación del último párrafo del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que indica que el juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria, porque uno de ellos no cumple con los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

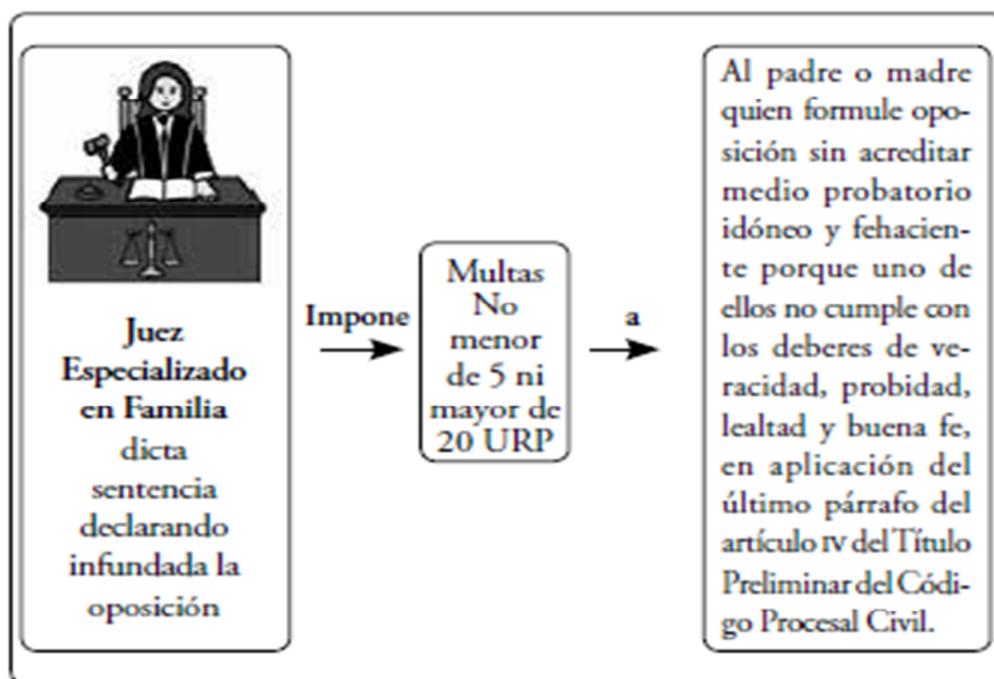


Figura 1: IMPOSICIÓN DE MULTAS

Nos remitimos al artículo 110 del Código Procesal Civil que refiere a la responsabilidad patrimonial de las partes intervinientes en los procesos donde las mismas responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal. Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria. En ese sentido, sí existe responsabilidad patrimonial de aquellas por guiar su conducta a entorpecer el desarrollo normal del proceso; es por ello concordamos con Ledesma (2011) que: “[...] *La norma consagra el deber del juez de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria* [...]”. (p. 423)

[...] al emitir sentencia declarando infundada la oposición no sanciona al padre o madre que tuvo mala fe al dilatar el proceso. Asimismo, se sancionaría al juez por no resolver dentro de los

plazos establecidos por ley, vale decir, que en los procesos de autorización de viaje, el juez estaría resolviendo fuera del plazo legal previsto, es por ello que tanto el inciso 13 como el inciso 14 de la presente ley es considerado una falta muy grave y la sanción que se le coloca es la suspensión o destitución del cargo.

En el presente caso se sanciona dicha conducta mediante la imposición de multa no menor de cinco ni mayor de veinte URP (S/ 405.00 soles a la fecha) porque la actuación procesal del padre o de la madre ha incurrido en mala fe. Entonces, la multa valdría desde el mínimo S/ 2025.00 (5 URP), hasta el máximo que es S/ 8100.00 (20 URP), y dependerá de la discrecionalidad del juez para imponerla, utilizando su facultad coercitiva. Entonces, es potestad del legislador de establecer estos rangos y deja a la discrecionalidad del juez de imponer las multas dependiendo de cada caso y de cada circunstancia que se presenta. Estamos ante sanciones disciplinarias y el juez, utilizando su facultad coercitiva, va a sancionar dichas conductas imponiendo las multas que crea conveniente.

Por otro lado, la mala fe consiste, según Ledesma en: “[...] *la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o a retardar su decisión [...]*”. [El resaltado es nuestro]. En la presente investigación se puede apreciar que tanto el padre o madre incurre en conducta dilatoria, al no sustentar la oposición con medios probatorios idóneos y fehacientes.

La otra sanción pecuniaria, aparte de las multas, sería la siguiente:

- El juez pide una caución al padre o madre quien se va a oponer. La caución impuesta debe ser de manera proporcional. Si la oposición es declarada infundada, la caución garantizará el pago del perjuicio que pueda ocasionar a la otra persona. Asimismo, el opositor

recibiría doble sanción por comprobarse la mala fe: **una** es la multa y la **otra** es la caución.

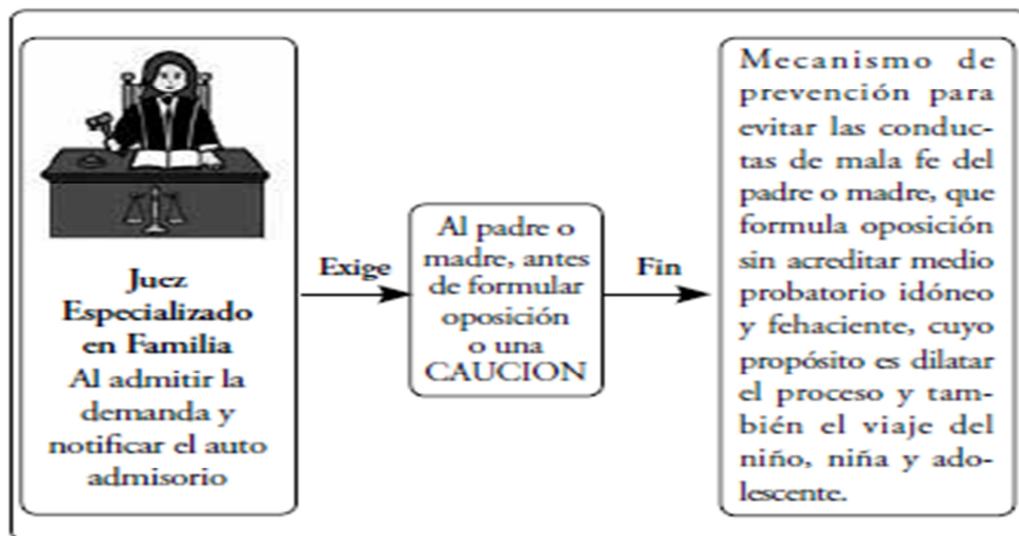


Figura 2. PROPUESTA PARA APLICAR CAUCIÓN

Las cauciones son garantías suscritas por los sujetos procesales destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por estos durante el proceso, así como garantizar el pago de los perjuicios que sus actuaciones procesales pudieran generar a la otra persona contra la cual se dirigen.

Con la presente propuesta, el opositor involucrado en el proceso de autorización de viaje manifestará su voluntad de cumplir con los deberes impuestos en el trámite de las diligencias y, además, garantizará el pago de los perjuicios que algunas de sus actuaciones procesales pudieran ocasionar a la contraparte. Entonces, una vez que se compruebe la mala fe el opositor, recibirá doble sanción, aparte de la caución, la multa que el juez impondrá por su conducta dilatoria. En ese orden de ideas, las cauciones operan entonces como mecanismos de seguridad y de indemnización dentro del proceso.

El otro criterio o mecanismo para ampliar el artículo 112 del Código de Niños y Adolescentes es el siguiente:

• *Suspender o destituir* al juez por cometer faltas muy graves que regula el artículo 48 de la Ley N° 29277 inciso 13, que señala: “[...] *No motivar las resoluciones judiciales o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales* [...]”; y el inciso 14, que refiere: “[...] *Incumplir, injustificada o inmotivadamente, los plazos legalmente establecidos para dictar resolución* [...]”; en concordancia con el artículo 51 inciso 3 de la misma Ley, donde establece que las faltas muy graves se sancionan con suspensión, con una duración mínima de cuatro meses y una duración máxima de seis meses, o con destitución. Se aplica esta norma porque el juez no cumple con el deber de imponer las multas a todo aquel que realiza conducta dilatoria y entorpezca el desarrollo normal del proceso.

El inciso 13 de dicha ley, hace mención a que el juez incumple el deber judicial de imponer las multas cuando en la presente investigación, al emitir sentencia declarando infundada la oposición, no sanciona al padre o madre que tuvo mala fe al dilatar el proceso. Asimismo, se sancionaría al juez por no resolver dentro de los plazos establecidos por ley, vale decir, que en los procesos de autorización de viaje, el juez resuelve fuera del plazo legal previsto; es por ello que tanto el inciso 13 como el numeral 14 de la presente ley es considerado una falta muy grave y la sanción que se le coloca es la suspensión o destitución del cargo.

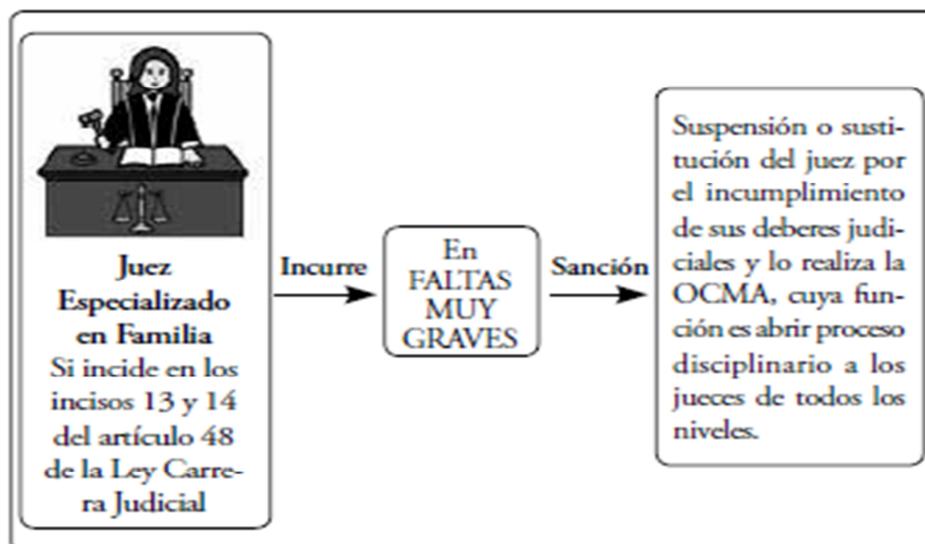


Figura 3. SUSPENSIÓN O DESTITUCIÓN DEL JUEZ

La Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), tiene como una de sus principales funciones el de investigar, inspeccionar, detectar irregularidades que atenten contra la eficacia y correcta prestación del servicio de justicia. Asimismo abre proceso disciplinario a los jueces de todos los niveles. Incluso puede imponer sanciones de amonestaciones, multa, suspensión y pedir al Consejo Nacional de la Magistratura la destitución de un magistrado encontrado responsable de una conducta funcional. En ese sentido, en los procesos de autorización de viaje, cuando los jueces incumplen con sus deberes judiciales donde la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 9 establece que los magistrados pueden sancionar con multas a todas las personas que se conduzcan de modo inapropiado, actúen de mala fe y planteen solicitudes dilatorias.

Así como también en concordancia con el artículo 53 del Código Procesal Civil que refiere a las facultades coercitivas del juez donde puede imponer multas compulsivas y progresivas destinadas a que la parte o quien corresponda cumpla sus mandatos. Y, en conformidad con el artículo IV del Título Preliminar del Código Adjetivo que alude a que el juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria, las normas en

mención facultan a los jueces para aplicar sanciones pecuniarias y así castigar las conductas dilatorias que entorpecen el desarrollo normal del proceso colocando las multas que establece el ordenamiento jurídico a todo padre o madre que formula oposición sin acreditar medio probatorio idóneo y fehaciente, es por ello que la Oficina de Control de la Magistratura tiene el deber de abrir un proceso disciplinario para suspender o, en su defecto, sustituir a los jueces por cometer faltas muy graves al no cumplir con sus deberes judiciales.

En la siguiente tabla se puede apreciar que los jueces no cumplen con sus deberes judiciales al momento de emitir sentencia:

Tabla 4

INCUMPLIMIENTO DEL DEBER JUDICIAL

Expediente	Juzgado	Juez	Parte Resolutiva
10038-2013	7° Juzgado de Familia	Doris Rodríguez Alarcón	Infundada la oposición de viaje. Expedir la autorización de viaje, a fin de radicar al país de Suiza conjuntamente con el demandante, precisando que dicha autorización no habilita la adopción de menores en el extranjero, tiene una vigencia de 3 meses.

Por todo lo expuesto, con los criterios o mecanismos para modificar y ampliar el artículo 112 del Código de los Niños y Adolescentes, se logrará evitar que las conductas dilatorias restrinjan el derecho a la libertad de tránsito del niño, niña y adolescente. Asimismo, se castigarían dichas conductas mediante sanciones pecuniarias a todo

padre o madre que no sustente con medios probatorios idóneos y fehacientes la oposición. Y, por último, se suspendería o destituiría al juez que no cumpla con sus deberes judiciales.

[...] consideramos que existen vacíos legales, especialmente en la autorización de viaje en la vía judicial que el legislador no ha abordado de manera profunda y detallada cuando uno de los padres formula oposición sin acreditar medio probatorio idóneo y fehaciente. Es por ello que sugerimos que se modifique y amplíe la norma en mención y tratar este tema con mayor profundidad para evitar que el interés superior del niño se siga afectando.

De la protección del interés superior del niño y su situación.

El artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante “Constitución”) consagra este principio el cual hace alusión a que el Estado brinda una protección especial a las niñas, niños y adolescentes (en adelante se les llamará de manera facultativa y por efectos prácticos “menores de edad”) al encontrarse en una situación de vulnerabilidad (como es el abandono); sin embargo, si realmente ello fuese así, no se justificaría su intervención de protección especial en casos en los cuales dichas niñas, niños y adolescentes no se encontrasen en tales situaciones, por lo que se concluiría que el Estado solo entraría a tallar cuando estén en una situación irregular. (Chanamé, 2015, P. 33)

No obstante, la interpretación del párrafo precedente resulta incorrecta por cuanto nuestro país no se adhiere más a la “doctrina de la situación irregular”, dado que al ratificar la Convención sobre los derechos del niño, estamos bajo la influencia de la “doctrina de la protección integral” la cual establece que se debe proteger a los menores de edad de una manera especial e integral. Ello se justifica en razón de que dichas personas son sujetos de derechos específicos, dado que están en una situación en la cual aún vienen desarrollando su personalidad tanto física como psicológicamente; lo

que importa es que sean más vulnerables frente a situaciones en su contra así como estar en mayor grado de indefensión (diferenciándose de los adultos); por ende, el Estado debe garantizar sus derechos.

Lo referido se resume en que el Estado, la familia y la sociedad deben proteger a las niñas, niños y adolescentes de una manera integral, ya sea cuando se encuentren en situación irregular (abandono, infractores penales, incapacidad física o mental) o no; al ser sujetos de derechos específicos (ya no sujetos de tutela o compasión) en razón de sus particulares características antes dichas, y por lo tanto, motiva un deber especial por parte del Estado y la sociedad de brindarle dicha protección especial, y de esta manera, garantizar sus derechos. (CIDH, 2002)

Así también lo ha referido el Tribunal Constitucional al indicar que “el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar”. (Expediente N° 3330-2004, 2008)

Sobre la doctrina de la protección integral, Emilio García refiere que “el punto central de la doctrina de la protección integral es el reconocimiento de todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna, como sujetos de plenos derechos, cuyo respeto el Estado debe garantizar. De la consideración del menor como objeto de compasión-represión y de tutela por parte del Estado, a la consideración de la infancia y adolescencia como sujeto de plenos derechos, así como la previsión de los canales idóneos para exigirlos, es lo que caracteriza el tránsito de una doctrina a otra”. (Quispe, 2017)

Siendo esto así, se entiende que la protección especial que brinda el Estado a las niñas, niños y adolescentes es, entre otras cosas, para garantizar sus derechos, tanto extrapatrimoniales como patrimoniales, y este último alcanza a los padres, vale decir, la protección especial que los padres deben ejercer en el patrimonio de sus hijos, ya sea administrándolos, usufructuándolos o disponiendo de ellos, conforme a la normativa imperante y teniendo en cuenta su interés superior.

Lo antes expresado, es de gran importancia si se tiene en cuenta que una adecuada administración, usufructo o disposición de sus bienes conllevaría garantizar que su patrimonio le sea de utilidad tanto en su etapa de niñez y adolescencia como cuando adquiriera una capacidad absoluta de ejercicio, contrario sensu, les perjudicaría tanto a nivel económico como incluso atentando contra su propia integridad y desarrollo personal.

Principios y normas con rangos constitucionales referidos al derecho de niñez y adolescencia, y su utilidad al momento de administrar, usufructuar y disponer de sus bienes

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Es pertinente precisar que los principios constitucionales, y por extensión, los principios consagrados en normas con rango constitucional como la Convención sobre los Derechos del Niño, cumplen dos funciones, que según Alex Plácido (2015) son:

***Función legisladora:** permite desarrollar las normas de menor grado dentro de los alcances que propone cada principio constitucional.*

***Función interpretadora:** permite encontrar el verdadero sentido de las normas de menor grado e integrar el sistema jurídico en caso de defecto o deficiencia de la ley.*

(p. 59)

Adicionalmente, se debe tomar en consideración que dicha convención acoge la mencionada “doctrina sobre la protección integral”, la cual ha sido desarrollada en los párrafos precedentes, y cuyos instrumentos básicos son: **1)** La Convención sobre los derechos del niño, del 20 de noviembre de 1989, **2)** Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing del 29 de noviembre de 1985), y **3)** Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad y Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Reglas de Riyadh del 14 de diciembre de 1990).

Teniendo en cuenta lo antes señalado, la Convención sobre los derechos del niño regula una serie de principios y normas que garantizan los derechos de ellos tanto a nivel extra patrimonial como patrimonial, como, por ejemplo:

PRINCIPIO DE BIENESTAR EN LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Artículo 3. [...] . Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. (La cursiva es nuestra).

Nótese que el compromiso de los Estados partes de asegurar la protección y el cuidado de las niñas, niños y adolescentes tiene como finalidad su bienestar, el cual tiene como significados: “estado de la persona que goza de buena salud física y mental, lo que le proporciona un sentimiento de satisfacción y tranquilidad”, y el “estado de una persona cuyas condiciones económicas le permiten vivir con holgura”; consecuentemente, los menores de edad pueden alcanzar dicho bienestar cuando se encuentran en armonía no solo a nivel físico y psicológico, sino también a nivel económico; y un primer paso es el debido cuidado tanto de su integridad como de sus bienes por parte de sus padres quienes

ejercen la patria potestad, que es un deber y derecho de los mismos, de conformidad con las normas pertinentes, lo cual obliga al Estado a tomar las medidas tanto legislativas como administrativas para lograr dicho fin. Considérese que la protección a las niñas, niños y adolescentes por parte del Estado— para lograr su bienestar, se traslada evidentemente tanto a sus padres, tutores como a quienes sean responsables de los mismos; y esto, debido a que la protección especial hacia ellos recae no solo en el Estado, sino también en la comunidad, y por naturaleza, a sus parientes directos y/o cercanos. (Rodríguez, 2017)

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Tipo de Investigación

El tipo de la presente investigación realizada fue tipo aplicada, porque tuvo como objeto describir y explicar sistemáticamente una realidad concreta que ocurre en nuestro entorno social jurídico, reconociendo en ellas sus características y las variaciones o sus condiciones, para así poder plantear propuestas y de esa manera logramos dar las soluciones respectivas.

3.2. Enfoque de Investigación

La investigación fue de enfoque cuantitativo, porque perseguíamos la descripción de la manera más exacta con relación a la realidad social, por ello nos apoyamos en las técnicas estadísticas, sobre todo en la encuesta y en los análisis de documentos, y así nos permitió establecer leyes generales de la conducta humana a partir de la producción de generalizaciones empíricas.

3.3. Alcance o nivel

El nivel de investigación que se utilizó en la investigación fue de nivel descriptivo – explicativo, por cuanto las investigaciones de nivel descriptivo consistieron fundamentalmente en caracterizar un fenómeno o situación concreta, que indicaron sus rasgos más peculiares o diferenciadores por lo que nos referimos al objeto de estudio de examinar un tema o problemática que era poco estudiado. Y del mismo modo en el nivel explicativo tratamos de efectuar un proceso de abstracción con la finalidad de destacar aquellos elementos, aspectos o relaciones que se consideran básicos para comprender los objetos y procesos.

Tabla N° 02

MUESTRA DE LA COMPOSICIÓN DE LA POBLACIÓN DE ESTUDIO

Unidades de estudio	Cantidad	TOTAL
Notarios de la Región Huánuco	5	100 Unidades de estudio
Abogados civilistas especialistas	95	

3.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Técnicas	Instrumentos
El fichaje	Fichas textuales y resumen para el recojo de información a las fuentes de información para el marco teórico.
Encuesta	Ficha de encuesta tipo cuestionario se aplicó a los Abogados especialistas en materia civil.
Entrevista	Ficha de entrevista a los Notarios de la Región Huánuco

3.7. TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Una vez aplicados los instrumentos de recolección de datos como la encuesta, entrevista, entre otros, procedimos al conteo y el análisis respectivo a través de la estadística descriptiva, considerando la frecuencia y el porcentaje simple; luego pasamos a realizar la interpretación comenzando de nuestro marco teórico y de los mismos resultados, para este proceso utilizamos las talas y gráficos de barras.

Para la comunicación de los resultados se utilizó los cuadros de distribución estadística y los gráficos estadísticos simples.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

Se considera la existencia de planteamientos teóricos distintos en función a la investigación, en relación al número de sentencias de la Corte Suprema de la República.

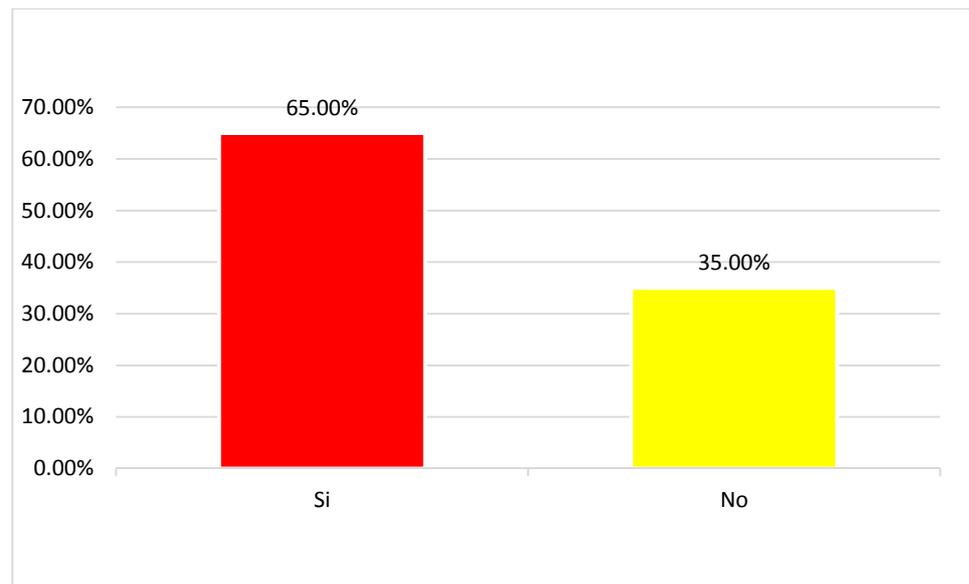
TABLA N° 01:

Opinión de los operadores del derecho acerca de que si se considera la existencia de planteamientos teóricos distintos en función a la investigación, en relación al número de sentencias de la Corte Suprema de la República.

	Frecuencia	Porcentaje
Si existen planteamientos teóricos distintos	13	65.00%
No existen planteamientos teóricos distintos	7	35.00%
TOTAL	20	100.00%

Fuente: encuesta realizada a jueces y especialistas judiciales.

Figura N° 01



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre Opinión de los operadores del derecho acerca de que si se considera la existencia de planteamientos teóricos distintos en función a la investigación, en relación al número de sentencias de la Corte Suprema de la República, se tiene que el 45% considera **Si** existen discrepancias teóricas, mientras que el 35% **No** existen discrepancias teóricas.

Considera usted la existencia de discrepancias teóricas, teniendo en cuenta que el estudio a realizar el cual se enfoca en los proceso de autorización de viaje de menores de edad.

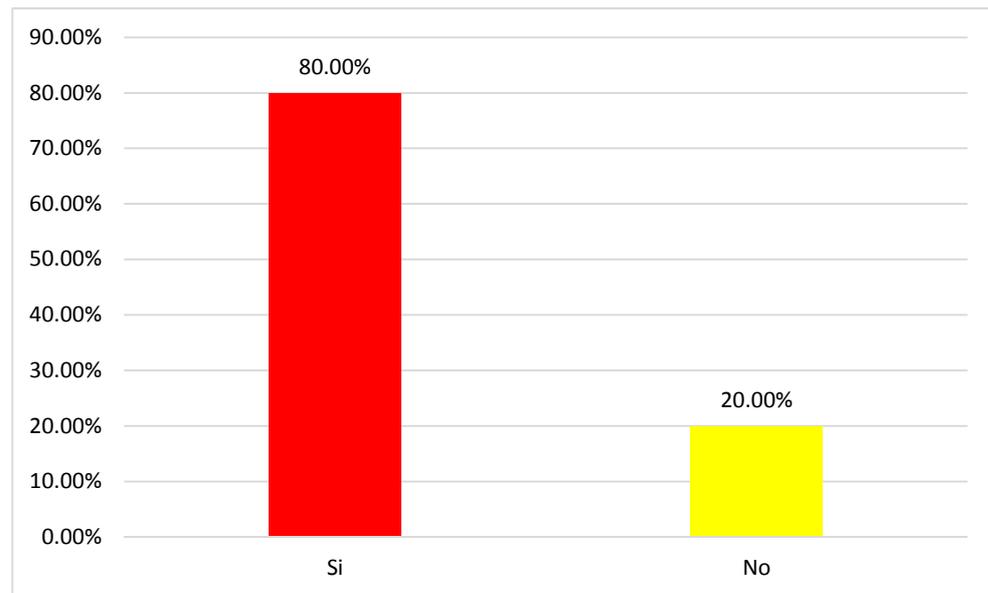
TABLA N° 02:

Opinión de los operadores del derecho si se considera la existencia de discrepancias teóricas.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	16	80.00%
No	4	20.00%
TOTAL	20	100.00%

Fuente: encuesta realizada a jueces y especialistas judiciales

Figura N° 02



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre Opinión de los operadores del derecho si se considera la existencia de discrepancias teóricas, se tiene que el 80% considera **Si**, mientras que el 20% **No**.

Considera que el Artículo 4 de la Constitución Política del Estado Peruano la cual tipifica que: “la comunidad, y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, protege en toda su totalidad al niño y adolescente.

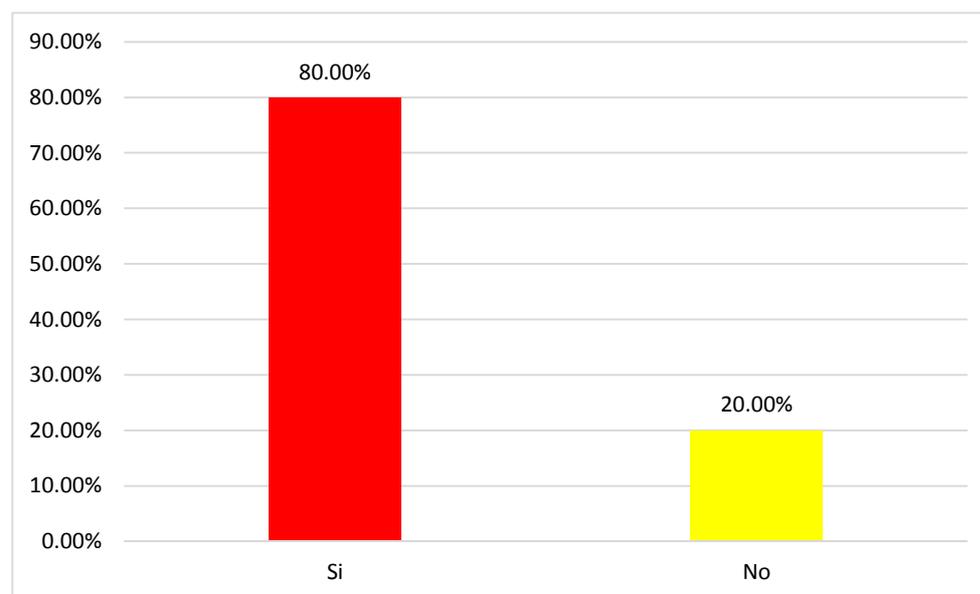
TABLA N° 03:

Opinión de los operadores del derecho si considera que el artículo 4 protege o no en su totalidad al niño y adolescente.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	16	80.00%
No	4	20.00%
TOTAL	20	100.00%

Fuente: encuesta realizada a jueces y especialistas judiciales

Figura N° 03



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre opinión de los operadores del derecho si considera que el artículo 4 protege o no en su totalidad al niño y adolescente, se tiene que el 80% considera **Si**, mientras que el 20% **No**.

Considera usted las discordancias entre los artículos del Código Civil Peruano, la declaración de niño con la Constitución Política en relación a la protección de niño y adolescente, teniendo en cuenta la doctrina de la supera la doctrina de la “situación irregular del menor” por la de la “protección integral” (niños y los adolescentes como sujetos de derecho).

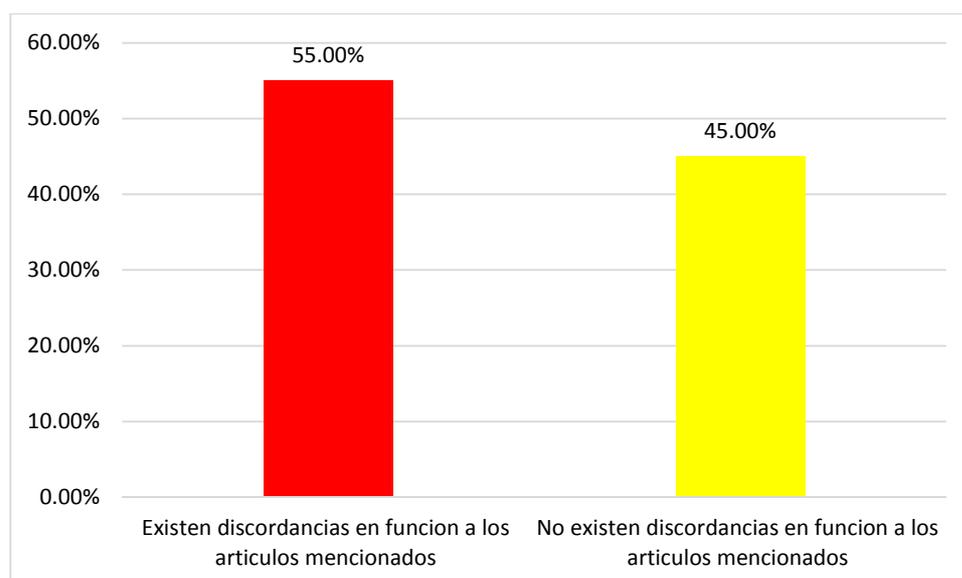
TABLA N° 04:

Opinión de los operadores del derecho que en función a si considera usted las discordancias normativas.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Existen discordancias en función a los artículos mencionados	11	55.00%
No existen discordancias en función a los artículos mencionados	09	45.00%
TOTAL	20	100.00%

Fuente: encuesta realizada a jueces y especialistas judiciales

Figura N° 04



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre opinión de los operadores del derecho que en función a si considera usted las discordancias normativas, se tiene que el 55% considera **existen discordancias en función a los artículos mencionados**, mientras que el 45% **no existen discordancias teóricas en función a los artículos mencionados**.

Se podría aplicar la normativa internación de los Códigos del Niño y Adolescentes, los Códigos Civiles y las Constituciones Extranjeras que protegen en su totalidad al niño en cualquier situación.

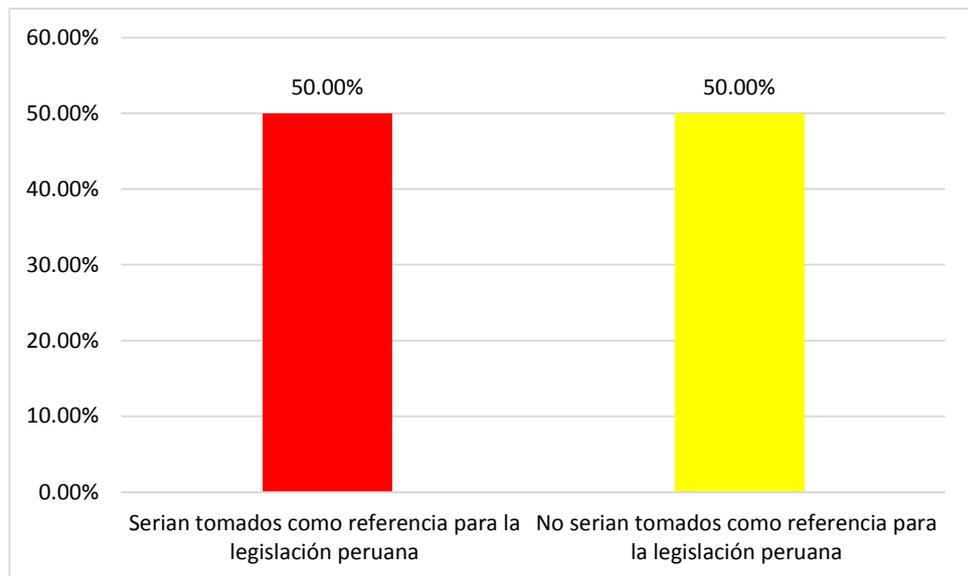
TABLA N° 05:

Opinión de los operadores del derecho en relación que si se podría aplicar la normativa internacional.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Serian tomadas como referencias para la legislación peruana	10	50.00%
No serian tomadas como referencias para la legislación peruana	10	50.00%
TOTAL	20	100.00%

Fuente: encuesta realizada a jueces y especialistas judiciales

Figura N° 05



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre opinión de los operadores del derecho en relación que si se podría aplicar la normativa internacional, se tiene que el 50% considera **serían**

tomadas en cuenta como referencia para la legislación peruana, mientras que el 50% no serían tomadas en cuenta como referencia para la legislación peruana.

Podemos aplicar como modelo en la legislación peruana los Códigos Civiles Internacionales que establecen expresamente la protección absoluta del Niño y Adolescente.

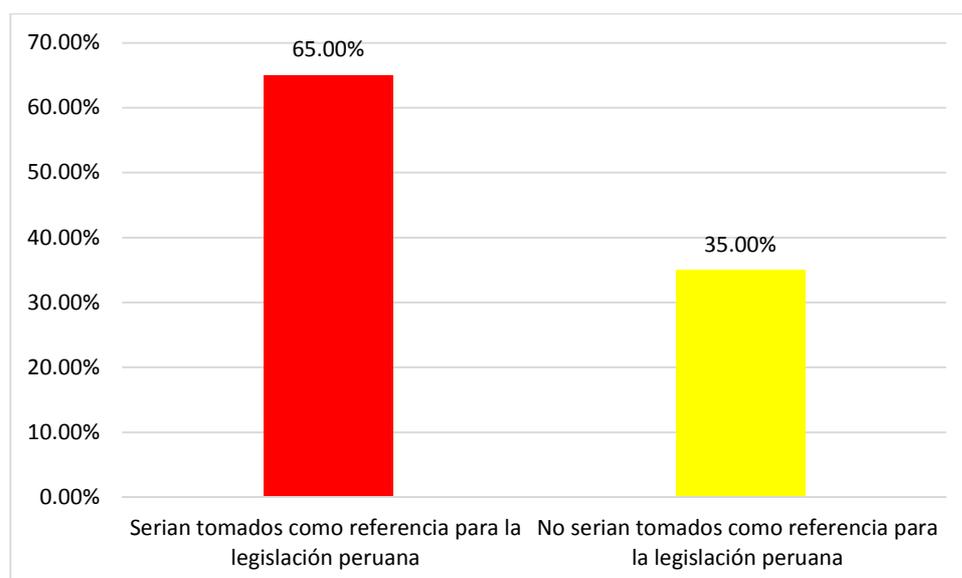
TABLA N° 06:

Opinión de los operadores del derecho en relación que si podemos aplicar como modelo en la legislación peruana los Códigos Civiles Internacionales.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Serian tomadas como referencias para la legislación peruana	13	65.00%
No serian tomadas como referencias para la legislación peruana	7	35.00%
TOTAL	20	100.00%

Fuente: encuesta realizada a jueces y especialistas judiciales

Figura N° 06



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, opinión de los operadores del derecho en relación que si podemos aplicar como modelo en la legislación peruana los Códigos Civiles Internacionales, se tiene que el 65% considera **serían tomadas en cuenta como referencia para la legislación peruana**, mientras que el 35% **no serían tomadas en cuenta como referencia para la legislación peruana**.

Considera usted que existen discrepancias teóricas en relación a la problemática existente, en relación a los casos existentes sobre situación de abandono, argumentando que las políticas del estado peruano conllevan a definir que la Constitución solo protege al niño en dicha situación mas no en otra.

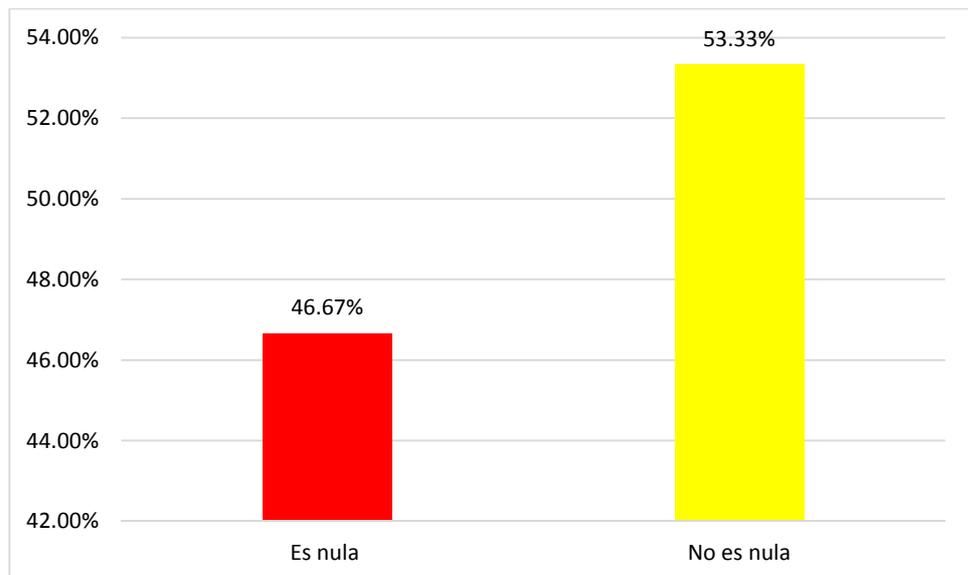
TABLA N° 07:

Opinión de la comunidad jurídica en función a que existen discrepancias teóricas.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Es nula	28	46.67%
No es nula	32	53.33%
TOTAL	60	100.00%

Fuente: Encuesta realizada a abogados y especialistas del Derecho Civil y Constitucional.

Figura N° 07



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre la opinión de la comunidad jurídica en función a que existen discrepancias teóricas, se tiene que el 46.67% considera **es nula**, mientras que el 53.33% **no es nula**.

Existen discrepancias teóricas con respecto al estudio a realizar el cual se enfoca en aquellas personas que no se encuentran protegidas por ninguna otra persona, y si la función de la DEMUNA es la correcta.

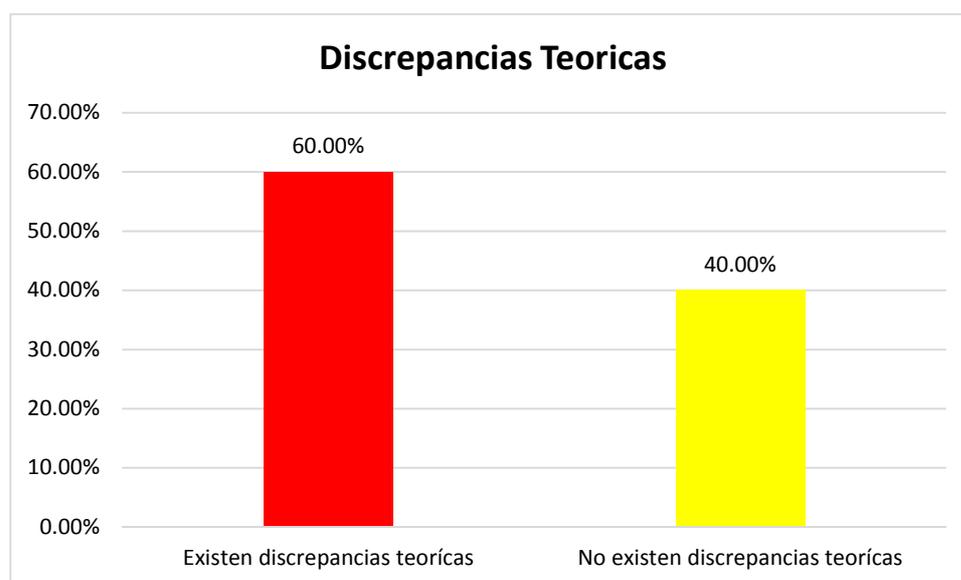
TABLA N° 08:

Opinión de la comunidad jurídica en función a si existen discrepancias teóricas con respecto al estudio a realizar.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si existen discrepancias teóricas	36	60.00%
No existen discrepancias teóricas	24	40.00%
TOTAL	60	100.00%

Fuente: Encuesta realizada a abogados y especialistas del Derecho Civil y Constitucional.

Figura N° 08



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre opinión de la comunidad jurídica en función a si existen discrepancias teóricas con respecto al estudio a realizar, tiene aún algunos vacíos legales, se tiene que el 60% considera **Si** existen discrepancias teóricas, mientras que el 40% **No** existen discrepancias teóricas.

Existen discordancias normativas entre el artículo 4 de la Constitución y el Código de los Niños y Adolescentes (promulgado en 1992), el cual supera la doctrina de la “situación irregular del menor” por la de la “protección integral” (niños y los adolescentes como sujetos de derecho).

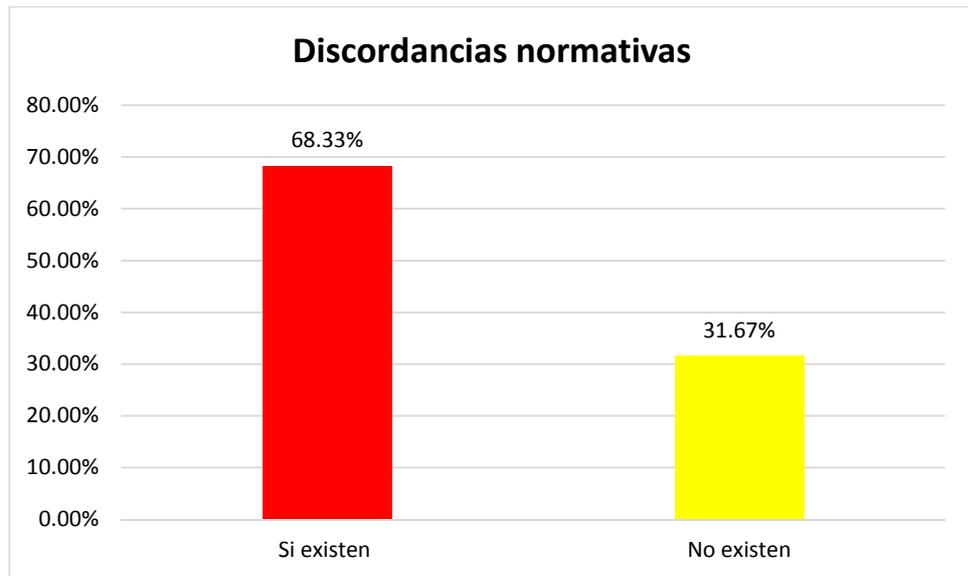
TABLA N° 09:

Opinión de la comunidad jurídica en relación que si existen discordancias normativas.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si existen	41	68.33%
No existen	19	31.67%
TOTAL	60	100.00%

Fuente: Encuesta realizada a abogados y especialistas del Derecho Civil.

Figura N° 09



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre opinión de la comunidad jurídica en relación que si existen discordancias normativas, se tiene que el 68.33% considera **Si** existen, mientras que el 31.67% **No** existen.

Considera que el Estado Peruano debe tener en cuenta los cuerpos normativos internacionales y aplicarlos en la problemática a tratar.

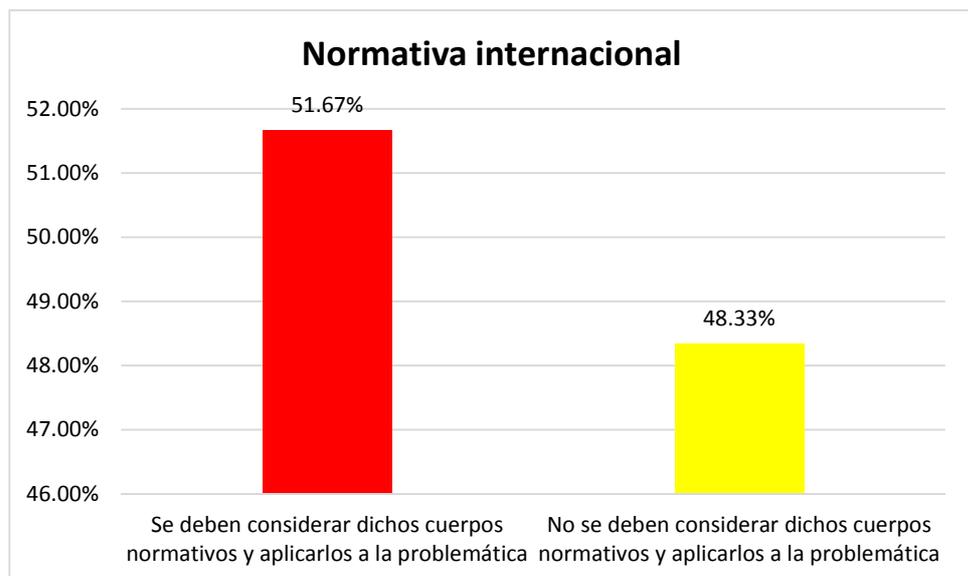
TABLA N° 13:

Opinión de la comunidad jurídica en relación a si se considera que el Estado Peruano debe tener en cuenta los cuerpos normativos internacionales y aplicarlos en la problemática a tratar.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	31	51.67%
De acuerdo	29	48.33%
TOTAL	60	100.00%

Fuente: Encuesta realizada a abogados y especialistas del Derecho Civil

Figura N° 11



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre opinión de la comunidad jurídica en relación a si se considera que el estado peruano debe tener en cuenta los cuerpos normativos internacionales y aplicarlos en la problemática a tratar, se tiene que el 51.67% considera **Se deben considerar dichos cuerpos normativos y aplicarlos a la problemática**, mientras que el 48.33% **No se deben considerar dichos cuerpos normativos y aplicarlos a la problemática.**

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

De acuerdo con la interpretación del Magistrado Luis Sucre, este principio constituye: “Un principio vinculante para todos aquellos que puedan influir o tomar decisiones respecto a situaciones en la que deban resolverse cuestiones que de un modo a otro, afecten a niños y adolescentes”.

Asimismo, se consagra como un principio inspirador que sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona, donde priman los intereses del primero. Todo ello implica que este principio favorece la protección de los derechos del niño y el lugar central que ocupa en la convención constituye un valioso aporte a la ideología de los derechos del niño.

En ese sentido, corresponderá a los Estados velar en cualquier medida adoptada por instituciones públicas o privadas relativas a los niños, así como en cualquier conflicto en el que estos se vean involucrados, se dé atención prioritaria al interés superior del niño como consideración primordial. El interés superior del niño es la premisa fundamental de la doctrina de la protección integral; vale decir, es la base para la interpretación y aplicación de la normativa para los niños, las niñas y los adolescentes, al establecer líneas de acción de carácter absoluto para todas las instancias de la sociedad y limitando la discrecionalidad de sus acciones. En ese orden de ideas, se establece que frente a algún menoscabo ocasionado por un supuesto interés de un adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; en razón de la necesidad de defender los derechos de quienes no pueden ejercerlos personalmente por sí mismos, y que por la etapa de desarrollo en que se encuentran, no pueden oponer resistencia o responder a alguna lesión a sus derechos.

La doctrina de la protección integral permite salvaguardar y garantizar la protección de los niños, niñas y adolescentes en todas sus áreas de desarrollo, para que de manera efectiva puedan respetarse sus derechos.

De esa forma, el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a raíz del interés superior del niño, de la niña y del adolescente, el cual posee fuerza normativa y, en la presente unidad de análisis, debe ser concebido como punto de interpretación de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Es decir, en los procesos de autorización de viaje, los jueces evalúan los intereses tanto de los adultos como de los niños quienes manifiestan su voluntad en querer salir del país. Entonces, tras evaluar y sopesar los medios probatorios que se presenten, los jueces priorizan el interés superior del niño, haciendo efectivo el derecho de los niños a la libertad de tránsito, al esparcimiento, al descanso, al juego y a las actividades recreativas. Asimismo, el derecho a que el niño deba ser escuchado.

Por otro lado, el objetivo del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención, y el desarrollo integral del niño (desarrollo físico, moral, espiritual, psicológico, mental y social del niño). De acuerdo a la Observación General N° 14 —aprobada por el Comité de los Derechos del Niño—, se subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

- **Un derecho sustantivo.** El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. Es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

- **Un principio jurídico interpretativo fundamental.** Si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

- **Una norma de procedimiento.** Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

Asimismo, los jueces al invocar este principio, lo vinculan particularmente con los siguientes derechos:

Derecho a la opinión

Regulado en el artículo 9 del Código de los Niños y Adolescentes, este derecho establece que el niño y el adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que ellos elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

Asimismo, este derecho se encuentra regulado en el artículo 12 de la **Convención de los Derechos del Niño**, el cual establece: **1.** Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión

libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. **2.** Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Por otro lado, de acuerdo con la **Observación General N° 14** se establece que *“la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan”*. El derecho a la opinión permite la expresión libre del niño en todos los asuntos de su interés, incluyendo los procedimientos administrativos o judiciales.

El derecho de expresar su opinión libremente alude a que el niño pueda emitir sus opiniones sin presión. Asimismo, se encuentra vinculado con el derecho a la libertad que todos los seres humanos poseen; sin embargo, esta libertad se expresa en los niños, niñas y adolescentes de forma restringida porque al ser menores de edad solo tienen capacidad de goce, es decir que son titulares de ese derecho, pero no poseen la capacidad de ejercerlo ya que este ejercicio se manifiesta a través de algún representante. Por lo tanto, hay derecho a la opinión porque los niños y adolescentes tienen derecho a la libertad pero esta es restringida. También expresa que el niño no puede estar sujeto a ningún tipo de manipulación, influencias ni presiones indebidas. Finalmente, es una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva “propia” del niño, es decir, que este tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones del resto.

Cabe destacar la importancia de la opinión del niño, la niña y el adolescente en cuanto a la toma de decisiones judiciales, porque el hecho de que el niño sea pequeño no significa que esté privado de este derecho, ni minimiza la importancia que el juez deba conceder a

la opinión del niño. Vale decir, el juez, como administrador de justicia, debe realizar un máximo esfuerzo para escuchar a los niños, las niñas y los adolescentes para que, de esta forma, pueda recabar sus opiniones, aplicando el interés superior del niño.

Para Alex Plácido:

El interés superior del niño está íntimamente vinculado con el derecho del niño a ser escuchado, entonces obliga al Estado, a la familia y a la sociedad a que en el momento de resolver, de tomar una decisión, se otorgue consideración primordial, priorizando el interés superior del niño, vale decir primacía al recibir protección y ayuda en cualquier circunstancia. Ello exige que, en los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén vinculados niños, niñas y adolescentes, se verifique la efectiva promoción de sus derechos.

Cuando nos encontramos dentro de los procesos de autorización de viaje, se puede apreciar claramente que en la etapa de la audiencia de actuación y de declaración judicial, el juez toma en cuenta el derecho a la opinión del niño, la niña y el adolescente en función de su edad y madurez para tomar una decisión y expedir sentencia. En ese orden de ideas, existe una obligación legal o jurídica para reconocer ese derecho y garantizar su cumplimiento escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los jueces deban garantizar directamente ese derecho para que el niño pueda disfrutarlo plenamente. A continuación se mostrará cómo el juez aplica el derecho a la opinión para sustentar el fallo:

CUADRO 1

DERECHO A LA OPINIÓN

Expediente	Juzgado	Criterio del juez	Fallo
11183-2012	Cuarto Juzgado de Familia	<p>CONSIDERANDO</p> <p>DÉCIMO QUINTO: Que el art. 9 del CNA prevé la libertad de opinión de todo niño o adolescente que se encuentre en condiciones de formarse sus propios juicios en todos los asuntos que les afecta.</p> <p>CONSIDERANDO</p> <p>DÉCIMO SEXTO: Que se debe escuchar la opinión del niño porque presenta las condiciones apropiadas para expresar su libre voluntad al deseo de viajar.</p>	Oposición infundada. Fundada la autorización de viaje.

Por lo tanto, se advierte que en los considerandos de la sentencia el juez permite el derecho a la opinión del niño, niña y adolescente, entendiéndolo como una facultad de expresar su voluntad, especificando que el menor se encuentra en condiciones de formar sus propios juicios y que sus declaraciones deben tomarse en cuenta al momento de resolver. Entonces, si bien es cierto, los niños, las niñas y los adolescentes aunque no sean personas adultas, opinan en todos los asuntos que les afecta, expresando ideas, deseos y propuestas que son válidas para los jueces para efectos de declarar fundada la autorización de viaje.

Es por ello que se debe respetar la libertad de expresión en todas las edades, para que de esa manera puedan recibir información todo tipo, y desarrollar su comunicación y sociabilidad. En ese orden de ideas, los jueces aplican la siguiente garantía procesal para la consideración primordial del interés superior del niño, regulada en el artículo 4 de la Ley N° 30466, al momento de emitir sentencia: el derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la ley le otorga.

La comunicación es de vital importancia cuando los niños, las niñas y adolescentes son entrevistados por los jueces en los procesos de autorización de viaje; pues mediante aquella se logra que los menores participen de forma activa y pueda determinarse su interés superior. Por lo tanto, concordamos lo referido por Aída Kemelmajer, al establecer que:

Escuchar es prestar atención a lo que se oye, es atender a los ruegos, súplicas o avisos de alguien. Hablar no es solo articular, es explicarse o darse a entender por medio distinto del de la palabra.

Por ende, si los niños, las niñas o los adolescentes tienen dificultades para hablar pueden utilizar otras expresiones, o sino comunicarse mediante algún representante. De esta manera, los jueces tomarán en cuenta sus expresiones al momento de emitir sentencia, teniendo en cuenta que para ejercer este derecho no basta escucharlos por medio del habla, sino también recurrir a todas las modalidades del metalenguaje, vale decir, gestos, miradas, etc. Significa prestar atención respecto a todas las manifestaciones que realiza el niño, la niña y el adolescente para conocer lo que siente, así como también para comprenderlo y entenderlo. En efecto, el juez aplica esta garantía tal y como se puede apreciar en la cuadro N° 1.

Por todo lo expuesto, en los procesos de autorización de viaje, el derecho a la opinión de los menores debe ser valorada por los jueces y ser tomada debidamente en cuenta al momento de sentenciar.

Los jueces al momento de emitir sentencia favorable respecto de la autorización del viaje, permiten que el niño efectivice el derecho al salir del país para lograr el goce y disfrute de sus actividades recreacionales y así poder descansar de sus tareas cotidianas.

Derecho ala libertad de tránsito

Podemos definir el derecho a la libertad tránsito como aquel que toda persona tiene de entrar y salir de un país, y desplazarse libremente por su territorio. Implica una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona conocido como libertad de locomoción o de desplazamiento, y reconoce la potestad de cada persona para trasladarse a donde quiera; es decir, que este derecho permite que toda persona ingrese a un territorio del Estado, fije su domicilio dentro de él, así como también cambiarlo, a permanecer en este, movilizarse de un lugar a otro y salir del país sin limitaciones, salvo las restricciones que establece nuestra Constitución Política del Perú, las cuales desarrollaremos más adelante.

Según el artículo 2.11 de la Constitución Política contiene la expresión: “a elegir su lugar de residencia”, sin embargo, dicha expresión no hace referencia al domicilio civil. Por ende, de acuerdo a Walter Gutiérrez y otros, el domicilio civil consiste en lo siguiente: “Sede jurídica de la persona donde cumple sus derechos y obligaciones. La residencia es el lugar donde la persona se encuentra accidental o transitoriamente sin llegar a la permanencia domiciliaria. Ambos conceptos pueden coincidir, siendo que el concepto de residencia es más amplio que el de domicilio”. En ese orden de ideas, nuestra Constitución Política faculta a que cada persona elija su propia residencia en cualquier parte del territorio nacional, ya sea de manera transitoria o temporal o permanente.

Una vez desarrollado el concepto de este derecho, se advierte entonces que, en aplicación al principio del interés superior del niño, cuando nos trasladamos a los procesos de autorización de viaje, diremos que uno de los objetivos de los jueces es garantizar el derecho al libre tránsito de los niños, las niñas y los adolescentes, el

ejercicio efectivo de transitar dentro o fuera del territorio nacional, y el derecho a estar protegido contra el traslado y retención ilícitos.

Entonces, consideramos que el juez debe aplicar el principio de razonabilidad para resolver el conflicto de intereses que se presenta; por un lado el interés del niño, niña o adolescente en salir del país (el derecho al libre tránsito, así como también a la opinión, al descanso y esparcimiento); y por el otro, el derecho a la contradicción u oposición del padre o madre que no permite que aquel salga del país. Por lo tanto, el juez va a evaluar estos derechos fundamentales en función de los medios probatorios que se presentan y al momento de emitir sentencia otorgará, seguramente, la autorización de viaje, al priorizar el interés superior del niño, sea porque la oposición formulada por uno de los padres no está debidamente fundamentada.

Derecho al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes

Este derecho está regulado en el artículo 31 de la Convención de los Derechos del Niño. Su finalidad consiste en proteger la naturaleza y evolución de la infancia, y su aplicación es fundamental para la calidad de la niñez, el derecho de los niños a un desarrollo óptimo, y el fomento de la capacidad de resistencia, recuperación y el ejercicio de otros derechos.

La **Observación General N° 17** ha establecido lo siguiente:

El descanso y el esparcimiento son tan importantes para el desarrollo del niño como la nutrición, la vivienda, la atención de salud y la educación. Sin suficiente descanso, los niños carecen de energía, motivación y capacidad física y mental para una participación o un aprendizaje provechosos. La denegación del descanso puede tener un efecto físico y psicológico irreversible en su desarrollo, salud y bienestar. También necesitan esparcimiento, o sea, un tiempo y un espacio exentos de obligaciones,

entretenimientos o estímulos en que puedan comportarse de manera tan activa o inactiva como deseen.

Con respecto al juego y la recreación, dicha Observación considera que:

La edad del niño al determinar la cantidad de tiempo que se le concederá para ello; la naturaleza de los espacios y los entornos disponibles; las formas de estimulación y diversidad; y el grado de supervisión y participación de adultos, necesario para garantizar la seguridad.

Ahora bien, el juez de la Corte Superior de Justicia de Lima aplica este derecho al momento de emitir sentencia, como se muestra en el siguiente cuadro:

CUADRO 2
CRITERIO DEL JUEZ

Expediente	Juzgado	Criterio del Juez	Fallo
11183-2012	Cuarto Juzgado de familia	<p>CONSIDERANDO DÉCIMO QUINTO:</p> <p>Que el artículo 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que todo niño tiene derecho al descanso, al esparcimiento, al juego y a la participación en actividades culturales y artísticas</p>	<p>Oposición infundada.</p> <p>Fundada la autorización de viaje.</p>

Advertimos que el juez al sentenciar tiene en cuenta la importancia del derecho al descanso, al esparcimiento, al juego, a las actividades recreativas, la vida cultural y las artes con la finalidad de que el niño, niña o adolescente pueda participar en la vida cotidiana y viajar por motivos de turismo, vacaciones, entre otras razones. En ese sentido, tales actividades constituyen un estímulo para el desarrollo afectivo, físico, intelectual y social de la niñez y la adolescencia, así como un mecanismo de equilibrio y autorrealización; es decir, que el niño, niña o adolescente realiza todo tipo de actividades ya sea a causa de la satisfacción inmediata que le ofrecen, o por el valor personal o social que espera conseguir de ellas. Además, tienen derecho a gozar, disfrutar, y a conocer otras culturas para incentivar su desarrollo físico, moral, espiritual y psicológico. Asimismo, tiene derecho a descansar, para no sufrir de presiones o estrés, y gozar buena salud y bienestar. Todo ello implica que los jueces al momento de emitir sentencia favorable respecto de la autorización del viaje, permiten que el niño efectivice el derecho al salir del país para lograr el goce y disfrute de sus actividades recreacionales y así poder descansar de sus tareas cotidianas.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

1. La doctrina de la protección integral permite salvaguardar y garantizar la protección de los niños, niñas y adolescentes en todas sus áreas de desarrollo, para que de manera efectiva puedan respetarse sus derechos.
2. El principio del interés superior del niño sirve para dar solución a los conflictos de interés surgido entre un menor de edad y otra persona, donde priman los intereses del niño. Esto se da por la necesidad de defender a aquel que no puede por sí mismo oponer resistencia frente al menoscabo de sus derechos a causa de la etapa de desarrollo que se encuentra.
3. En los procesos de autorización de viaje los jueces que conceden el pedido, lo amparan en el interés superior del niño vinculándolo con el derecho a la opinión, el libre tránsito y con el derecho al juego, al esparcimiento, al descanso, a las actividades recreativas, a la vida cultural y el arte.

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES

1. Existe restricción al derecho de libre tránsito del niño, niña y adolescente en los procesos de autorización de viaje, cuando uno de los padres formula oposición sin acreditar medio probatorio idóneo y fehaciente, así como por la demora de la tramitación de estos procesos que concluyen en un tiempo superior al plazo legal previsto.
2. Las posibles causas que restringen el derecho al libre tránsito del niño, niña y adolescente afecta el principio del interés superior del niño por las conductas dilatorias del padre o de la madre.
3. Los jueces al emitir sentencia, no ejercen sus facultades coercitivas, vale decir, colocar sanciones pecuniarias a través de las multas que el ordenamiento jurídico le atribuye para castigar a todo aquel que entorpezca el desarrollo normal del proceso.

CAPÍTULO VIII

REFERENCIAS

A. BIBLIOGRÁFICAS

- DevisEchandía, H. (1981) Teoría general de la prueba judicial, t. I, Buenos Aires: Víctor de Zavalia.
- Gutiérrez, W (2005) La Constitución comentada: Análisis artículo por artículo, Lima: Gaceta Jurídica.
- Kemelmajer, A (2009) La familia en el nuevo derecho, t. II, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Ledesma Narváez, M (2011) Comentarios al Código Procesal Civil, t. I, Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido, Alex, Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes, Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- Tribunal Constitucional, Expediente N° 728-2008-PHC/TC, Lima: 13 de Octubre del 2008.
- Sala Civil Permanente (ponente: Sr. Juez Jorge Calderón), Casación N° 1961-2012 Lima, Lima: 10 de Setiembre del 2013.
- López-Contreras, Rony, “Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido”, en Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, N° 13. Recuperado de <http://bit.ly/2gGvJZi>
- Mejía de Elías, Rosalía, “Permiso de viaje de menores”, en Notarius, N° 9, Lima:1999.
- Mesía Ramírez, Carlos y Juan Manuel Sosa Sacio, Constitución Política comentada, Lima: Gaceta Jurídica. Recuperado de < goo.gl/eGIC9G>.

Rioja, Alexander, “Celeridad procesal y actuación de la sentencia impugnada en el proceso civil peruano”, Lima: Diciembre del 2008. Recuperado de < goo.gl/iY6UTS>.

Rojas Sarapura, Walter, Comentarios al código niños y adolescentes y derecho de familia, Lima: Fecat, 2009.

Código de Niños y Adolescentes. “Artículo 162. Procesos no contenciosos. Corresponde al Juez especializado resolver los siguientes procesos no contenciosos: inciso d) Autorizaciones”.

Decreto Supremo N° 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. “Artículo 53. Los Juzgados de Familia conocen: inciso f) Autorizaciones de competencia judicial para viaje con niños y adolescentes”.

Congreso de la República, Ley N° 30466: Ley que establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, Lima: 17 de Junio del 2016.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, S.I.: 29 Mayo del 2013, p. 19

Chanamé Orbe, Raúl, Comentario a la Constitución Política del Perú de 1993, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 33.

CIDH OC-17/2002

STC del 2008. {Expediente N° 3330-2004}, El proceso civil en su jurisprudencia, Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 32

Quispe Villanueva, Edgardo. Aspectos sustantivos y procesales de la ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y sus modificatorias2017 [Ubicado 14 XI 2017] obtenido en: <http://actualidadcivil.com.pe/servicio/revista/articulo-aspectos->

[sustantivos-y-procesales-de-la-ley-que-regula-el-proceso-de-filiacion-judicial-de-paternidad-extramatrimonial-y-sus-modificadorias-826?t=DECLARACION%20DE%20PATERNIDAD](#)

Plácido Vilcachagua, Alex F., Manual de Derecho de los niños, niñas y adolescentes, Lima: Instituto Pacifico, 2015, p 59

Rodríguez Chávez, Diana. La impugnación de paternidad: entre su regulación legal y el control difuso 2017 [Ubicado 14 XI 2017] obtenido en: <http://actualidadcivil.com.pe/servicio/revista/articulo-la-impugnacion-de-paternidad-entre-su-regulacion-legal-y-el-control-difuso-1332?t=ADN>.

B. ELECTRONICAS

Buaiz V., Yury (2016). La doctrina para la protección integral de los niños. Aproximaciones a su definición y principales consideraciones. Recuperado de <<http://bit.ly/2qBZAI9>>.

Ortiz Bruzual, E. (2016). Doctrina de la Protección Integral y el Nuevo Derecho para Niños y Adolescentes. Recuperado de <<http://bit.ly/2oVjo6v>>.

Rioja, Alexander (2008) Celeridad procesal y actuación de la sentencia impugnada en el proceso civil peruano, Lima. Recuperado de < goo.gl/iY6UTS>.

C. NORMAS LEGALES

Decreto Supremo N° 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "Artículo 53. Los juzgados de familia conocen: inciso f) Autorizaciones de competencia judicial para viaje con niños y adolescentes".

Código de Niños y Adolescentes. "Artículo 162. Procesos no contenciosos. Corresponde al Juez especializado resolver los

siguientes procesos no contenciosos: inciso d) Autorizaciones”.

Congreso de la República, Ley N° 30466: Ley que establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, Lima: 17 de Junio del 2016.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, S.I.: 29 de Mayo del 2013, p. 19

CAPÍTULO IX

ANEXOS

ANEXO 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO:“LÍMITES AL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LIBRE TRÁNSITO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN LOS PROCESOS DE AUTORIZACIÓN DE VIAJE”.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLE E INDICADORES	METODOLOGÍA	POBLACIÓN Y MUESTRA
<p>Problema General</p> <p>¿Es necesario los límites al derecho constitucional de libre tránsito del niño, niña y adolescente en los procesos de autorización de viaje?</p>	<p>Objetivo General</p> <p>Analizar los límites al derecho constitucional de libre tránsito del niño, niña y adolescente en los procesos de autorización de viaje.</p>	<p>Hipótesis General</p> <p>Es necesario porque el juez debe aplicar el principio de razonabilidad para resolver el conflicto de intereses que se presenta; por un lado el interés del niño, niña o adolescente en salir del país (el derecho al libre tránsito, así como también a la opinión, al descanso y esparcimiento); y por el otro, el derecho a la contradicción u oposición del padre o madre que no permite que aquel salga del país.</p>	<p>Variable independiente</p> <p>X: Derecho Constitucional de libre tránsito del niño, niña y adolescente</p> <p>Dimensiones</p> <p>X1:Constitucion Política del Perú X2:Código del Niño y Adolescente X3:Declaración Universal de los Derechos del</p>	<p>Tipo de investigación</p> <p>Aplicada</p> <p>Nivel de investigación</p> <p>Descriptiva explicativa</p> <p>Método</p> <p>Cuantitativo</p> <p>Diseño</p> <p>O: M</p>	<p>Población</p> <p>Notarios de la Región Huánuco y abogados especialistas en derecho civil (315)</p> <p>Muestra</p> <p>N° 100 personas</p> <p>Técnicas e instrumentos</p>
<p>Problemas secundarios</p> <p>¿El interés superior del niño constituye:</p>	<p>Objetivos secundarios</p> <p>Identificar el marco teórico, relacionados</p>	<p>Hipótesis Secundarias</p> <p>El juez va a evaluar estos derechos fundamentales en función de los</p>			

<p>“un principio vinculante para todos aquellos que puedan influir o tomar decisiones respecto a situaciones en la que deban resolverse cuestiones que de un modo a otro, afecten a niños y adolescentes?”</p> <p>¿El interés superior del niño es la premisa fundamental de la doctrina de la protección integral?</p> <p>¿El análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a raíz del interés superior del niño, de la niña y del adolescente?”</p>	<p>con los supuestos derecho constitucional de libre tránsito del niño, niña y adolescente en los procesos de autorización de viaje en la legislación peruana.</p> <p>Determinar los bienes jurídicos que se ven afectados en función al derecho constitucional de libre tránsito del niño, niña y adolescente en los procesos de autorización de viaje.</p> <p>Examinar los casos existentes relacionados con el derecho constitucional de libre tránsito del niño, niña y adolescente en los procesos de autorización de viaje.</p>	<p>medios probatorios que se presentan y al momento de emitir sentencia otorgará, seguramente, la autorización de viaje, al priorizar el interés superior del niño, sea porque la oposición formulada por uno de los padres no está debidamente fundamentada.</p> <p>La residencia es el lugar donde la persona se encuentra accidental o transitoriamente sin llegar a la permanencia domiciliaria. Ambos conceptos pueden coincidir, siendo que el concepto de residencia es más amplio que el de domicilio.</p> <p>En el caso que uno de los padres no esté de acuerdo y formula oposición de viaje, el juez dispondrá que se resuelva el conflicto de interés a través del llamado incidente procesal, el mismo que se deberá aperturar a prueba a fin que sean analizados y evaluados los medios probatorios; debiéndose emitir la resolución pertinente.</p>	<p>Niño X4: Convención de los Derechos del Niño</p> <p>Variable dependiente</p> <p>Y: Los procesos de autorización de viaje</p> <p>Dimensiones</p> <p>Y1: Constitución Política del Perú Y2: Código del Niño y Adolescente</p>		<p>Técnicas</p> <p>Fichaje Encuesta Entrevistas</p> <p>Instrumentos</p> <p>Ficha Cuestionario Guía de entrevista</p>
--	---	--	--	--	--

CAS. N° 519-2016 LIMA*

** Sala Civil Transitoria (Ponente: Sr. Juez Ángel Romero), Casación N° 519-2016 Lima, Lima: 5 de Setiembre del 2016, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 31 de Agosto del 2017.*

Principio del Interés Superior del Niño. Si bien el Principio del Interés Superior del Niño es un término cargado de gran indeterminación, este debe ser aplicado tomando en cuenta las condiciones particulares de cada caso garantizando que se otorgue al menor no solo protección sino que se le otorguen las condiciones necesarias para adquirir autonomía.

Lima, cinco de setiembre del dos mil dieciséis.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número quinientos diecinueve - dos mil dieciséis, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; y producida la votación con arreglo a Ley, de conformidad con el dictamen de fojas ciento cincuenta y seis del Cuadernillo de Casación, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

En el presente proceso de autorización de viaje de menor, la demandada M.E.L.C. ha interpuesto recurso de casación mediante escrito obrante a fojas mil trescientos treinta y nueve, contra la sentencia de vista de fojas mil trescientos tres, de fecha veintinueve de diciembre del dos mil quince, emitida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia apelada de fojas doscientos ochenta y nueve, de fecha dos de abril del dos mil trece, que declaró infundada la oposición; en consecuencia, se autoriza el viaje de la menor; integrando el fallo, debiendo precisar que se autoriza la fecha de viaje para el mes de febrero del dos mil dieciséis a la ciudad de Miami, por razones de turismo, para cuyo efecto el demandante

deberá precisar en ejecución de sentencia los días en los que realizará el viaje respectivo, adjuntando los boletos de ida y vuelta e indicando la dirección del lugar en el que se van a hospedar así como el teléfono al cual pueda la madre comunicarse con su menor hija, debiendo el Juzgado poner en conocimiento de la madre de la menor antes que disponga la salida efectiva de la menor.

II. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD

El veintiséis de diciembre del dos mil doce, mediante escrito obrante a fojas veintitrés, J.S.L.C., presentó solicitud de autorización de viaje de su menor hija de iniciales E.L.LL; indicando que es el padre de la menor, es empresario y tiene la capacidad económica de salir del país cuando sea necesario para conocer diferentes lugares, como es Estados Unidos, Miami por treinta días, tal como lo acordó con su hija, en calidad de turismo, durante las vacaciones escolares.

2. OPOSICIÓN

El once de enero del dos mil trece, M.E.L.C. presentó oposición a la solicitud, argumentando que: El demandante no señaló fecha del viaje, indicando una fecha probable, incluso a la fecha de la oposición dicha fecha ya había pasado, lo que hace improcedente la demanda. La menor es de nacionalidad peruana y no francesa, de modo que J.S.L.C. ha incurrido en delito contra la fe pública en su modalidad de falsedad ideológica y falsedad genérica. Señala que ella y su hija piensan que se quieren quedar en Estados Unidos, vulnerando con ello su condición de madre de la menor y el derecho de la niña a desarrollarse íntegramente en contacto directo con su madre. El solicitante se comporta mal con la recurrente pese a ser la madre de la menor, además la pareja del solicitante maltrata a su hija, evidenciándose incluso la práctica de alienación parental, es por ello que se opone al viaje. El solicitante no respeta el Acta de Conciliación Extrajudicial, negándole muchas veces el régimen de visitas acordado, situación que ha originado la presentación de una demanda de variación de tenencia de menor.

3. RESOLUCIÓN FINAL DE PRIMERA INSTANCIA

El dos de abril del dos mil trece, mediante Resolución número siete, obrante a fojas doscientos ochenta y nueve, el Octavo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró infundada la oposición de viaje; señalando que: Mediante Acta de Conciliación 145-2010 de fecha trece de abril del dos mil diez, obrante a fojas doce, se advierte que es el padre quien se encarga de todos los gastos de la menor, fijándose un régimen de visitas para la madre. Asimismo, como se desprende de fojas dieciocho, la menor ostenta la nacionalidad francesa. La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 31 párrafo 1 reconoce el derecho de los niños al descanso, esparcimiento, juego y actividades recreativas. La menor en su declaración de fojas ciento once, señala que debido a sus esfuerzos debe ir de vacaciones, ya que han sido tres años que no la han dejado salir porque su mamá cree que se van a fugar. Sin embargo, se puede colegir de dicha declaración que es deseo de la menor realizar el viaje a los Estados Unidos por motivos de vacaciones, no encontrándose debidamente acreditada la afirmación de la progenitora que su hija piense que se va a quedar en Estados Unidos, más aun si no es la primera vez que viaja. - No se ha acreditado que el demandante sea responsable de la mala praxis de los servidores de la Dirección de Control Migratorio. - No existe medio probatorio que acredite que el padre consume drogas. - El documento de fecha veintinueve de abril del dos mil diez, suscrito por ambos padres, de solicitud de inicio de Proceso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior, en el que la madre supuestamente autoriza a la menor sin necesidad de autorización judicial y/o notarial, no exime al progenitor a realizar el trámite necesario para el permiso, conforme lo señala el artículo 111 del Código de los Niños y Adolescentes.

4. RECURSO DE APELACIÓN

El nueve de abril del dos mil trece, mediante escrito de fojas trescientos seis, M.E.L.C. apeló la citada sentencia, señalando que:

El A quo actúa de forma parcializada, haciendo que se varíe el contenido de la demanda y que se proponga nueva fecha. El propósito del solicitante es salir del país amparado en su nacionalidad francesa. Las firmas del demandante en los actos procesales presentados no proceden de su puño gráfico generando fraude procesal.

5. RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

El veintinueve de diciembre del dos mil quince, la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, emitió la resolución de vista de fojas mil trescientos tres, que confirmó la sentencia apelada de fojas doscientos ochenta y nueve, de fecha dos de abril del dos mil trece, que declaró infundada la oposición; en consecuencia, se autoriza el viaje de la menor; integrando el fallo, debiendo precisar que se autoriza la fecha de viaje para el mes de febrero del dos mil dieciséis a la ciudad de Miami, por razones de turismo, para cuyo efecto el demandante deberá precisar en ejecución de sentencia los días en los que realizará el viaje respectivo adjuntando los boletos de ida y vuelta e indicando la dirección del lugar en el que se van a hospedar, así como el teléfono al cual pueda la madre comunicarse con su menor hija, debiendo el Juzgado poner en conocimiento de la madre de la menor antes que disponga la salida efectiva de la menor; bajo los siguientes argumentos: Respecto a lo alegado por la demandada que el accionante lo que quiere es sacar a la niña fuera del país y no regresarla a territorio peruano, debe considerarse que en otras oportunidades el demandante ha viajado fuera del país, habiéndolo acompañado en ocasiones su menor hija de iniciales E.L.L.L.; además la propia demandada en la Audiencia de Actuación y Declaración Judicial de fecha dieciocho de enero del dos mil trece (fojas ciento quince) *admitió que su menor hija ha viajado al extranjero hasta en dos oportunidades con su padre* y lógicamente ha retornado; inclusive la mencionada menor de iniciales E.L.L.L., ha expresado en la referida Audiencia de Actuación y Declaración

Judicial (fojas ciento trece), *su deseo de viajar por vacaciones a Estados Unidos y si no viaja sería mucho daño para ella*, siendo derecho de todo niño o adolescente a ser oído, lo cual constituye un derecho fundamental reconocido en el artículo 12 incisos 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, es deber y derecho de todo progenitor que no ejerce la tenencia de su hijo (a) menor de edad, mantener lazos de comunicación permanente con sus descendientes a fin de que los lazos afectivos se intensifiquen; por lo que procede que en vía de integración conforme al artículo 172 del Código Procesal Civil, se disponga lo pertinente en cuanto a la precisión del período de tiempo dentro de las vacaciones escolares, en que se permita la autorización de viaje de la menor de edad a los Estados Unidos de Norteamérica — ciudad de Miami con fines de turismo, a efectos de cumplir con la finalidad de la pretensión, siendo viable fijarla para el mes de febrero del dos mil dieciséis, para cuyo efecto el demandante deberá precisar en ejecución de sentencia los días en los que realizará el viaje respectivo adjuntando los boletos de ida y vuelta e indicando la dirección del lugar en el que se van a hospedar así como el teléfono al cual pueda la madre comunicarse con su menor hija, debiendo el Juzgado poner en conocimiento de la madre de la menor antes que disponga la salida efectiva en ejecución de la autorización solicitada.

III. RECURSO DE CASACION

El veintidós de enero del dos mil dieciséis, M.E.L.C., mediante escrito de fojas mil trescientos treinta y nueve, interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista, siendo declarado procedente por este Supremo Tribunal mediante la resolución de fecha cuatro de abril del dos mil dieciséis, por las siguientes infracciones: **a) Contravención al artículo 4 de la Constitución Política del Perú**, el cual reconoce que la Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, y del *artículo IX del Título Preliminar del Principio Constitucional del Interés Superior del Niño, Niña y adolescente*, que contiene implícitamente; así pues, teniendo presente el enunciado normativo de este artículo el Tribunal estimó

que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral. **b) Contravención a los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú**, por vulnerarse el Derecho Constitucional al Debido Proceso, al plazo razonable, a la Motivación de las Resoluciones Judiciales y por la aplicación errónea de la prioridad del Derecho a la Identidad y el interés superior del niño frente a la inmutabilidad de la Cosa Juzgada; asimismo, se invoca infracción al Principio de Congruencia y Legalidad; al respecto se indica que no se ha fijado un plazo razonable para el proceso; que el solicitante en ninguna parte de la demanda pide que la pretendida autorización se brinde para las vacaciones escolares del mes de febrero del dos mil dieciséis, no pudiendo sustentarse la decisión en hechos que no han sido alegados por las partes ni resolver sobre pretensiones que no han sido formuladas, debiendo existir congruencia entre lo pedido y lo resuelto; que la autorización para viajar en febrero del dos mil dieciséis se basó en las salidas ilegales realizadas por el demandante con su menor hija, las cuales, a la luz del Principio de Legalidad no tienen asidero jurídico, por cuanto están basadas en un proceso administrativo, que precisamente señala que dichas salidas al exterior fueron de forma ilegal por parte del demandante en complicidad con funcionarios corruptos de la Superintendencia Nacional de Migraciones, conforme está plenamente acreditado con documentos que obran en autos como el Informe de la Dirección General donde constan las salidas de su hija, los días diecisiete de diciembre del dos mil diez y nueve de julio del dos mil once, y la Carta de Conclusión N° 1421-2012-DP/OD-LIMA número doscientos noventa y uno de la Defensoría del Pueblo comunicando que el Inspector de Migraciones Luís Zenón Aguilar y la Técnico de Migraciones María Jesús Ramos, han incurrido en falta

disciplinaria por permitir la salida ilegal de su hija con destino a los Estados Unidos de América. *c) Contravención del artículo 112 del Código de los Niños y Adolescentes*, refiere que la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, a sabiendas que la oposición de viaje que interpuso vencía el uno de noviembre del dos mil dieciséis, ha expedido la impugnada Resolución número cuarenta y tres, de fecha veintinueve de diciembre del dos mil quince; que la Superior afronta al Estado de derecho, por cuanto, por un lado tienen un mandato judicial consentido y ejecutoriado que declara fundada la oposición de viaje y, por otro lado, existe un fallo en segundo grado que dice autorizar el viaje de su hija que al final conduce al cumplimiento de un imposible jurídico.

IV. CUESTIÓN JURÍDICA EN DEBATE

En el presente caso, la cuestión jurídica en debate consiste en determinar si la Sala Superior ha incurrido motivación indebida por incongruencia, ya que se otorga la autorización de viaje para una fecha que no fue solicitada por el solicitante, incurriendo en una aplicación errónea del Principio del Interés Superior del Niño.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

PRIMERO. Que el recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme lo señala el artículo 384 del Código Procesal Civil.

SEGUNDO. Que habiéndose declarado procedente el recurso por la causal de infracción normativa material y procesal, en primer término, debe dilucidarse la causal relativa a la infracción normativa procesal, de conformidad con el inciso 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil —modificado por Ley número 29364— el cual establece que si el recurso de casación contuviera ambos pedidos (anulatorio y revocatorio), deberá entenderse el anulatorio como

principal y el revocatorio como subordinado, ello en atención a su efecto nulificante.

TERCERO. Que, como se ha señalado en la Sección III referida al Recurso de Casación, la recurrente ha denunciado infracción normativa *in procedendo*, señalando en los agravios expuestos que la Sala Superior ha vulnerado el deber de Motivación de las Resoluciones Judiciales, el cual incide a su vez en la vulneración al Derecho a un Debido Proceso, deber que constituye garantía de la impartición de Justicia incorporada en los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, el cual señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional “la observancia del Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional”, así como “la Motivación Escrita de las Resoluciones Judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”, ello debido a que la sentencia de vista contiene defectos de motivación.

CUARTO. Que la infracción procesal se configura cuando en el desarrollo del proceso, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la Tutela Jurisdiccional no ha sido Efectiva, el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales.

QUINTO. Que, así pues, el derecho al debido proceso tiene tres elementos: **a)** El derecho de acceso a alguna de las modalidades de justicia institucionalizada previstas en el ordenamiento jurídico; **b)** El proceso mismo se ajuste a una serie de exigencias que favorezcan en la mayor medida posible a la consecución de una decisión justa; y **c)** La superación plena y oportuna del conflicto con una decisión justa, a través de la ejecución también plena y oportuna¹. La importancia de este derecho para la protección de los derechos fundamentales ha dado lugar a que sea considerado como un Principio General Derecho, Garantía Constitucional y como un Derecho Fundamental².

1. Cfr. Castillo Córdova, Luis, “Debido proceso y tutela jurisdiccional”, En: “La Constitución Comentada”, Tomo III, Lima: Gaceta, 2013, pp. 61-62.

2. Bustamante Alarcón, Reynaldo, “Derechos Fundamentales y Proceso Justo”, Lima: Ara Editores, 2001, p.218.

SEXTO. Que, respecto a la Indebida Motivación³ que pueda afectar el debido proceso, esta puede expresarse en: **a)** Inexistencia de motivación o motivación aparente. Cuando se advierte una total ausencia de motivación en cuanto a la decisión jurisdiccional emitida en el caso materia de controversia o cuando esta no explica las razones mínimas de dicha decisión; **b)** Falta de motivación interna del razonamiento. Cuando se presenta invalidez de una inferencia a partir de las premisas establecidas previamente por el juez, y cuando se presenta incoherencia narrativa, esto es, un discurso confuso; **c)** Deficiencias en la motivación externa. Se presenta cuando existe una ausencia de conexión entre la premisa y su constatación fáctica o jurídica; **d)** Motivación insuficiente. Cuando se cumple con motivar pero de modo insuficiente, exigiéndose un mínimo de motivación respecto de las razones de hecho o de derecho; y **e)** Motivación sustancialmente incongruente. Se produce cuando se modifica o altera el debate procesal, sin dar respuesta a las pretensiones planteadas por las partes, lo que implica poner en estado de indefensión a las partes.

3. STC Exp. N° 728-2008-PHC/TC, publicada el 23 de Octubre de 2008. Fundamento jurídico 7.

SÉTIMO. Que, para analizar las mencionadas infracciones denunciadas, es necesario realizar algunas precisiones sobre el asunto traído en autos. En principio, esta Suprema Corte es consciente de la evolución que ha sufrido la institución de la familia a lo largo de los años, de modo que ya no se trata de la familia nuclear, formada por el padre, madre e hijos, sino que se ha reconocido la existencia de familias monoparentales, familias

ensambladas, familias con nido vacío, entre otras, de modo que los roles de cada miembro de estas han ido variando, pero que a pesar de ello, en aquellas familias en las que estén presentes tanto la figura materna como la paterna,⁴ la función que estos desempeñen, sean convivientes o no, debe desarrollarse de la manera más responsable en atención al desarrollo emocional del menor, atendiendo a que “la familia desempeña una tarea psicológica y existencial que sienta las bases, no solo de todo aquello que se refiere a las funciones de reproducción biológica y de sostén material, sino también, y principalmente, de lo que constituye el espacio afectivo donde el niño experimenta tanto la ternura y el afecto, así como también las primeras frustraciones y límites, constituyéndose en un lugar único para el aprendizaje experiencial, el cuál marcará en gran medida las vivencias futuras en la adultez”⁵. Es por tan importante función que el menor requiere mantener una buena comunicación con ambos padres, sean convivientes o no, como así ha sido reconocido en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de modo que no solo es derecho de los padres de comunicarse con su hijo, sino que más bien es derecho del menor de comunicarse con sus padres; sin embargo, en muchas ocasiones ante el divorcio o separación de los padres, dicho derecho se ve frustrado ante situaciones de conflicto entre los padres, ya que “el menor muchas veces queda entrelazado en una maraña de conflictos, agresiones, disputas y “forcejeos” en medio de sus padres, quienes, en general, se caracterizan por tener un alto grado de inmadurez y conflictiva interna que, al no haber sido resuelta adaptativamente, predispone a una interrelación vincular, en donde el niño es “tomado” y tratado no como un ser independiente, sino más bien como parte del sí mismo”⁶.

4. Debe precisarse aquí, que cuando se trate de familias monoparentales, en las que existe una situación de mayor riesgo para los menores, será muy importante el bienestar emocional que el padre presente le brinde a los hijos para afrontar dicha situación, de modo que la estructura familiar no

influya en la calidad de vida del menor. Investigación realizada por: Susan Golombok. Modelos de Familia ¿Qué es lo que de verdad cuenta? Barcelona: Graó. 2006.

⁵. Alberto Arocena, Gustavo, Impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes”, Buenos Aires: Astrea, 2010. pp. 2-3.

⁶. *Ibidem.*, p.7.

OCTAVO. Que, ahora bien, cuando se trate de familias disgregadas, como es el caso de autos, debe tenerse en cuenta además que, debe establecerse regímenes de tenencia, alimentos y de visitas correspondiente a cada uno de los progenitores en relación al menor, lo que acarrea deberes y derechos para ambos padres. Ello sin dejarse de lado que el menor deberá pasar momentos de esparcimiento y ocio con ambos padres, como lo determina el artículo 31 de la Convención de los Derechos del Niño, de lo cual debe entenderse además que el padre que ostente la tenencia deberá también de disfrutar dichos momentos, y no solo ser recargado con las obligaciones propias de la crianza y educación.⁷

⁷. Cfr. Makianichde Basset, Lidia, Derecho de Visitas. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos, Buenos Aires: Hammurabi, 1997. p. 34.

NOVENO. Que, en ese mismo sentido, es que todas las medidas que se tomen en relación al menor deben darse teniendo en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño, y que si bien es cierto, es un término muy amplio y que puede tener cierto grado de indeterminación, debe ser aplicado tomando en cuenta las condiciones particulares de cada caso, de modo que no es posible fijar reglas para la aplicación de dicho principio.

DÉCIMO. Que, siendo ello así, Makianich señala que el Principio del Interés Superior del Niño debe ser analizado comprendiendo tres conceptos⁸: a) Las circunstancias del menor incluyen la apreciación de: - *Sus requerimientos físicos, mentales, emocionales y*

educaciones. - Aptitudes, carácter, personalidad y actitudes. - Antecedentes lingüísticos, culturales y religiosos. - *Progreso de su desenvolvimiento y desarrollo.* - Sentido de continuidad, incluyendo la necesidad de permanencia que implica el mínimo de cambios. - Derecho y necesidad de ser deseado como integrante de una unidad familiar que involucra el rapport hijo-padre. - *Preferencias que demuestre el hijo* (teniendo en cuenta la edad y madurez). **b)** La capacidad de sus padres incluye: La comprensión de su rol como guardadores. Apreciación de las particulares circunstancias del menor. - La historia y relación anterior entre el progenitor y el hijo. - La actitud emocional del progenitor hacia el menor. - Los planes del padre para con sus hijos. - Sus recursos patrimoniales y necesidades. **c)** Las relaciones comprenden: - La naturaleza, cualidad y extensión de la relación, tanto pasada como presente, entre el actual o propuesto guardador con el menor, - La relación entre el menor y los posibles guardadores analizados desde el punto de vista psicológico. - *Las relaciones anteriores del menor con otros niños y adultos que compartieron la vida de aquél, si le fuera otorgada la tenencia a determinado progenitor.*

⁸. **Ibídem.** pp. 90 y 91

DÉCIMO PRIMERO. Que lo mencionado en el considerando anterior no debe ser considerado de ninguna manera como un listado taxativo, sino que como ya se señaló deben analizarse las circunstancias particulares en cada caso, y teniendo en cuenta que las experiencias que reciba durante su niñez serán fundamento de su vida adulta. Asimismo, para la aplicación de dicho principio debe dejarse de lado la visión paternalista, que tiene al menor como un sujeto de protección, sino que este principio debe velar por otorgarle las condiciones necesarias para adquirir progresivamente mayor autonomía e identidad de adulto que le permita ejercer por sí mismo sus derechos y deberes⁹.

⁹. Cfr. De laVálgoma, María, Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la Infancia, Barcelona: Ariel, 2013, pp.71 y 72.

DÉCIMO SEGUNDO. Que es en atención a ello que en aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que este demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres¹⁰. Si bien es cierto, podría resultar confusa la idea de un “menor maduro”, este debe ser entendido como aquel momento en el que el menor es capaz de acceder al ejercicio de sus derechos fundamentales inherentes a él como persona, siendo capaz de comprender las ventajas y riesgos, de diferencia de lo bueno y lo malo, y a partir de ello decidir lo adecuado sobre el tema que será materia de decisión; por ende, debe realizar un análisis exhaustivo de la conducta del menor a lo largo del proceso que se trate¹¹.

¹⁰. Cfr. Makianich, Óp. cit. pp. 94-96.

¹¹. Cfr. De la Válgoma, Óp cit. pp. 123-136

DÉCIMO TERCERO. Que es por ello que los padres antes de tomar cualquier decisión que afecte al menor, deberán tener en cuenta: “El menor vive en un permanente y creciente proceso de socialización, a través del cual va consolidando vínculos cada vez más amplios con otras personas, incrementando sus actividades sociales, escolares, deportivas, acordes a su edad y desarrollo. Por sí misma, la desunión de los padres le ocasiona una desestabilización que debe procurar neutralizarse tanto como sea posible, en el entendimiento de que ello contribuye, en principio, a consolidar y favorecer un

proceso evolutivo normal, que posibilitará su mejor inserción en el medio social”¹².

¹². Makianich, Óp. cit, pp. 98-99.

DÉCIMO CUARTO. Que analizadas las instituciones relevantes para el presente proceso, corresponde ahora emitir pronunciamiento al caso concreto atendiendo a las denuncias casatorias. En principio, y atendiendo a los criterios anteriormente expuestos debe manifestarse que, si bien la recurrente denuncia incongruencia procesal ya que la solicitud presentada por J.S.L.C. fue para realizar un viaje de vacaciones a Miami para el año dos mil trece, y siendo que en la actualidad dicha fecha ya pasó la Sala Superior habría resuelto sobre una pretensión no demandada al ordenar que se autorice en febrero del dos mil dieciséis, dicho argumento carece de asidero, habida cuenta que la Sala Superior ha resuelto autorizar el viaje de la menor con la variación de la fecha de viaje respectiva, en atención al Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, desarrollado en los considerandos anteriores, para lo cual ha tomado en cuenta la declaración de la menor de iniciales E.L.L.L., en la Audiencia de Actuación y Declaración Judicial de fecha dieciocho de enero del dos mil trece, obrante a fojas ciento once, en la que expresamente se dijo: “¿Para que diga sabe cuál es el motivo de su viaje? Dijo por mis vacaciones y por todo el esfuerzo que hecho para mi viaje, ya son tres años que no me han dejado salir de viaje y no puede haber un cuarto año sin que yo viaje sería mucho daño para mí. ¿Para que diga tu deseas irte a los Estados Unidos? Dijo que sí, deseo pero mi mamá piensa que nos vamos a fugar, pero vamos a ir un par de días”.

DÉCIMO QUINTO. Que, en cuanto a una supuesta contravención a la obligación estatal de protección al menor y del Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente, este Supremo Tribunal considera que ello no ha ocurrido, sino que por el contrario es en virtud de ello que las instancias inferiores han resuelto a favor de autorizar el viaje

de la menor, así como la variación de la fecha del viaje, ello en atención además de lograr la efectividad de la decisión judicial, el cual se ha visto paralizado debido a los constantes actos procesales iniciados contra tal fin, a pesar que la menor ha declarado su voluntad de realizar el viaje, además de expresar su deseo que sus padres culminen con los conflictos en los que la menor se encuentra inmersa, lo que habilita que los juzgadores presten especial atención a sus declaraciones, al haber demostrado la calidad de una menor madura, tal como puede apreciarse del Acta de Continuación de Audiencia única de fecha veintiocho de junio del dos mil dieciséis, obrante a fojas doscientos siete del cuaderno de casación formado por esta Sala Suprema, que fue solicitada por este Supremo Tribunal mediante auto de fecha cinco de setiembre del dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento noventa y seis, en la que se declara: “¿Qué les pedirías a tus papas? Dijo: que dejen de pelear que rompan todos los procesos que hay, que conversemos entre nosotros, que no intervenga juzgados, fiscales, que lo solucionemos entre los tres para que ninguno salga herido?”

DÉCIMO SEXTO. Que, en cuanto al argumento de que se habría violado el Derecho a la Cosa Juzgada, al no tomarse en cuenta la Resolución número seis, de fecha uno de setiembre del dos mil quince, emitida por la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente número 9122-2014 sobre Oposición de Viaje, obrante a fojas mil ciento treinta y cinco, que confirma la resolución que admite la solicitud de oposición interpuesta por M.E.L.C., ello tampoco corresponde ser amparado, ya que como bien lo ha señalado la Sala Superior citando la mencionada resolución, en dicho proceso no existía un pedido expreso de solicitud de Autorización de Viaje de Menor, y que en caso ello se presente, no perjudica derecho alguno de los padres, para lo cual el juez competente deberá resolver privilegiando el Principio del Interés Superior del Menor, que es precisamente como han actuado las instancias de mérito.

DÉCIMO SÉTIMO. Que, en consecuencia, este Supremo Tribunal estima que el presente recurso de casación debe ser desestimado, al no apreciar que con tal fundamentación se haya infringido las normas de derecho procesal o material denunciadas, debiendo precisarse que en ejecución de sentencia deberá señalarse el periodo en que se realizará el viaje, y las condiciones de este.

VI. DECISIÓN

Por estas consideraciones y en estricta aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil, declararon: **a) INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por M.E.L.C., a fojas mil trescientos treinta y nueve; en consecuencia, **NO CASARON** la resolución de vista de fojas mil trescientos tres, de fecha veintinueve de diciembre del dos mil quince, emitida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima. **b) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por J.S.L.C. contra M.E.L.C., sobre autorización de viaje de menor; y los devolvieron. Integra esta Sala la jueza suprema señora Rodríguez Chávez por licencia del Juez Supremo señor Mendoza Ramírez. Ponente señor Romero Díaz, Juez Supremo.

SS. ROMERO DÍAZ, MIRANDA MOLINA, RODRÍGUEZ CHÁVEZ, YAYA ZUMAETA, DE LA BARRA BARRERA.

EL VOTO SINGULAR DE LA SEÑORA JUEZ SUPREMO

RODRIGUEZ CHAVEZ ES COMO SIGUE

PRIMERO. De conformidad con el artículo 112 del Código de los Niños y Adolescentes, es competencia del juez especializado autorizar el viaje de niños o adolescentes dentro o fuera del país, proceso que se inicia tramitándose como una solicitud, es decir, con el trámite de un proceso no contencioso; sin embargo, de existir oposición al viaje por parte de uno de los padres; el referido artículo del acotado código prevé que se recibirá el incidente a prueba y se

resolverá en el término de dos días, previa opinión fiscal. En este último caso, resultaría que el trámite en cuestión se habría tornado contencioso, por lo cual el juez valorando las pruebas resuelve el pedido.

SEGUNDO. Respecto de la posibilidad de formularse sucesivos pedidos de autorización de viaje por estar sustentados en motivos temporales y específicos cada uno de ellos, lo que involucra situaciones que pueden variar en el tiempo, ello no obsta el hecho de que la resolución que recae ante cada uno de estos pedidos constituya cosa juzgada formal en cuanto al pedido concreto y motivo específico que lo sustenta, lo que habilita la posibilidad de interponer el recurso de casación, como lo ha efectuado la recurrente. Por el mismo motivo, lo resuelto por la Sala no constituye violación de la cosa juzgada, en tanto se trataría de un nuevo pedido, como bien lo ha desarrollado el Dictamen Fiscal.

TERCERO. Por otro lado, se cuestiona por parte de la recurrente que se habría violado el principio de congruencia y de legalidad pues el solicitante requirió autorización de viaje para febrero del dos mil dieciséis, fecha que ya devino imposible; sin embargo, es un hecho notorio que la dilación del trámite de esta solicitud ha superado cualquier plazo razonable o previsible, situación que no es imputable al solicitante, por lo cual considero que la decisión de la Sala se sustenta en la flexibilidad con que deben atenderse la solución a este tipo de peticiones en el marco de la realidad, pues lo contrario significaría que en casos en que el viaje que origina la petición hubiese sido programado para una fecha que ha transcurrido antes de la decisión de última instancia, la parte solicitante tendría que verse obligada a formular sucesivamente varias solicitudes de viaje, lo cual multiplicaría estos procesos innecesariamente y en contra del principio de economía procesal. En lo demás coincido con la decisión adoptada por el colegiado.

RODRÍGUEZ CHÁVEZ.