

UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS



ESCUELA DE DERECHO

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

**VISITAS VOLUNTARIAS DE PADRES SEPARADOS Y EL INTERÉS
SUPERIOR DEL NIÑO, 2019.**

PARA OPTAR POR EL GRADO DE BACHILLER EN DERECHO

AUTOR:

ROQUE QUINTEROS, RICHARD MIGUEL

ASESOR:

MG. JORGE RIQUE

LINEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO CIVIL

AREA : DERECHO DE FAMILIA

LIMA, PERÚ

FEBRERO, 2019

PENSAMIENTO

"El derecho es el conjunto de condiciones que permiten a la libertad de cada uno acomodarse a la libertad de todos." Immanuel Kant

“El derecho, si no sirve para hacer la vida más amable, no sirve de nada”.

Carlos Saúl Menem

RESUMEN

La presente investigación abarca el estudio jurídico sobre la implicancia de las visitas voluntarias de padres separados a la garantía del interés superior del niño en el año 2019, el cual busca analizar lo anteriormente explicado es decir el efecto que tienen las visitas voluntarias de padres separados a la garantía del interés superior del niño, lo que significa que se analizarán tanto la institución de vistas desde su calidad de obligación que debe cumplirse voluntariamente como la importancia de que el Estado garantice el interés superior del niño en este caso, para lo cual se tiene el análisis de algunos casos, como el uso de la metodología socio jurídica, la cual específicamente se hace con la investigación cualitativa la cual usa como técnica a la entrevista, en conclusión de lo analizado, se entiende que las visitas voluntarias de padres separados son una obligación de los mismos no un derecho, asimismo su realización tiene una implicancia relevante para la garantía del interés superior del niño pues sin ella los niños no cuentan con un desarrollo integral o completo al tener una ausencia de una de las figuras de los progenitores, situación que a la vez afecta su identidad y su libre desarrollo de la personalidad como derechos fundamentales que el Estado acorde con su art. 4 de la Constitución tiene el deber primordial de salvaguardar, debiendo aplicar la preferencia que se le da al menor con el interés superior del niño y por tanto normar una consecuencia sancionatoria a los padres separados que incumplen con las visitas a sus hijos.

Palabras Clave: Derecho a visitas, interés superior del niño, padres separados.

ABSTRACT

The present investigation includes the legal study on the implication of the voluntary visits of separated parents to the guarantee of the best interest of the child in the year 2018, which seeks to analyze the previously explained that is the effect of the voluntary visits of separated parents to the guarantee of the best interest of the child, which means that both the institution of hearings will be analyzed from its obligation status that must be fulfilled voluntarily and the importance of the State guaranteeing the best interest of the child in this case, for which the analysis of some cases, such as the use of the socio-legal methodology, which is specifically done with qualitative research which uses the interview as a technique, in conclusion of the analyzed, it is understood that the voluntary visits of separated parents are a obligation of the same not a right, also its realization has a relevant implication for the guarantee of the best interest of the child because without it the children do not have an integral or complete development when having an absence of one of the figures of the parents, a situation that at the same time affects their identity and their free development of the personality as rights fundamental that the State agrees with its art. 4 of the Constitution has the primary duty to safeguard, should apply the preference given to the child with the best interests of the child and therefore regulate a sanctioning consequence to separated parents who fail to visit their children.

Key word: Right to visits, best interest of the child, separated parents

Tabla de contenidos

Carátula.....	i
Pensamiento	
Resumen.....	ii
Abstrac.....	iii
Tabla de contenidos.....	iv
Capítulo I: Planteamiento del problema.....	1
1. Descripción de la Realidad Problemática.....	1
2. Problema general.....	3
2.1. Problema general.....	3
2.2. Problemas específicos.....	3
3. Justificación.....	3
3.1. Justificación Teórica.....	4
3.2. Justificación Práctica.....	4
3.3. Justificación Social.....	4
3.4. Justificación Metodológica.....	5
4. Delimitación del problema.....	5
4.1. Delimitación temporal.....	5
4.2. Delimitación espacial.....	5
4.3. Delimitación social.....	5
4.4. Delimitación conceptual.....	6
5. Objetivos.....	6
5.1. Objetivo General.....	6
5.2. Objetivos Específicos.....	6
6. Hipótesis.....	7
6.1. Hipótesis general.....	7
6.2. Hipótesis específicas.....	7

Capítulo II:	
Marco teórico.....	8
1. Antecedentes.....	8
1.1. Tesis internacional.....	8
1.2. Tesis nacional.....	9
2. Bases teóricas de la investigación.....	10
Título I : Visitas de padres separados.....	10
1. La familia.....	10
2. La Constitución.....	10
3. La Ley de Política Nacional.....	10
4. Código Civil.....	11
5. Acuerdo Nacional.....	11
6. Declaración Universal.....	11
7. Pacto Internacional.....	11
8. Pacto de Derechos Económicos.....	11
9. Convención Americana.....	12
10. Carta de los Derechos de Familia.....	12
Título I : Tutela-Capítulo I: Patria potestad.....	13
1. Patria potestad.....	13
2. Tutela.....	13
Título II: Principio del interés superior del Niño.....	17
1. Código del Niño y adolescente.....	17
2. Régimen de visita.....	17
3. Definición Conceptual.....	23
Capítulo III: Metodología.....	25
1. Paradigma.....	25
2. Método.....	25
3. Alcance.....	25
4. Tipo.....	25
5. Métodos generales.....	25
6. Niveles de investigación.....	26
7. Diseño.....	27
8. Unidad de análisis.....	28
9. Técnica e instrumentos.....	28
9.1. Técnicas.....	28
9.2. Instrumentos.....	29

Capítulo IV: Conclusiones y recomendaciones.....	30
4.1 Conclusiones.....	30
4.2. Recomendaciones.....	31
Anexos	
Referencias	

INTRODUCCIÓN

El estudio de investigación versa sobre la “visitas voluntarias de padres separados y el interés superior del niño, Lima, 2019”, ello es la continuación de otros estudios que han buscado argumentar jurídicamente como el derecho de visitas es un derecho del niño más no del padre, lo que implica que sea preferente ante otras situaciones y/o derechos, por lo cual es totalmente factible el establecimiento de medidas que garanticen las visitas a los menores, claro está tienen a sus padres separados y sólo cuentan con la potestad de ellos para visitarlos o no voluntariamente, a pesar de ser una obligación tan elemental. En la Constitución se ha especificado la preferencia que se le da al niño específicamente en el art. 4 por otro lado el Código de Niños y Adolescentes igualmente ha establecido en el art. 88 el derecho de visitas que se vincula directamente con el desarrollo del menor. El método usado es la investigación socio jurídica – cualitativa, la cual usa el método deductivo e inductivo para la realización de su análisis de resultados. Respecto a los participantes a los cuales se les aplico el instrumento son abogados especialistas en familia o derecho constitucional. El instrumento usado fue la entrevista. Los resultados fueron concordantes con lo planteado pues es factible según los entrevistados el que se proteja el derecho a las visitas del menor de lo contrario ello implicaría negativamente a la garantía del interés superior del niño.

Capítulo I: Planteamiento del problema

1. Descripción de la Realidad Problemática

El problema de investigación es uno que deviene de la temática más usada en nuestra realidad jurídica, el derecho de familia, pues bajo el mismo se tienen múltiples casos, entre ellos se encuentran, los procesos de alimentos en primer lugar y en segundo los casos de tenencia, claro está en el ámbito civil.

Sin embargo es una realidad que existe en menor medida la atención respecto al régimen de visitas, el cual a pesar de ser una garantía para que el menor pueda gozar de su derecho a la integridad personal, teniendo a ambas figuras paternas a lo largo de su crecimiento, poco es lo que se hace para garantizar realmente este derecho.

Uno de los supuestos totalmente ignorados por la norma de familia, es la entrega de alguna medida para garantizar el cumplimiento voluntario del régimen de visitas para un menor, pues acorde a la normativa actual sobre las medidas que se toman en caso del incumplimiento del régimen de visitas sólo se puede visualizar el artículo 91, que establece que en casos de incumplimiento del régimen se puede solicitar la variación de la tenencia, sin embargo este supuesto está claramente pensado desde el supuesto que existe una obstrucción por el padre que tiene la tenencia exclusiva, asimismo se infiere un interés por el otro padre en el ejercicio de su obligación de visita al menor.

A pesar de ello en ningún momento se establece cual es el destino de los padres que a pesar de tener la obligación del cumplimiento del régimen de visitas al menor, este voluntariamente no lo cumple. Pues como sucede en muchos casos,

indistintos padres sólo se dignan a pasar alimentos pues la ley se los exige más no tienen interés en darle el derecho a sus hijos de tener a su figura para su crecimiento.

A ello se tiene que tener en cuenta que los padres que pasan alimentos en ninguna forma están impedidos de hacer las visitas, por lo cual es su obligación para con sus hijos. Igualmente a otros supuestos, existe un malentendido por parte de los padres en creer que el régimen de visitas es sólo un derecho del padre que lo exige como puede aparentar acorde a las garantías que se otorga para este (art. 91 del CNA), cuando en realidad es un derecho del menor, asimismo es una obligación del padre. Lo cual tiene respaldo acorde al interés superior del niño, pues este derecho, principio y garantía, establece que lo que debe primar ante todo los casos donde se involucren menores es la preferencia por los derechos del menor, teniendo en cuenta que la finalidad de todo el derecho que los involucra se encuentra con la finalidad de protegerlos y garantizarlos, como el futuro del país. Ello se puede inferir desde la Constitución con su Art. 4 en donde se establece claramente la preferencia en la atención de las poblaciones vulnerables en donde se encuentran los niños o adolescentes (menores). Por tanto al no existir alguna garantía sobre el incumplimiento del régimen de visitas voluntario de los padres, se omite un área de protección al menor ya que no se estaría entregando ninguna garantía propia para el cumplimiento de dicha obligación, lo que trae consigo el crecimiento de un menor sin dicha figura paterna. En muchos países se han visto

sanciones o medidas de coerción así como medidas de supervisión por el incumplimiento del régimen de visitas voluntario, lo cual en el Perú es inexistente. De lo mismo al no tener alguna normativa que regule la protección de este supuesto que influye en la integridad personal del menor entonces es clara la omisión del deber del Estado (Poder Legislativo) en el ejercicio de su función de dar garantía a los derechos fundamentales que se establece en el art. 44 de la Constitución, pues actualmente existen múltiples casos en donde menores son abandonados por sus figuras paternas que monetario.

2. Planteamiento del Problema

2.1. Problema general

¿Cuál es la implicancia de las visitas voluntarias de padres separados a la garantía del interés superior del niño, 2019?

2.2. Problemas específicos

2.2.1. ¿De qué manera el libre desarrollo de la personalidad del menor por las visitas implica al interés superior del niño?

2.2.2. ¿De qué manera el Estado garantiza el interés superior del niño en el cumplimiento de las visitas de padres separados?

3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La justificación de la investigación permite al investigador sustentar la importancia y relevancia del estudio a realizar, lo que permite el fundamento de la problemática presentada:

3. 1. Justificación Teórica

En la justificación teórica nos encontramos con las teorías que fundamentan la necesidad de garantía de los derechos fundamentales como se puede observar, con los autores desarrollados en el marco teórico como García (2012), en este caso los derechos fundamentales investigado es el derecho a las visitas, el derecho a la integridad personal, asimismo el interés superior del niño

1.3.2. Justificación Práctica

La justificación práctica se encuentra dentro de la misma sociedad, pues existen múltiples realidades en donde los padres no cumplen con su régimen de visitas y simplemente dejan un vacío de su figura en el crecimiento de sus hijos, causando que los mismos lleven un resentimiento que desvía su crecer sano, de igual manera, la falta de regulación es visible de forma clara pues basta con buscar en la normativa de familia actual alguna forma de garantía a las visitas voluntarias para el menor para afirmar su inexistencia, lo que prueba lo descrito.

3.3. Justificación Social

En la justificación social se encuentra el daño inmenso en la cultura que se percibe sobre el cumplimiento de las visitas a los hijos, ya que existe claramente una afectación valórica en el crecimiento de aquellos menores que no tuvieron una figura paterna, asimismo les crea una conciencia de que dicho comportamiento es uno permisible pues no tiene ninguna consecuencia a pesar de ser una obligación incumplida.

3.4. Justificación Metodológica

La justificación metodológica es elegida primeramente desde el enfoque de investigación, el cual es cualitativo, pues la investigación se realiza de forma argumentativa, asimismo el tipo de estudio será básica, en el caso del diseño de investigación se tiene a la teoría fundamentada un tipo de diseño para investigaciones cualitativas y por técnicas e instrumentos se tiene al análisis de fuente documental y a la entrevista con sus respectivas guías.

4. Delimitación del problema

4.1. Delimitación temporal

Es el lapso de tiempo en el cual la investigación se desenvuelve, este es, el año 2019.

4.2. Delimitación espacial

Se entiende como el espacio territorial en donde se desarrolla el estudio, del cual se puede inferir como escenario de estudio sobre el mismo. Siendo en el presente caso nuestro país Perú, porque es una norma jurídica y cubre todo el territorio de nuestra nación.

4.3. Delimitación social

Es aquella determinante del problema social que se estudia y hacia qué tipo de sociedad está dirigida, en esta investigación se tiene a los menores que no cuentan con un régimen de visitas por incumplimiento de voluntad de los padres.

4.4. Delimitación conceptual

Régimen de visitas: Es el derecho del menor en recibir visitas periódicas del padre que no tiene su tenencia exclusiva lo que permite su desarrollo de una imagen paterna que no convive con él.

4.5. Delimitación jurídica:

Pues en esta investigación analizaremos de forma especial y concreta el principio del interés superior del niño, que Es aquella garantía otorgada por el estado que permite que ante comparación de derechos, los niños tengan una preferencia en protección y garantía de los mismos (Derechos).

5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

5.1. Objetivo General

Analizar la implicancia de las visitas voluntarias de padres separados a la garantía del interés superior del niño, Lima, 2019.

5.2. Objetivos Específicos

5.2.1. Investigar de qué manera el libre desarrollo de la personalidad del menor por las visitas implica al interés superior del niño

5.2.2. Analizar de qué manera el estado garantiza en aras al interés superior del niño el cumplimiento de las visitas de padres separados

6. Hipótesis

6.1. Hipótesis general

La visita de padres separados al niño garantiza su estabilidad integral en su formación

6.2. Hipótesis específicas

6.2.1. La visita de los padres permite desarrollar la personalidad del menor de una manera normal

6.2.2. El Estado peruano garantiza el principio superior del niño

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

Marco teórico

En esta investigación jurídica hemos encontrado en la red las siguientes tesis tanto internacional como nacional que ponemos a consideración

1. Antecedentes

1.1. Tesis Internacional

Simón (2013) en su investigación de título “Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva” de la Universidad de Salamanca, España, para obtener el grado de doctor en derecho, especifica lo difícil que es jurisdiccionalmente resolver con la discrecionalidad de un juez un asunto en favor del interés superior del niño si la norma no lo limita, especificando que garantizar a este principio es un deber del Estado que es de obligatorio cumplimiento para el crecimiento y desarrollo de la sociedad.

Concluye con la necesidad que a través de las investigaciones se identifique a los problemas que involucren al principio del interés superior del niño para innovar con formar para su garantía.

1.2. Tesis nacional

La Rosa (2016) en su investigación de título “La ineficacia del incumplimiento del régimen de visitas con relación al interés superior del niño, Lima, 2016” para optar por su título en pregrado. Desarrollo como la variación de la tenencia que se encuentra en el art. 91 del CNA es ineficaz, pues no cumple con la finalidad de dar un mejor ambiente al menor, ya que los padres pueden quitarse sucesivamente la tenencia del menor por la obstrucción de ambos, asimismo menciona la necesidad de poner más atención a los casos en donde las visitas no se encuentran supervisadas por el Poder Judicial, es decir las voluntarias, de igual manera llego a la conclusión:

Que una medida más efectiva puede ser la tenencia compartida en vez de la tenencia exclusiva para que la variación tenga una verdadera eficacia asimismo que es necesario regular las visitas voluntarias pues ante su incumplimiento no hay ningún accionar legal.

2. Bases teóricas

Título I: Visitas de padres separados

1. La familia.

Según Aguilar Llanos, Benjamín (2016: 23) dice:

La familia, es la comunidad de personas, que tiene como misión principal revelar y comunicar el amor, es reconocida por todos y su importancia y trascendencia ha llevado a que numerosos cuerpos legales nacionales e internacionales le presten una atención preferente por parte del Estado y la comunidad

2. La Constitución Política Peruana de 1993 y la familia.

Nuestra Carta Magna en su Capítulo II: De los derechos sociales y económicos

Artículo 4°.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales de la sociedad.

Las formas del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

3. La Ley de Política Nacional, Decreto Legislativo 346 y la familia.

Esta norma nacional en su artículo V señala:

El Estado ampara prioritariamente el matrimonio y la familia.

4. Código Civil de 1984 y la familia

Artículo 233. Regulación jurídica de la familia.

La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política

5. Acuerdo Nacional del 2002 y la familia.

Este acuerdo de todos los partidos políticos del Perú, establece en su décimo sexta política nacional de Estado, el fortalecimiento de la familia.

6. Declaración Universal de DD.HH.

En su art. 16, inc. 3 establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado

7. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En su artículo 23 , incisos 1 y 2 refiere que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, así mismo se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia.

8. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En su artículo 10 establece que los Estados parte deben conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia

protección y asistencias posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

9. La Convención Americana de Derechos Humanos

En su artículo 17, inciso 1 infiere que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

10. Carta de Los Derechos de la Familia.

Formulada por la Santa Sede el 22 de octubre de 1983, considera a la familia más que una unidad jurídica social y económica, como una comunidad de amor y de solidaridad, insustituible para la enseñanza y retransmisión de los valores culturales, sociales, espirituales y religiosos.

TÍTULO I: TUTELA

CAPÍTULO I: PATRIA POTESTAD

1. Patria potestad

Colin y Capitant, definen la patria potestad, como el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre ellos; obsérvese de esta definición como estos autores, enfatizan y marcan la presencia de la ley como fuente de la patria potestad y por lo tanto la ley, sería generadora de derechos y deberes.

Para Josserand, la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley confiere al padre y a la madre, sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, con el fin de asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben, en lo concerniente al sostenimiento y a la educación de dichos hijos. Podemos también darnos cuenta que la Ley es la fuente de la patria potestad pues es ésta la que en última instancia concede los derechos e impondría los deberes.

Los hermanos Mazeaud, sobre este mismo tópico argumentan que “la patria potestad se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad sobre la personas de los hijos pero con el nombre de goce legal, confiere prerrogativa pecuniaria al progenitor que la ejerce”.

Messineo dice “La patria potestad es un conjunto de poderes(a los que corresponde otros tantos deberes), en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores, de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar sus intereses patrimoniales, en consideración a la falta de madurez psíquicas (dependiente de la edad) y de si consiguiente capacidad de obrar. Esta definición se encuadraría dentro de la que podría denominarse el estatuto de la patria potestad, entendiéndose por tal al conjunto de principios que guían las relaciones paternas filiales.

El Código de los Niños y adolescentes, no define lo que es la patria potestad.

El código civil de 1984 en el artículo 418 establece textualmente:

Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos.

La Constitución Política de 1993 en su artículo 6 determina:

La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsable. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido el Estado asegura los programas de educación y la formación adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad

2. Tutela

Esta institución tiene particularidades propias que la hacen un organismo autónomo pero todos esos rasgos propios se ubican dentro de la protección del incapaz, pues no se debe olvidar que la tutela existe en base a las necesidades del niño o adolescente, cuyos padres no ejercen la patria potestad.

Estas características las podemos resumir:

a) Existe un interés colectivo en la institución.

Pues está pensada en función de los intereses del menor, en atención a su incapacidad, y por ello, quien viene a cuidarlo, debe ejercer el cargo a favor del niño o adolescente.

b) El cargo otorga representatividad

El pupilo es una persona incapaz de valerse por sí mismo, no puede cuidar sus intereses y requiere de asistencia, cuidado y protección permanente, esta incapacidad va desapareciendo de una manera lenta y segura, lo representa en las actividades de su vida diaria, y en especial cuando se trate de los intereses económicos del menor...

c) Es obligatorio

No puede repudiar ni abandonar el cargo, sino que lo asume de una forma tajante y obligatoria

d) No queda al arbitrio del llamado a aceptar o rechazar el encargo.

Acepta el cargo si o si

e) Debe realizarse de forma personal.

El cargo es personalísimo, es una cuestión social, el convocado tiene que cumplir con esa labor, el mismo debe asumir el compromiso, no lo puede delegar las funciones.

f) El cargo es remunerado.

La tutela implica una responsabilidad y carga, lo que significa distraer tiempo para dedicarlo al menor, por lo que es justo que tenga el recibir una determinada cantidad de dinero que fijará el juez.

TÍTULO II: Principio del Interés Superior del Niño

1. Código de los Niños y Adolescentes

Esta norma jurídica es la que vela por los derechos de los menores de edad no define lo que es la patria potestad, más si se enfoca a detallar cuales son los derechos y deberes de los padre

2. Derecho de visita o régimen de visita

Hablar del derecho de visita resulta hiriente para un progenitor, le hace sentir como un invitado que pasa un breve lapso de tiempo con sus hijos, que es un progenitor de segunda categoría, parece algo de cortesía. Resulta más apropiado utilizar otra terminología, sustituyendo esta expresión por la de comunicación y estancia o por la de reparto del tiempo o de la convivencia. Se trata de un derecho-deber encuadrado dentro de los derechos de la personalidad, es, fundamentalmente, un derecho del menor, de obligado ejercicio. (San Segundo, 2012, p.14)

Según Oscar Cano en el régimen de visitas se tiene que tener en consideración, en principio que debe existir una congruencia en la determinación del desarrollo del régimen de visitas, si el menor se encuentra renuente a este se debe tener de encargado de este desarrollo a otra persona capaz de relacionar a padres e hijos, segundo la opinión del menor es fundamental para tomar una decisión, tercero es derecho de visitas es tanto del padre como del niño prefiriéndose el bienestar de este último, cuarto se tiene que contar con para la variación del régimen de visitas con los sucesos

de parte del custodio (alienación parental o impedimento del cumplimiento del régimen) como del no custodio (falta de interés). (Cano, 2013,p 1).

El interés superior del niño ha establecido que para el crecimiento adecuado del menor es necesario que tenga comunicación y acercamiento a los padres, ello es la mejor opción para el desarrollo del menor, por lo cual en caso que el padre no se acerque al menor se establecería la ejecución de , así él pueda estar en su desarrollo personal.

[...] “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”, se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX ” (EXP. N.º 03744-2007-PHC/TC)

[...] Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4º), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, (...), tal atención deber ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.” (EXP. N.º 03744-2007-PHC/TC)

Aquí podemos apreciar el interés superior del niño como garantía, es decir dentro de un proceso judicial se debe garantizar que la priorización del bienestar del menor. Asimismo se hace un conglomerado de sus derechos fundamentales para ser tratados en conjunto y no desatender ninguno puesto que si no se respeta alguno de ellos también se estaría vulnerando el interés superior del niño.

En cuanto al contenido del aludido artículo 4° de la Norma Fundamental, específicamente en el extremo referido a la protección de la infancia, el Tribunal Constitucional ha sostenido que se debe proteger a la infancia a consecuencia que se encuentran en un estado de vulnerabilidad y que por tanto su sobrevivencia se encuentra relacionada fuertemente con la dignidad humana que se encuentra fundamentada por el artículo 1 de la Constitución, asimismo hace hincapié en la ineludible actuación del estado frente a los menores en abandono:¹

[...] No es posible, que un Estado proclame la Seguridad Ciudadana como valorpreciado de hoy cuando alimenta las condiciones de su propia alteración a futuro. Si una colectividad permite, de espaldas a su propia realidad, que la desprotección a la niñez se solvente con actitudes de indiferencia crónica, lo único que engendra son las condiciones, para que la seguridad que hoy proclama como bandera, no vaya más allá de su propia existencia, como si el futuro de sus descendientes, paradójicamente la seguridad de ellos, no le interesara en lo absoluto (Exp. N.º 0298-1996-AA/TC).

La protección del interés superior del niño, niña y adolescente como principio tiene características propias acorde a lo explicado por el Tribunal Constitucional como el valor especial y superior que cuentan sus derechos fundamentales (del niño, niña y adolescente) que está vinculado con su dignidad, y que por lo tanto contienen fuerza normativa superior en cualquier momento de la existencia del derecho (al dictar una norma, aplicar una norma o interpretar una norma.) entonces vemos como este principio es de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia (ojo conteniendo el actual concepto de familia ya sea tradicional, monoparental, etc), puesto que todos los

mencionados tienen la responsabilidad de cuidar por el respeto de sus derechos fundamentales. (EXP. N.º 02132-2008-PA/TC)

De la misma forma el Tribunal Constitucional hace la distinción que solo por el hecho que el Estado, la sociedad y la familia son responsables de la salvaguarda de los derechos del menor (niño, niña, adolescente) no significa que pueden imponer su voluntad ante ellos, así como tampoco sus propios intereses pueden a aquellos derechos fundamentales inherentes a los menores (EXP. N.º 02132-2008-PA/TC)

Un caso fundamental para hablar del interés superior del niño es el caso de Atala Riffo vs Chile, el cual si bien establece que no se puede quitar al menor el derecho de ver uno de sus progenitores (la madre en este caso) por su orientación sexual o en tal caso por un daño el cual no se encuentra probado fehacientemente y son suposiciones genéricas no científicas para el caso en concreto.

[...] Asimismo la Corte internacional establece fundamentos a este concepto siendo el principal el este principio “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia Asimismo en este caso se conceptualiza al interés superior del niño como “en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso.” (Atala, 2012, p.38),

3. Jurisprudencia nacional para el régimen de visitas tenemos lo siguiente:

El Régimen de visitas no puede condicionarse el derecho de visitas por cuestiones materiales, siendo así que en la Primera Sala Especializada de familia se dilucidó el caso de un padre al cual se le había impedido ver a su hijo por el incumplimiento de la

totalidad de la pensión alimenticia que se había pactado en una sentencia anterior, sin embargo ello fue debido a su decaída en sus ingresos mensuales, que si bien no ascendió a la suma establecida ha sido constante e incluso demuestra una voluntad de ponerse al día, siendo así que no se cuenta con un desinterés por parte del padre sino con una imposibilidad material – económica que no basta para privar al menor de su derecho de ver y relacionarse con su padre.

[...] tanto más si en autos no obra resolución que disponga la privación o suspensión de la patria potestad respecto del demandante; institución esta última que establece el derecho que tienen los padres respecto de la persona y bienes de sus hijos conforme lo dispone el artículo 418 del Código Civil; por lo tanto dicho derecho del actor se encuentra vigente.
(Primera Sala Especializada en Familia, Exp. N° 150 -2009)

El interés superior del niño como factor decisivo en el régimen de visita:

El régimen de vistas de menores tiene como factor decisivo el interés superior de estos sobre cualquiera otra circunstancia que pueda concurrir en cada caso, sin que el padre o la madre puedan alegar preferentemente derecho, ello sin perjuicio de que se contemplen los intereses y afectos de los progenitores en cuanto no se opongan al de los hijos. (Expediente N° 173-2004-0-1801-Jr-Fc-10).

Derecho de los niños separados de uno o ambos padres:

Se debe respetar el derecho de los niños que estén separados de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo entre ellos y con ambos padres de modo regular, por lo que ha de establecerse un régimen de visitas adecuado que no afecte la relación paterno-filial. (Expediente N° 140-2008)

Finalidad del Régimen de visitas:

La finalidad del régimen de visitas es afianzar los lazos paternos filiales a efectos de procurar un óptimo desarrollo integral del menor de edad; destacando que la visita no es solamente un derecho de los padres, sino también -y principalmente- de los hijos, que requieren de la imagen paterna para un desarrollo saludable. (Expediente N° 1169-2009)

Si bien es cierto la investigación se enfoca en el régimen de visitas de los progenitores, no nos debemos olvidar del régimen de visitas que tiene la familia.

[...] Tradicionalmente, la familia extensa (abuelos/as, tíos/as, parientes) ha tenido un papel secundario en las tareas de educar y criar a los hijos, unas veces de manera informal o esporádica (llevarles o recogerles del colegio, hacerse cargo de ellos cuando los padres o madres trabajan, o se tienen que ausentar esporádicamente); otras veces de modo más continuo, sobre todo cuando los p a d r e s / m a d r e s tienen alguna dificultad o problema (enfermedad, ausencia prolongada..), pero existen otras situaciones más problemáticas o conflictivas en las que los familiares desean o deben hacerse cargo del cuidado de los niños, a causa de la separación de los padres, en situaciones de abandono y negligencia en las tareas de atención y cuidado de los hijos, con el objeto de formalizar un lugar donde deben quedarse los hijos o simplemente para ejercer un derecho de visita (De la torre, 2005, p. 57).

Según el Art. 91 del Código de Niños y Adolescentes cuando estamos ante un incumplimiento del régimen de visitas y este se ha dado por vía judicial, entonces, o bien se acta por ejecución de la sentencia o en continuar con el incumplimiento dará pase a la procedencia de la variación de la tenencia, siendo en tal caso tramitada ante el primer juez que vio el primer proceso.

Para la doctrina peruana el régimen de visitas se define como la acción de uno de los padres que ya no cuenta con la tenencia para interrelacionarse con la vida de su hijo contemplando así ambos intereses dando la preferencia debida al interés del niño, el cual, “requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con sus padres” (Gallegos y Jara, 2014, pp. 439-440).

[...] el derecho de visita, como contrapartida del derecho de custodia, permite al menor mantener contacto con el progenitor que no disfruta de su compañía diaria. Mientras que el CLux 1980 incluye el derecho de visita como uno de los derechos propios del derecho de custodia aludiendo a la mencionada «decisión

3. Definición conceptual

Interés superior del niño

Se configura con la protección del Estado a través del ejercicio de sus funciones, estableciendo a los derechos del niño y adolescente como preferente a los demás.

Régimen de visitas voluntario

Es aquel en donde el padre que no tiene la tenencia exclusiva visita al menor, sin tener alguna forma de impedimento.

Derecho de Familia

Es la rama del derecho que regula de forma doctrinaria, normativa y jurisprudencial los sucesos dentro de la familia, como el matrimonio, la tenencia, alimentos, régimen de visitas, etc.

Garantía de derecho fundamental

Son lineamientos que permiten que el Estado en ejercicio de sus funciones y defienden el cumplimiento de la esencia de los derechos fundamentales.

La implicancia de las visitas voluntarias de padres separados a la garantía del interés superior del niño es negativa actualmente, pues las visitas no son una potestad del padre sino un derecho del menor por tanto al igual que los alimentos debe tener medidas para garantizarlas quitando el carácter de voluntario para los padres separados.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

Paradigma : Cualitativo

1. Método de investigación : Jurídico

Para Solís (2008, p. 45) explica: “método sirve de instrumento para alcanzar los fines de la investigación; su carácter regular, explicito, perceptible, ordenado y objeto para lograr algo, estable que la investigación ha de seguir para alcanzar un fin”.

2. Alcance : exploratorio – descriptivo

3. Tipo : aplicada

4. Métodos generales :

➤ **El método inductivo**

Es el método que elige información específica o detallada sobre un tema y amplía su visión para llegar a encontrar información de carácter general.

➤ **El método deductivo**

Es el método en donde se elige información genérica y se va depurando la misma hasta llegar a identificar información específica relevante para la investigación.

➤ **El método interpretativo**

Es el método que interpreta todo documento jurídico, entre el cual se hace un análisis propio dándole un sentido a la norma o a cualquier documento que contenga un razonamiento jurídico válido para el derecho.

➤ **El método de análisis jurisprudencial**

Este método es fundamental para la tesis pues los casos o expedientes sobre el derecho de visitas y el interés superior del niño ayudan a la investigación

➤ **El método sistemático**

Es el método que correlaciona las normas u aquellos lineamientos jurídicos de forma sistemática y ordenada que sea aprensible para su uso

➤ **El método dogmático**

Basado en las teorías existentes u opiniones de juristas que creen una teoría propia del tema.

5. Tipo y niveles de investigación

Por el enfoque: Cualitativo

Es importante aclarar que en toda **investigación jurídica** se debe elegir una metodología a seguir, o bien **la dogmática o la socio jurídica**, siendo la diferencia entre estas dos investigaciones la aplicación de instrumentos, en

el caso es la investigación **socio jurídica en su sub-clasificación de investigación cualitativa.**

Según, Valderrama (2015) el tipo de estudio “alude a la clasificación de la investigación” (p. 164), lo que significa que la investigación se determina en metodología de uso por la clasificación que use.

Una investigación cualitativa se distingue porque la “información y datos buscan describir el fenómeno materia de estudio” (Rodríguez, 1996, p. 31). Por otro lado para (Taylor y Bogdan, 2005, p. 20) “El enfoque cualitativo busca nutrir con la información brindada por las personas tanto de forma verbal o escrita”

Un dato importante del tipo de investigación es el tipo de estudio por el objetivo, el cual es el tipo básica, pues esta se propone profundizar conocimientos que ya se encuentran descubiertos dando mayor profundidad a los mismos.

6. Diseño de investigación

El diseño es el conjunto de paradigmas, entre los que se agrupan para formar directrices que permiten guiar la investigación ordenando cada paso de la misma (Bauce, 2007, p.12).

Por lo cual diseño de la investigación elegido es la teoría fundamentada, el cual busca fundamentar el supuesto propuesto, en donde se hace un contraste de la teoría descrita en el marco teórico con los datos recolectados de la aplicación del instrumento.

Teóricamente se entiende como teoría fundamentada a “una metodología general para desarrollar una teoría que está fundamentada en la recogida y análisis sistemáticos de

datos” (Strauss y Corbin, 1994, p. 273), es decir que esta se ejecuta durante el lapso de tiempo en el cual la investigación se realiza por tanto se tiene una interpelación entre el análisis y la recogida de datos.

Claramente la “teoría fundamentada se refiere tanto a la acción como al efecto de la investigación, es proceso y producto, aunque normalmente nos referimos a ella únicamente como metodología de investigación” (Charmaz, 2005, p, 17). Según Rodríguez, Gil y Garcia, señalan que la teoría fundamentada “es un método comparativo en esencia, en el que comparamos datos con datos, datos con categorías, categorías con categorías, categorías con teorías y teorías con teorías”. (1990, p. 20).

7. Unidad de análisis : Libro de Familia- Código Civil

8. Técnicas e instrumentos de la investigación

8.1.Técnicas

Las Técnicas de investigación, según Tamayo y Tamayo (2007) “ es el conjunto de procedimientos que hacen posible una eficaz recolección de información , con economía de tiempo y esfuerzo. En la técnica, su consistencia no está en el criterio de verdad o certeza, sino en su nivel de eficacia. Es el conjunto de reglas que implican el uso, e identificación

- **Observación** : Sin lugar a duda la observación es la más antigua y la más moderna de las técnicas de investigación. No puede existir, estudio serio si no se considera como el elemento básico o principal de todo tema a desarrollar :

-**Técnica documental** : Son los diversos o diferentes documentos que se utiliza , tanto antiguos como modernos.

-Técnica de interpretación de las normas jurídicas : Referido a las leyes tanto nacionales como extranjeras (derecho comparado)

- **Análisis documental**
- **Análisis de tesis:** Para determinar la forma y manera de cómo se hacen los estudios de investigación tanto en nuestro país, como en el extranjero.
- **Análisis hemerográfico :** Búsqueda de revistas especializadas y artículos sobre una determina investigación
- **Análisis de Webgrafía:** Recurrimos a internet para una mejor orientación de nuestro estudio.

9.2. Instrumento.

Según Tamayo y Tamayo (2007: 81) el instrumento(s) son la ayuda o elementos que el investigador construye para la recolección de datos, a fin de facilitar la medición de los mismos.

Los instrumentos a utilizar en nuestra investigación seran:

- El investigador : Sin lugar a dudas en cualquier paradigma de investigación ya se cuantitativo , cualitativo o mixto, el instrumento principal es la persona que va a realizar el estudio.
- Cuestionario
- Guía de observación
- Expedientes judiciales
- Hoja de control
- Ficha de observación
- Anotaciones o notas de campo
- Bitácora (o tambien llamado diario de campo)

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES

Primera: la investigación ha concluido con que existe una implicancia negativa de las visitas voluntarias al interés superior del niño pues se mal entiende el supuesto de que el derecho de visitas es un derecho del padre y no del niño, lo mismo que se demuestra dándole al padre la potestad para cumplirlo o no cuando debe ser claro que hacer las visitas cuando los padres están separados es una obligación primordial que repercute en la integridad personal del menor en su desarrollo integral.

Segunda: se ha concluido respecto al libre desarrollo de la personalidad que implica en forma consecuente respecto al derecho de visitas, pues el cumplimiento de esta última ayuda a la eficacia del primero, asimismo la inobservancia de alguno de estos derechos inmediatamente daña al principio del interés superior del niño

Tercera: se ha concluido que no hay una garantía a las visitas de los menores que tienen padres separados pues el Estado no ha establecido alguna sanción respecto al incumplimiento de dicha obligación, como lo son una multa, un registro especial, etc.

4.2. RECOMENDACIONES

Primera: Se sugiere uniformizar la normativa respecto al derecho de visitas y especificar como obligación del padre, dejando de lado la posibilidad de ser voluntarias.

Segunda: Que, el equipo multidisciplinario pueda determinar a través de estudios psicológicos las afectaciones al derecho al libre desarrollo de la personalidad respecto a la falta de visitas realizadas por padres separados que no tienen la tenencia.

Tercera: Que, se proponga la creación de sanciones para el incumplimiento de las visitas como derecho de los menores, como lo pueden ser una sanción penal de multa, o la creación de un registro que a los que no cumplen les restrinjan de ciertas funciones sensibles

ANEXO

ENTREVISTA

Se ha realizado una entrevista a un Constitucionalista reconocido sobre lo planteado en el estudio la cual es la siguiente:

1. ¿Cuáles son los alcances del interés superior del niño como garantía por parte del Estado?

Esta garantía encuentra su alcance en concordancia con todos los demás derechos fundamentales que se tienen que garantizar, más aquellos que pertenecen a menores de edad únicamente, como lo son los alimentos y las visitas. Lo principal de esta garantía es especificar que en situaciones en donde se tengan pugna de derechos siempre el derecho del menor debe salir en preferencia pues son el futuro de la sociedad. Este se encuentra en el art. 4 de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

2. ¿Cómo define al derecho de visitas de un menor con padres separados?

El derecho de visitas de un menor, se define por el tiempo en donde el menor se encuentra en contacto con uno de sus progenitores los cuales buscan mantener una relación afectiva entre padre-hijo, asimismo conocer el estado de cada uno física y emocionalmente pues no tienen una convivencia.

- 3. ¿Considera que el faltar a realizar visitas a un hijo a pesar de pasar alimentos implica en el derecho al desarrollo integral del menor? Explique.**

Si implica y de manera negativa pues el pasar los alimentos es solo la garantía al derecho a la integridad física del menor y sobre el deber del padre sobre el sustento del niño, sin embargo, el derecho a la integridad psicológica no puede ser cubierto sólo con los alimentos, ya que se necesita la presencia de un padre del que vive separado el menor y por tanto tiene una ausencia del mismo.

- 4. ¿Es posible que acorde a lo que se entiende por el interés superior del niño se puedan establecer garantías sancionadoras sobre el incumplimiento de las visitas de padres separados a sus hijos sin que exista un régimen dicado judicialmente? Bajo que fundamentos.**

Si, en otros países existen sanciones tanto administrativas como penales, pues para algunos sistemas jurídicos la afectación de los menores en su crecimiento y desarrollo integral es muy grave al tener la ausencia de una figura paterna. De igual forma la Constitución no prohíbe el sancionar el incumplimiento de las obligaciones todo lo contrario, para ello incluso se tiene como ejemplo a los alimentos.

- 5. ¿Ha observado casos en donde los padres no visiten a los hijos pero si pasen alimentos? Explique.**

Si, en múltiples ocasiones los padres que son demandados por alimentos tampoco tienen la intención de cumplir realizando visitas a los hijos, dejándolos en una ausencia económica y emocional apremiante.

6. Teniendo en cuenta que las visitas son un derecho del niño y no uno del padre, ¿Qué solución puede plantear para garantizar las visitas de padres separados incluso cuando no exista un régimen de visitas dictado por juez?

Me parece una buena solución el crear un registros de las personas que incumplen con las visitas a los menores tal cual se realiza en el registro de deudores alimentistas, por otro lado la propuesta de un procedimiento para ello va de la mano, claro está me parece la mejor situación que la sanción sea administrativa incluso puede ser una multa.

REFERENCIAS

- Aranzamendi, L.(2009). *Guía de la Metodología de la Investigación*. Arequipa: Adrus.
- Arias, F. (2012). *El proyecto de investigación: Introducción a la metodología científica*. (6ta ed.). Caracas: Editorial Episteme.
- Cano, O. (2013). *¿Cómo Actuar Ante El Incumplimiento Del Régimen De Visitas?* Librería Themis, Madrid, España
- Catalán, J. (s.f.). *La Custodia Compartida*. Psicóloga de la Audiencia Provincial de Murcia.
- Chanamé, R. (2009). *Comentarios a la Constitución*. Juristas Editores, Quinta edición, Lima. IBSN: 978-9972-229-53-4.
- Código de Los Niños y Adolescentes (2000) . *Ministerio de Justicia*. Editora Peru, Lima
- Código Civil de 1984 (1999). Ministerio de Justicia – Editora Perú. Lima
- Constitución Política del Perú de 1993 (2001) *Ministerio de Justicia*. Editora Perú, Lima
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Febrero De 2012). Caso Atala Riffo y Niñas VS. Chile.
- Corte superior de justicia de Lima segunda sala especializada en familia - expediente: N° 1169-2009.
- Corte superior de justicia de Lima primera sala especializada de familia – expediente N°: 140-2008 A.M.V. C.A.M.B. tenencia
- Corte superior de justicia de Lima segunda sala especializada en familia - expediente: N° 1381-2009.
- Cotrina C., Pacheco S. y Moretti N. (2012). *Referencias Estilo Apa*. Universidad César Vallejo.

