

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

EL EFECTIVO GOCE DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE, EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN FAMILIAR, A VIVIR Y DESARROLLARSE EN FAMILIA EN EL PERÚ

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. MASHA KATHERYN ABANTO TAFUR

Asesora:

Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA

Cajamarca, Perú

2024



CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

- Investigador:
Masha Katheryn Abanto Tafur
DNI: 40434247
Escuela Profesional/Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
Programa de Doctorado en Ciencias. Mención: Derecho
- Asesora: Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
- Grado académico o título profesional
 Bachiller Título profesional Segunda especialidad
 Maestro Doctor
- Tipo de Investigación:
 Tesis Trabajo de investigación Trabajo de suficiencia profesional
 Trabajo académico
- Título de Trabajo de Investigación:
El efectivo goce del niño, niña y adolescente, en situación de desprotección familiar, a vivir y desarrollarse en familia en el Perú
- Fecha de evaluación: **07/11/2024**
- Software antiplagio: TURNITIN URKUND (OURIGINAL) (*)
- Porcentaje de Informe de Similitud: **5%**
- Código Documento: **3117:402851397**
- Resultado de la Evaluación de Similitud:
 APROBADO PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES O DESAPROBADO

Fecha Emisión: **07/11/2024**

<i>Firma y/o Sello Emisor Constancia</i>
 ----- Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga DNI: 26714500

* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

COPYRIGHT 2024 by
MASHA KATHERYN ABANTO TAFUR
Todos los derechos reservados



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 050-2018-SUNEDU/CD

Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



UNIDAD DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 6:45 horas, del día 24 de octubre del año dos mil veinticuatro, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, **Dr. OMAR NATHANAEL ALVAREZ VILLANUEVA** y en calidad de Asesora la **Dra. SANDRA VERONIKA MANRIQUE URTEAGA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **EL EFECTIVO GOCE DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE, EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN FAMILIAR, A VIVIR Y DESARROLLARSE EN FAMILIA EN EL PERÚ**; presentada por la Magíster en Derechos Humanos, **MASHA KATHERYN ABANTO TAFUR**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de DIECISIETE (17) la mencionada Tesis; en tal virtud, la Magíster en Derechos Humanos, **MASHA KATHERYN ABANTO TAFUR**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Siendo las 8:15 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Asesor


.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Presidente - Jurado Evaluador


.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador


.....
Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

A mi hija Lucía Alejandra Barrenechea Abanto, la inspiración de todo emprendimiento en mi vida. Y a mis padres, Marcial y Rosa, el mayor referente de lucha y esfuerzo, para no dejarme vencer.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	v
TABLA DE CONTENIDO	vi
LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS	xi
GLOSARIO DE TÉRMINOS.....	xii
RESUMEN	xiii
<i>ABSTRACT</i>	xiv
INTRODUCCIÓN	xv
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	21
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	21
1.4. OBJETIVOS	23
1.4.1. General	23
1.4.2. Específicos.....	23
1.5. DELIMITACIÓN	24
1.5.1. Espacial	24
1.5.2. Temporal.....	24
1.6. LIMITACIONES	25
1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS	25
1.7.1. De acuerdo con el fin que persigue.....	25
1.7.2. De acuerdo con el diseño de la investigación	26

1.7.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan.....	27
1.8. HIPÓTESIS	28
1.9. MÉTODOS	29
1.9.1. Generales	29
1.9.2. Específicos.....	31
1.10. TÉCNICAS	35
1.10.1. Revisión sistemática cualitativa de fuentes	35
1.10.2. Técnica de la observación de la realidad	36
1.10.3. Técnica de la Entrevista	36
1.11. INSTRUMENTOS	36
1.11.1. Hoja guía de revisión sistemática	36
1.11.2. Hoja de ruta para observación de la realidad	37
1.11.3. Cuestionario o guion de entrevistas	37
1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA	37
1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN	38
CAPÍTULO II	43
MARCO TEÓRICO	43
2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO.....	43
2.1.1. El positivismo incluyente y su relación con la regulación en desprotección familiar	43
2.1.2. El enfoque institucional de los derechos humanos en relación con la tutela del derecho de vivir en familia y la desprotección familiar	53
2.2. MARCO TEÓRICO Y DOCTRINARIO.....	61
2.2.1. Estado Constitucional de Derecho.....	61

2.2.2. Doctrina de la situación irregular frente a la doctrina de la protección integral.....	65
2.2.3. La evolución de la familia en el Estado Constitucional de Derecho y la Doctrina de la Protección Integral	73
2.2.4. La problemática de la niñez en desprotección	88
2.2.5. El acogimiento familiar	91
2.2.6. Las Municipalidades y su responsabilidad social	98
2.2.7. El Ministerio Público y sus competencias a través de las Fiscalías de Familia	100
2.2.8. Las medidas de protección como herramienta importante en la labor del Fiscal de Familia	101
2.2.9. La participación del Fiscal de Familia en los procesos de desprotección familiar	102
2.2.10. Las Unidades de Protección Especial en el contexto del nuevo paradigma	109
2.2.11. Competencias del Poder Judicial en los procedimientos por riesgo y desprotección familiar	112
2.2.12. Competencias de las Defensorías Municipales del Niño y Adolescente – DEMUNA en los procedimientos por riesgo y desprotección familiar	115
2.2.13. Importancia de la participación de la Defensoría Pública en los procedimientos por riesgo y desprotección familiar	116
2.3. El derecho a la familia en el marco normativo convencional	118
2.3.1. Observación General N.º 6	120
2.3.2. Observación General N.º 7	122

2.3.3. Observación General N.º 14	125
2.4. El derecho a la familia en el marco normativo nacional.....	128
2.4.1. Consideraciones procesales del D.Leg. 1297 – Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos.....	130
CAPÍTULO III	150
RESULTADOS Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	150
3.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	150
3.1.1. Entrevista aplicada al director de la Unidad de Protección Especial – UPE de Cajamarca	150
3.1.2. Entrevista aplicada a juez de familia	155
3.1.3. Entrevista aplicada a fiscales de familia.....	159
3.1.4. Entrevista aplicada a las directoras o responsables de los Centros de Acogida Residencial.....	167
3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	175
3.2.1. Medidas legislativas y reglamentarias suficientes que aseguren la delimitación clara de competencias entre las UPE y el Poder Judicial en materia de desprotección; así como la participación de las Fiscalías de familia en ambos procedimientos	177
3.2.2. Medidas administrativas que favorezcan el derecho de vivir y desarrollarse en familia con la implementación de los Banco de Familias Acogedoras y de la Unidad de Adopciones del MIMP, de modo descentralizado en cada región a nivel nacional.....	212

CAPÍTULO IV	222
PROPUESTA NORMATIVA.....	222
4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS	222
4.2. EFECTO DE LA NORMA.....	236
4.3. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO	237
4.4. PROPUESTA LEGISLATIVA: PROYECTO DE LEY QUE DEROGA Y MODIFICA DIFERENTES ARTÍCULOS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1297 – DECRETO LEGISLATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES SIN CUIDADOS PARENTALES O EN RIESGO DE PERDERLOS	239
CONCLUSIONES	256
RECOMENDACIONES	258
LISTA DE REFERENCIAS.....	260
ANEXOS	270

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

AISA	: Aldea Infantil San Antonio.
CADH	: Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CDN	: Convención sobre los Derechos del Niño.
CNA	: Código de los Niños y Adolescentes.
Const.	: Constitución Política del Perú.
DEMUNA	: Defensoría Municipal del Niño y Adolescente.
D. Leg.	: Decreto Legislativo.
D. S.	: Decreto Supremo.
D.U.	: Decreto de Urgencia.
L.	: Ley.
LOM	: Ley Orgánica de Municipalidades.
LOMP	: Ley Orgánica del Ministerio Público.
MIMP	: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.
MINJUS	: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
MP	: Ministerio Público.
NNA	: Niños, niñas y adolescentes.
PJ	: Poder Judicial.
Reg.	: Reglamento.
TC	: Tribunal Constitucional.
UIT	: Unidad de Investigación Tutelar.
UPE	: Unidad de Protección Especial.

GLOSARIO DE TÉRMINOS

1) Acogimiento Familiar

Es una medida de protección que se aplica en los procedimientos por Desprotección Familiar, luego de la separación del NNA de su familia de origen, para ser incluido dentro de otro hogar, ya sea en familia extensa o familia de terceros, en tanto se trabaja para eliminar las circunstancias que generaron la desprotección. Puede ser una medida temporal o permanente.

2) Situación de Riesgo por Desprotección Familiar

Situación en la que se encuentra un NNA, donde el ejercicio de sus derechos es amenazado o afectado, por determinadas circunstancias que la familia no puede atender y que afectan su desarrollo integral; por lo que el Estado debe adoptar medidas para evitar que se convierta en una situación de desprotección. Esta situación en ningún caso trae como consecuencia la separación del NNA de su familia de origen.

3) Situación de Desprotección Familiar

Se produce frente al incumplimiento de los deberes de cuidado y protección de los responsables de los NNA respecto a éstos, que afecta gravemente su desarrollo integral y que implica la separación temporal de su familia de origen para su protección, a la par de la implementación de un plan de apoyo a la familia para que logren superar las dificultades presentadas y se proceda a la reintegración familiar. No siendo la pobreza o discapacidad, por sí mismos, de alguno de los integrantes de la familia, motivo suficiente para considerar que estamos ante esta circunstancia.

RESUMEN

La finalidad de la presente investigación fue identificar las medidas normativas que aseguran la optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de las niñas, los niños y los adolescentes en situación de desprotección familiar; es decir, teniendo como contexto del problema extremos tales como la coexistencia de competencias paralelas entre las UPE y el Poder Judicial, la insuficiente participación de los Fiscales de Familia en los procedimientos de desprotección familiar y la inexistencia de un banco de familias acogedoras con oficinas descentralizadas a nivel nacional; se buscó desarrollar medidas normativas que resulten adecuadas para poner coto a dichas deficiencias desprendidas de la propia regulación normativa relacionada con la desprotección familiar de los niños, niñas y adolescentes. Dicho esfuerzo, se enmarcó en el contenido de la investigación básica, con alcance explicativo y con aplicación de métodos y técnicas cualitativos. Luego de lo cual se obtuvo como resultado una serie de reformas a nivel normativo legislativo y administrativo que propician la clarificación de competencias, la implementación de nuevas UPE con mayores competencias relativas a la eficacia de la doctrina y los principios que sustentan el Decreto Legislativo 1297, así como, la participación de las Fiscalías de Familia en los procedimientos relativos a la desprotección bajo sanción de nulidad.

Palabras clave: Medidas normativas; niñas, niños y adolescentes; derecho de acceder y desarrollarse en familia y desprotección familiar.

ABSTRACT

The purpose of this research was to identify the regulatory measures that ensure the optimization of the right to live and develop in the family of girls, boys and adolescents in a situation of lack of family protection; that is, taking as the context of the problem extremes such as the coexistence of parallel powers between the UPE and the Judiciary, the insufficient participation of Family Prosecutors in family protection procedures and the lack of a bank of foster families with decentralized offices at the national level; We sought to develop regulatory measures that are appropriate to put a stop to these deficiencies arising from the normative regulation itself related to the lack of family protection of children and adolescents. This effort was framed in the content of basic research, with explanatory scope and with the application of qualitative methods and techniques. After which a series of reforms at the legislative and administrative regulatory level were obtained that promote the clarification of powers, the implementation of new UPE with greater powers related to the effectiveness of the doctrine and the principles that support Legislative Decree 1297, as well as, the participation of the Family Prosecutor's Offices in procedures related to lack of protection under sanction of nullity.

Keywords: *Regulatory measures; girls, boys and adolescents; right to access and develop as a family; family vulnerability.*

INTRODUCCIÓN

Detrás de la investigación planteada, existe una discusión *iusfilosófica* compleja respecto de la influencia del derecho en los cambios sociales y viceversa; puesto que, se presentan ocasiones en las que la asunción de un nuevo paradigma jurídico termina condicionando el cambio de estructuras jurídicas y administrativas del derecho para asegurar el éxito de las doctrinas, los principios y las disposiciones normativas generadas con motivo del cambio de paradigma; tarea nada fácil, debido a que los cambios formales que se generen no suelen ser lo suficientemente fuertes como para influir en el razonamiento de los operadores jurídicos y de la sociedad en general.

Este es el contexto dentro del cual se ha desarrollado la presente investigación, en que la asunción de la doctrina de la protección integral de la niña, niño y adolescente ha propiciado la modificación normativa en distintos niveles; modificando, a su vez, la antigua figura de abandono por la remozada figura jurídica de la desprotección familiar; esta última, con la que lejos de castigar a la familia que abandona, se la concibe como un fin al que se requiere acceder a través de distintos procedimientos que buscan, sobre todo, reestablecer las relaciones familiares de las niñas, niños y adolescentes.

El inconveniente presentado radica, como ocurre con todo emprendimiento que rompe esquemas, en el hecho de que todavía se presentan diversos vacíos normativos en distintos extremos funcionales, lo que influye en la deficiente aplicación de las figuras y procedimientos implementados por el Decreto

Legislativo 1297; motivo por el cual, se hace necesario contar con un diagnóstico detallado de los embates fácticos que han causado los vacíos normativos antes señalados; insumo con el que se han construido propuestas normativas que buscan darle solución al problema identificado.

En tal sentido, el presente informe de tesis consta de tres capítulos, el primero en el que se explica la problemática que se desprende del vacío normativo antes mencionado, así como la metodología construida para elaborar el diagnóstico y para alcanzar las propuestas a las que se pretendió arribar; así, el problema formulado fue el siguiente: ¿Cuáles son las medidas normativas que aseguran la optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de las niñas, niños y adolescentes en situación de desprotección familiar?

Del cual se desprenden como componentes de la investigación: 1) Las medidas normativas que se buscan y forman parte de la hipótesis; 2) la optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de las niñas, los niños y los adolescentes reconocido como un derecho fundamental que, si bien se desprende de la doctrina de los derechos humanos, debe ser asumido por el derecho constitucional de cada país a fin de asegurar su implementación; 3) la situación de desprotección familiar de los niños, niñas y adolescentes como una problemática de las familias que debe ser atendida por las entidades normativamente delegadas.

Todos estos componentes sustentan el desarrollo de una investigación básica, es decir, que se basa en la información fáctica y teórica existente para generar

mayor conocimiento dogmático jurídico de las figuras jurídicas bajo estudio, lo que permite proponer nuevos dogmas y, por tanto, generar nuevo conocimiento que servirá de sustento para cambios normativos, administrativos, entre otros, que coadyuven a optimizar el derecho de vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes; dicho tipo de investigación va de la mano con el nivel o alcance explicativo de investigación y el uso de métodos y técnicas cualitativos tales como el análisis y síntesis, el método dogmático jurídico, el método hermenéutico, el método socio jurídico, entre otros relativos, así como, la técnica de observación fáctica y documental.

El segundo capítulo estructura un marco de referencia de la investigación, basado estrictamente en los componentes de investigación; en tal sentido, para justificar el extremo *iusfilosófico* de la investigación se hace menester desplegar la influencia de las propuestas del *iuspositivismo* incluyente en la investigación, por otro lado, la explicación de las dimensiones del derecho y la influencia de los cambios sociales en este y viceversa y, finalmente, la relación de la doctrina de los derechos humanos en la construcción de los derechos fundamentales dentro de cada Estado.

En un segundo momento de desarrollo, se ha realizado una investigación sistemática sobre los contenidos relativos a los niños, niñas y adolescentes, así como se han revisado las propuestas dogmáticas relacionadas con la doctrina de la protección integral que se encuentra detrás de la propuesta normativa contenida en la CDN, así como, en la regulación del Decreto Legislativo 1297. Finalmente, los desarrollos doctrinarios relativos a la desprotección familiar.

El tercer capítulo ha tenido un primer momento de diagnóstico de la realidad aplicativa de la doctrina de la protección integral, así como de la normatividad nacional desplegada, en el primer acápite relativo a la presentación de resultados; en un segundo y último momento, se ha tenido en cuenta la hipótesis para plantear la contrastación; luego de lo que se ha elaborado la propuesta normativa, las conclusiones y las recomendaciones.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Ningún pensador del Derecho debe perder de vista que este constructo, no expresa más que una de las dimensiones de la convivencia humana con su propia especie y con su entorno; vale decir que, el Derecho “se origina por los grupos y fuerzas que, de manera desigual, operan en cada sociedad concreta” (Diéguez Méndez, 2023, p. 1); así, muy por el contrario de lo que concebía el positivismo excluyente, la dinámica jurídica no encuentra su contexto de descubrimiento o de justificación al interior del Derecho, sino en la propia sociedad, cargada de necesidades y, a partir de la que se construyen funciones, finalidades, principios, disposiciones y procedimientos.

Ha de sentarse, al respecto, la dialéctica presente entre la influencia de la dinámica social sobre la construcción del derecho, así como, de la dinámica jurídica en el ordenamiento de la sociedad, es por ello que se señaló al derecho como una dimensión de la sociedad que busca regular las conductas de sus integrantes para así conseguir una convivencia pacífica, armónica, ordenada y, por tanto, segura y favorable al respeto de valores fundamentales que surgen de la propia sociedad y de la convivencia humana, pero que exigen una protección y regulación a partir de la intervención estatal a manera de sistemas y ordenamientos jurídicos.

Pues bien, conforme a lo ya referido, ha de sentarse también que la sociedad es un fenómeno preexistente al derecho pero que persiste gracias a sus regulaciones; en tal sentido, al ser preexistente, se necesita de las decisiones de los miembros del grupo social para crear el derecho, así como para asegurar su eficacia dentro de la propia sociedad; para tal dinámica es fundamental la existencia de relaciones culturales dentro de esta, de las que se extraerán los valores fundamentales sobre los que se construirá el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, dichas relaciones culturales son contingentes en sí mismas, puesto que son pasibles de variar según el espacio o el tiempo en el que se presenten, una “visión diacrónica de la realidad muestra bien ese contraste entre discursos que son posibles en unas épocas y dejan de serlo en otras. La contingencia, sin embargo, no llega a ser arbitrariedad” (García Villegas, 1989, p. 31), puesto que es la cultura de la época o del lugar la que determina los discursos que emiten los actores sociales a partir de los cuales se terminan por reconocer o construir valores jurídicos fundamentales, principios o doctrinas jurídicas.

Con igual enfoque, los propios contenidos jurídicos son diacrónicos, evolutivos, a tono con la evolución en la cultura de cada sociedad; asimismo, son contingentes, debido a que dependen de las eventualidades que se presentan de manera autónoma en cada sociedad, pero de ninguna manera son arbitrarios, en tanto cada cultura de cada sociedad cuenta con

fundamentos suficientes para sustentar los valores jurídicos que se reconocen en su seno.

Es de señalar, entonces, que el surgimiento de una nueva ola cultural genera diferentes expresiones que se originan con la “adaptación estratégica de un saber con relación a un poder situado en un espacio determinado por unas fuerzas cambiantes. De acuerdo con esto, en una sociedad se presenta una relación de influencia recíproca entre discursos y focos de poder” (Foucault, 1975, p. 72), a partir de los que se originan las figuras e instituciones sociales, dentro de estas, las jurídicas, tales como el contenido de los derechos humanos, de los derechos fundamentales y, para los intereses de la investigación desplegada, el contenido de la doctrina de protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

Se dice que la protección integral de la niñez sienta sus bases en el desarrollo normativo internacional a partir del reconocimiento como sujetos de derecho que propugnó la CDN en favor de los niños, niñas y adolescentes; además, en tono con lo señalado en los párrafos precedentes, tanto la doctrina de la protección integral, el contenido dinámico de algunos de sus principios y la importancia del derecho a la familia o la preeminencia del interés superior, han sido trabajados a nivel normativo, teórico, doctrinario y dogmático.

De esta manera, el Derecho y sus contenidos son contingentes, dependen de los discursos planteados en una época y un lugar específicos, dependen

de la evolución cultural de la sociedad; pues bien, esto es lo que ha ocurrido con el cambio del anterior paradigma de la situación irregular hacia el novísimo paradigma de la protección integral impulsado por la CDN y es de reciente desarrollo doctrinario y de mucho más reciente aplicación normativa en el Perú.

La doctrina de la situación irregular de los “menores” en abandono, tenía a estos como ciudadanos de segundo orden, de los cuales se podía prescindir para integrar la sociedad, tan es así que, se prefería su reclusión en centros de acogida tales como los hogares o los albergues; pues se trata de una concepción paternalista y excluyente que concibe a los niños, niñas y adolescentes como objetos de derecho que, al sufrir abandono, generan en el Estado el deber de “tutelar en un sistema masificado, separándolos de sus familias, de su comunidad, aislándolos de la sociedad en centros cerrados” (Barrera Dávila, 2014, p. 19).

Ahora, no se trata de cuestionar dicha doctrina señalando su falta de corrección y adecuación para tutelar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, sino de comprenderla en función a la cultura que mantuvo la sociedad durante su vigencia; cultura en la que los discursos segregaban a ciertos sectores de la sociedad y prescindían de estos a fin de no afectar la armonía social tal y como se la comprendía entonces; en consecuencia, se prescindía de cualquier situación e individuo que no encajara dentro de los cánones de lo que se concebía como normalidad.

Valores aceptados en la época y que, con la evolución de la sociedad han ido quedando sin vigencia y han sido reemplazados en la actualidad con la doctrina de la protección integral según la cual los niños, niñas y adolescentes no son considerados más objetos de protección, sino que se conciben como sujetos de derecho; es decir, se dejó atrás la concepción de “*patria potestas*, que se venía arrastrando desde el derecho romano y que se vio fortalecido por el derecho canónico, al reconocimiento del niño como sujeto de derecho fundamentado en el interés superior del niño como fin de la autoridad parental” (Campos García, 2009, p. 351).

A partir de esta doctrina, se reconoció la capacidad jurídica de las niñas, niños y adolescentes, no solo para el goce, sino para la gestión del respeto de sus derechos, con posibilidad de decidir o intervenir en la decisión de las situaciones que les atañen y, sobretodo, con el reconocimiento de la dinamicidad material del principio – derecho al interés superior.

De esta manera, es posible señalar como componentes principales de esta doctrina, el reconocimiento de la personalidad a la niña, el niño y el adolescente, lo que involucra la dotación de derechos fundamentales supremos como es el caso del derecho a la dignidad, el derecho a la libertad y el derecho a la igualdad como elementos integrantes de su calidad de sujeto de derecho.

En tal sentido, en tono con el principio – derecho a la dignidad, la referencia a los niños, niñas y adolescentes, involucra la condición de respeto por su

autonomía por el hecho de tratarse de una persona humana, por lo que no puede propinarse tratos inhumanos, crueles y humillantes, tampoco lesivos de su integridad física, moral o psíquica, o cualquier tipo de humillación o menosprecio que puedan menoscabar su autoestima; pero sobre todo, involucra que este sector de la población cuenta con total señorío sobre su vida, sobre su propio cuerpo, que lo hace un ser pensante e independiente (Petrino, 2013).

En cuanto a la influencia del derecho – principio a la igualdad en la doctrina de la protección integral del niño, niña y adolescente, puede recogerse la equiparidad en cuanto sujeto de derechos respecto del resto de personas que integran la sociedad, puesto que gozan de todos los derechos fundamentales inherentes a la humanidad, por lo que cuentan con todas las oportunidades y facilidades para alcanzar su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social (O'Donnell, 2013, p. 1).

Lo que se relaciona íntimamente con la incursión del derecho – principio a la libertad en la comprensión de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes; a diferencia de lo que se grafica con el análisis de la doctrina de la situación irregular que cuenta con un contenido adulto centrista, por la que el menor de edad es un objeto pasivo, lo que genera “situaciones de tutela, represión, autoritarismo, abuso, piedad, compasión, control, discrecionalidad” (Prieto Cruz, 2012, p. 70).

En la doctrina de la protección integral se reconoce a las personas de menor edad (NNA), como sujetos activos, “plenos de derechos sociales (derechos humanos a la vida, educación, cultura, esparcimiento, no discriminación, dignidad, participación, libertad), pero no son sujetos plenos de derechos civiles o políticos” (Prieto Cruz, 2012, p. 70). Derechos que le permiten desplegar cierta autonomía en los campos de su interés y que sustentan su capacidad para autogestionar el respeto del resto de sus derechos fundamentales; puesto que cuentan con un yo social, con autonomía progresiva y una identidad de sujeto social pleno de derechos.

Por otro lado, pero en concordancia con lo anteriormente señalado, en el sistema de protección de los Derechos Humanos, diversos instrumentos internacionales reconocen a la familia como el elemento fundamental de la sociedad y como el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos los niños. Dentro de estos instrumentos internacionales tenemos, por ejemplo, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos - CADH¹, la Convención sobre los Derechos del Niño - CDN² y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - CDPD³.

De esta manera, la cita relativa a la prohibición de discriminación por cualquier índole que se contempla en el preámbulo de la CDN (parr. 3),

¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, suscrita el 22.11.1979, vigente desde 18.07.1978. Perú firma la Convención el 27.07.1977, ratificándolo el 12.07.1978.

² Convención Sobre los Derechos del Niño, fue adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 20.11.1989. Firmada por el Perú el 26.01.1990, ratificada el 04.09.1990 y vigente en nuestro país desde el 04.10.1990.

³ Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada en Asamblea General de las Naciones Unidas el 13.12.2006, vigente desde el 03.05.2008. El Perú la aprobó el 31.10.2007, la ratificó el 30.12.2007 y entró en vigor el 03.05.2008.

equipara a los niños, niñas y adolescentes, con la calidad de persona con “todos los derechos y libertades enunciados” en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales, relativos a derechos humanos; lo que no los aleja de la obligación de cuidados especiales que les asiste en las situaciones que así se requiera (parr. 4 del preámbulo).

Una de las características que pasó a formar parte de la doctrina de la protección integral, es la reafirmación del lugar que tiene la familia como un “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad” (parr. 5 del preámbulo de la CDN).

Dicho extremo ha sido asumido por la doctrina de la protección integral del niño, niña y adolescente, en tanto se reconoce que no existe un mejor medio para el desarrollo de la personalidad de este sector de la población, motivo por el cual no es posible imputar a la familia el abandono de aquellos, sino que se reconoce una situación de desprotección que puede ser corregida a través de una serie de procedimientos a cargo de las entidades del Estado que atienden las circunstancias de desprotección; en todos estos casos, teniendo a la familia como el grupo fundamental que coadyuva al desarrollo de la personalidad y, por tanto, apuntando en todo momento a la reintegración de la misma para que continúe su labor.

Es por ello que la propia CDN sostiene que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (parr. 6 del preámbulo de la CDN).

Uno de los logros importantes a nivel de reconocimientos en favor de los niños, niñas y adolescentes, es la mención al principio del interés superior que contempla el artículo 3 de la CDN; sin embargo, no se propone una definición o contenido de este principio, por lo que ha sido la doctrina la encargada de delimitar su contenido, así como la reciente casuística en la que se recoge un contenido dinámico del mismo que se ajusta a las circunstancias fácticas en cada caso concreto.

Con todo, este principio ha servido y sirve de faro orientador a “todas las medidas concernientes a los NNA que toman las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos” (numeral 1 del artículo 3 de la CDN); lo que, de hecho, se está propiciando a partir de la legislación, así como con la jurisprudencia que se está generando en dicho extremo.

De manera más específica, el artículo 12 de la CDN presenta una referencia a la autonomía que se le reconoce a las niñas, los niños y los adolescentes, cuando regula su derecho a expresar su opinión y a ser escuchado; lo que puede sustentar su calidad de sujetos de derecho.

A esto se suman las regulaciones de los artículos 14 al 17 que sustentan la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes cuando les reconocen el derecho a la libertad de pensamiento, consciencia y religión, la libertad de asociación y de realizar reuniones pacíficas, no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada u otros aspectos de su vida, así como, el derecho de acceso a la información.

Con todo esto, el Perú tardó 29 años en contemplar una normatividad que se aleje de la idea de abandono familiar del niño, niña y adolescente, para asumir como parte de su protección integral a la idea de desprotección familiar y la responsabilidad del Estado cuando esta se presenta.

La Constitución Política del Perú, a través del artículo 4 precisa que el Estado protege a la familia, sin embargo carece de un reconocimiento expreso del derecho a vivir y desarrollarse en un núcleo familiar como derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes.

No obstante, a través del artículo 3 y sobre la base de los derechos no enumerados o innominados, así como en base al marco normativo internacional vigente sobre Derechos Humanos, que en virtud del artículo 55 y la Cuarta Disposición Transitoria de la Const., forman parte del derecho interno, es válido sostener, entonces, que este derecho humano posee el reconocimiento total intrínseco el sistema normativo constitucional peruano.

Es en este sentido que el CNA, a través de su artículo 8, ha reconocido expresamente el derecho que poseen los NNA, a vivir en una familia, pero sin mayor desarrollo normativo, descripción o definición respecto del derecho mencionado y, con ciertos matices relativos, aún, de la doctrina de la situación irregular, es por eso que se reconocía en su texto original a la figura del abandono.

En cuanto a las normas de desarrollo, el D. Leg. 1297 – Decreto Legislativo para la protección de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, publicado el 30 de diciembre de 2016, que entró en vigencia a partir del día siguiente a la publicación de su Reglamento con el D.S. 001-2018-MIMP, el 11.02.2018; es decir, 29 años después de la dación de la CDN; ha cambiado radicalmente los anteriores procedimientos por abandono que contemplaba la ley derogada, para establecer nuevos procedimientos y funciones relativos a la mencionada doctrina de la protección integral.

Se trata de una norma especial y actual de protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, que derogó toda la normatividad en la materia anteriormente dada, incluso los capítulos IX y X del CNA, relativos a las medidas de protección y declaratoria judicial del estado de abandono, estableciéndose una nueva forma de tratamiento procesal de este tipo de investigaciones, con un equipo multidisciplinario a través de las Unidades de Protección Especial – UPE.

Es en esta norma de desarrollo en la que se ha enfocado la mirada para la investigación doctoral, pues diseña una nueva forma de tratamiento de las investigaciones por desprotección familiar (anteriormente denominadas investigaciones por abandono), para determinar finalmente si con ella, estamos protegiendo el derecho de los niños, niñas y adolescentes, involucrados en dichas investigaciones, a vivir y desarrollarse en familia.

Este derecho humano - fundamental de crecer y desarrollarse en familia, al tratarse en la tesis doctoral tiene arraigado principios jurídicos como el principio de la dignidad de la persona humana, el principio del interés superior del niño, niña y adolescente, así como el principio de la protección integral que ha sido impulsado en razón de la doctrina del mismo nombre en reemplazo de la doctrina de la situación irregular, la cual la encontramos presente en el contenido de los textos normativos internacionales relativos a la niñez, así como en la Constit. y demás normas del sistema jurídico peruano.

Teniendo como base a estos principios es que se hace posible hablar de una real y efectiva materialización del derecho que poseen los niños en situación de desprotección familiar a vivir y desarrollarse en una familia. Y es que el derecho que posee todo niño, niña y adolescente de vivir y desarrollarse en familia, merece especial atención cuando unido a la condición de vulnerabilidad de la niñez, se suma la condición de desprotección parental.

De hecho el artículo 1 del mencionado decreto legislativo, contempla la doctrina de la protección integral de las niñas, los niños y los adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, estableciendo como finalidad de esta el “garantizar el pleno ejercicio de sus derechos; priorizando su derecho a vivir dignamente, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”.

Valores fundamentales que constituyen el centro de preocupación en la presente investigación; ya que, de la experiencia vivida por la suscrita como Fiscal Adjunta Provincial de Familia en el Distrito Fiscal de Cajamarca, se ha podido corroborar diversas circunstancias que redundan en la afectación de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes, así como de su derecho a crecer y desarrollarse en el seno familiar.

Así, ocurre que la propia normatividad bajo análisis, el D. Leg. 1297 – Decreto Legislativo para la protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, a través de la primera disposición complementaria transitoria, así como su Reglamento aprobado por D.S. 001-2018-MIMP, también a través de su primera disposición complementaria transitoria, han dispuesto como entes competentes para llevar a cabo el procedimiento por desprotección familiar, tanto al Poder Judicial como a la Unidad de Protección Especial - UPE, pues estas últimas al no estar presentes en todas las regiones y provincias del país⁴, normativamente se obliga al Poder Judicial a asumir competencia.

⁴ “El MIMP cuenta actualmente con 25 UPE en el ámbito nacional: Arequipa, Cusco, Junín, Madre de Dios, Piura, Tumbes, Loreto, Tacna, Cajamarca, Apurímac, Huánuco, Ayacucho,

Así por ejemplo, en Cajamarca existe una UPE creada a través de la Resolución Ministerial N.º 086-2018-MIMP del 28 de marzo de 2018, para asumir competencia desde el 01 de abril de 2018, empero el ámbito territorial del ejercicio de sus funciones sólo comprende a la provincia de Cajamarca, más no al resto de provincias de la región, donde al no existir una UPE la obligación de asumir las investigaciones por desprotección recaen en el Poder Judicial, a través de los Juzgados de Familia o Mixtos. Y situación similar ocurre en otras regiones del país, donde si bien en la mayoría de ellas ya ha quedado instalada una UPE, éstas generalmente se ubican en las capitales de región, donde asumen competencia sólo en el ámbito territorial de la provincia en la que están ubicadas.

Esta situación podría generar, entre otros aspectos, afectación al principio – derecho a la tutela efectiva, así como al derecho de seguridad jurídica y, como consecuencia, la afectación al principio de predictibilidad o previsibilidad.

En segundo término, el D.Leg.1297 y su Reglamento, asignaron competencias a las Defensorías Municipales para el Niño y Adolescente – DEMUNA, dependientes de los gobiernos locales, a fin de que sean éstas las que se hagan cargo de los procedimientos por riesgo de desprotección familiar, previa acreditación que debe hacer de ellas el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables – MIMP, siendo que en principio, no se

Lambayeque, Ucayali, Puno, La Libertad, Huancavelica, Ica, Amazonas, Moquegua, Áncash y 4 en Lima Metropolitana y el Callao” (Loli Espinoza, 2020), estando pendientes las UPE de San Martín y Pasco. Asimismo, no existen UPEs en las distintas capitales de provincia y mucho menos en cada distrito de las regiones.

había establecido un plazo para que estas acreditaciones sean impulsadas por las municipalidades provinciales y distritales, ni mucho menos se había establecido una sanción en caso no hacerlo.

Esta situación genera que tanto las UPE como el Poder Judicial (en los lugares donde no existen UPE), tienen que asumir, de modo adicional, la carga de los casos por riesgo de desprotección familiar, en vez de avocarse, a exclusividad, a los casos de desprotección, que demandan una rigurosidad mayor en su tratamiento, por la gravedad de las causales que se identifiquen en la realidad del entorno familiar.

Por tanto, este factor identificado, también podría repercutir en el logro de un goce efectivo del derecho de los niños, niñas y adolescentes, en situación de desprotección familiar, a vivir y desarrollarse en familia, ocasionando que los entes competentes de los casos por desprotección saturen, aún más, su carga procesal con los procedimientos por riesgo que no deberían atender.

Esta preocupación por la falta de acreditación de DEMUNAS, también ha sido identificado en el Informe Especial N.º 003-2022-DP, de la Defensoría del Pueblo, publicado en julio del año 2022, donde se informó sobre los resultados de la supervisión nacional a Unidades de Protección Especial – UPE, siendo que una de las recomendaciones que realizó a los Gobiernos Locales, estuvo dirigida a que sus respectivas DEMUNAS, logren la

acreditación ante MIMP, a fin de que puedan llevar a cabo los procedimientos por riesgo de desprotección.

En este sentido, se advierte la necesidad de que la norma sea modificada o se emita otra brindando un plazo máximo para la acreditación de las demunas ante el MIMP, que incluya una sanción, en caso de no hacerlo, para los alcaldes, como representantes de las municipalidades provinciales y distritales, como ocurre en otros casos, como en la falta de cumplimiento de obligaciones en relación a los Comités distritales y provinciales de Seguridad Ciudadana, donde la sanción incluso es la vacancia de la autoridad municipal.

Cabe mencionar, que la situación en relación a la acreditación de las DEMUNAS en el país, ha ido cambiando desde el inicio de la tesis, pues con la emisión del D.U. 001-2020, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 07.01.2020, se modificaron algunos artículos del D.Leg. 1297, pero además, a través de su artículo 4 se establecen plazos para el inicio de la competencia por riesgo de desprotección familiar de los gobiernos locales, brindando un plazo máximo de 3 meses a las Municipalidades de Lima Metropolitana y Callao, así como a las municipalidades provinciales que son capital de departamento; además, un plazo de 6 meses para las otras municipalidades provinciales que no sean capital de departamento, y un plazo de 12 meses, para todas las demás municipalidades distritales.

Con la emisión de este decreto de urgencia, se convalida o corrobora, aún más, el factor identificado como parte de la hipótesis de la tesis, que aún viene generando una limitación a la progresiva optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes, en situación de desprotección familiar.

Cabe mencionar que, a nivel de la provincia de Cajamarca, la primera DEMUNA en acreditarse fue la de la Municipalidad Provincial de Cajamarca, a través de la R.D. N.º 076-2020-MIMP-DGNNA-DSLD, del 31.10.2020; y a partir de ella se han venido acreditando otras DEMUNAS de las municipalidades distritales de la provincia; siendo que a la fecha, se encuentran acreditadas las DEMUNAS de Asunción, Cajamarca, Chetilla, La Encañada, Llacanora. Los Baños del Inca, Namora, Cospán, Magdalena y San Juan; faltando acreditarse, las DEMUNAS de Jesús y Matara⁵.

Así mismo que, para septiembre de 2024, de las 1891 DEMUNAS existentes en el país, únicamente aparecían acreditadas 826, faltando acreditarse 1065 DEMUNAS. Situación que se presenta, entre otras causas por “la falta de voluntad política de las autoridades municipales y la falta de desarrollo de las capacidades técnicas en las defensorías” (Arévalo, 2022).

Pese a que los plazos otorgados por el decreto de urgencia, ya han vencido en exceso, y como dicha norma no ha dispuesto una sanción o apercibimiento frente al incumplimiento, el factor limitante del derecho no

⁵ Según estadística extraída de la web del MIMP, de fecha 05.09.2024.

ha desaparecido por completo; por lo que, corresponde analizar las posibles soluciones a través de medidas normativas de diverso nivel, no únicamente legislativas o reglamentarias.

Por otro lado, a través del artículo 12 del D.Leg. 1297 y su Reglamento, se ha asignado al Ministerio Público un doble rol, el primero de ellos el de ser parte en los procedimientos por riesgo y desprotección familiar, pero también el rol de ser dictaminadores en los procedimientos por desprotección.

Sin embargo, en relación con el rol de parte en el procedimiento por desprotección, es cuando se advierte la insuficiente labor de estos magistrados que se genera a raíz de la falta de normativas o directrices internas que permitan asumir los casos de una manera proactiva.

En principio, los Fiscales de Familia, con la anterior normatividad en la cual se hablaba de los procesos de abandono, tenían una labor esencial en la realización de una investigación preliminar para identificar factores de desprotección que permitieran formular, en su momento, la demanda de abandono ante el Poder Judicial; por lo que, el rol que tenía asignado era de ser un ente investigador preliminar, para luego pasar a ser un sujeto procesal en investigación judicial, al que también podríamos llamar parte, pero con funciones completamente distintas a las otras partes, como el padre, la madre y el niño, inmersos en el caso.

Sin embargo, con la actual normatividad, el Ministerio Público a través de las Fiscalías de Familia, ya no desempeñan el rol de investigador preliminar, pues la investigación desde inicio compete a la UPE o en su caso, al Poder Judicial, por lo que ya no es el encargado de presentar una demanda o solicitud de inicio del procedimiento por desprotección con los medios de prueba suficientes que haya acumulado en una etapa previa.

Ahora, distinto es que, de acuerdo a norma, cualquier persona o autoridad de una institución (Ministerio Público, Policía, Escuela, Centro de Salud, etc.), está en la obligación de poner en conocimiento de la entidad competente, los casos por riesgo o desprotección que conozca (artículo 17 del D.Leg. 1297); con esa puesta en conocimiento el ente competente decide el inicio o no del procedimiento, sin que previamente el Ministerio Público lleve a cabo una investigación para el efecto, pues esa investigación forma parte del procedimiento abierto por UPE o el Poder Judicial, con apoyo del equipo interdisciplinario a su cargo.

Finalmente, el acogimiento familiar es un tipo de medida de protección dentro de los procedimientos por desprotección familiar, dirigido a asegurar que el niño, niña o adolescente involucrado viva temporalmente en un ambiente familiar, el cual puede ser dentro de la familia extensa o en terceros.

Para que un niño pueda ser dado a una familia que no sea la suya en acogimiento, previamente ésta debe estar inscrita en el Banco de Familias

Acogedoras, para lo cual tiene que pasar una evaluación sobre su idoneidad donde hay evaluaciones periciales, visitas e informes que debe realizar el equipo interdisciplinario que para el efecto existe.

En el Perú, el Banco de Familias Acogedoras se encuentra centralizado en el MIMP (Lima), ello trae como consecuencia no sólo la demora de las evaluaciones de las familias que quieran convertirse en acogedoras, más aún cuando éstas radican en provincia; sino que con ello se limita, además, que familias que viven en la misma zona geográfica y cultural del niño, se vean interesados en pedir su evaluación para calificar como familia acogedora. Circunstancia que se superaría con la existencia del Banco de Familias de forma descentralizada.

Este factor afecta el derecho a vivir y desarrollarse en un ambiente familiar que, además, posibilite una mejor adaptación del niño, niña o adolescente, pues el acogimiento familiar en terceros, en las regiones del interior del país, no es una medida de protección suficientemente utilizada para evitar la institucionalización de los niños, niñas y adolescentes, al depender del Banco de Familias acogedoras único del MIMP.

A manera de conclusión de esta parte de la tesis y como ya se advirtió anteriormente, en el Perú, desde el año 2018 existe un nuevo procedimiento para el tratamiento de la desprotección familiar, en cuya norma de desarrollo (D.Leg. 1297 y su Reglamento aprobado por D.S. 001-2018-MIMP) se advierten debilidades que limitan el derecho humano y

fundamental de las niñas, los niños y los adolescentes a vivir y desarrollarse en familia.

Es por esta razón que se hace necesario construir las medidas normativas idóneas para asegurar la optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en desprotección familiar en el Perú.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son las medidas normativas idóneas para asegurar la optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en desprotección familiar en el Perú?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Como se señaló en la contextualización de la investigación, la contingencia del Derecho produce un cambio en los paradigmas sociales con implicancias jurídicas, en el caso de la presente investigación, se ha presentado un cambio en la doctrina relativa a los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se vislumbraban como objeto de protección según la doctrina de la situación irregular y en la actualidad se encuentran dotados de autonomía progresiva, así como, se privilegia la tutela de su derecho de gozar de una familia y a desarrollarse dentro de ella.

No obstante las bases doctrinarias incursas en la tutela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes no se encuentran acabadas, sino que requieren de revisión teniendo en cuenta los problemas normativos y fácticos que se desprenden de su implementación; en tal sentido, el aporte teórico y doctrinario de la investigación, teniendo en cuenta la interacción de las dimensiones del derecho, involucra la complementación de los postulados de la doctrina de la protección integral a la luz de las evaluaciones fácticas y normativas que se han desplegado en la ejecución.

Esto se relaciona directamente con el aporte a nivel normativo, debido a que, el diagnóstico realizado a nivel fáctico permitirá identificar las deficiencias o vacíos con los que cuenta la ley y su reglamento; mismos que serán subsanados en virtud de las propuestas normativas en cada extremo problemático identificado; regulación normativa que contará con un contexto de justificación debidamente fundamentado y presentado a manera de exposición de motivos.

En tercer lugar, dada la complementación doctrinaria y la regulación normativa propuesta, el resultado de la investigación busca proporcionar a la realidad fáctica, a la casuística relativa a la desprotección familiar, soluciones prácticas y directas a los embates identificados actualmente en el contexto de la aplicación del derecho.

Finalmente, dentro del ámbito personal, la investigación tendrá como aporte el propio desarrollo profesional de la tesista como Fiscal de Familia, labor

con la que ha desarrollado la preocupación por la tutela de los derechos fundamentales de las niñas, los niños y los adolescentes, como parte de su función y como parte de su deber ciudadano; así mismo, el resultado de la investigación se conformará como un nuevo aporte doctrinario, lo que la situará como integrante de la academia especializada en familia, específicamente, en derechos de niños, niñas y adolescentes.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. General

Establecer las medidas normativas idóneas para asegurar la optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en desprotección familiar en el Perú.

1.4.2. Específicos

- a. Elaborar un diagnóstico sobre la idoneidad de las medidas normativas actuales que buscan favorecer el derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en desprotección.
- b. Analizar las circunstancias fácticas y jurídicas suscitadas en función de la aplicación de la normatividad relativa a los niños, niñas y adolescentes en desprotección familiar.

- c. Elaborar una propuesta de modificación normativa que asegure la optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en desprotección familiar en el Perú.

1.5. DELIMITACIÓN

1.5.1. Espacial

Dado el tipo de investigación, no es posible realizar delimitación espacial para el extremo de la propuesta normativa; sin embargo, el extremo de la recolección de información fáctica se ha desplegado en la ciudad de Cajamarca.

1.5.2. Temporal

Debido a que se trata de un estudio dogmático, no admite delimitación temporal; tampoco respecto del extremo empírico, dado que los instrumentos de recolección de información han sido dispuestos para recoger información actual y contingente, no correspondiente a un periodo en específico.

1.6. LIMITACIONES

No existen limitaciones para el desarrollo de la presente tesis.

1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS

1.7.1. De acuerdo con el fin que persigue

La investigación responde a la tipología básica, esto porque buscó desarrollar mayor conocimiento científico, pero no a partir de la elaboración de tecnologías o técnicas aplicadas que otorguen solución inmediata a un problema fáctico (Tam, Vera y Oliveros, 2008, p. 146); sino a través de la construcción de un contexto de descubrimiento que ha logrado identificar y sustentar cuáles son las medidas normativas idóneas para asegurar la optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia, así como un contexto de justificación para la inclusión de medidas normativas, tanto legislativas como administrativas, que hagan posible la tutela de los derechos fundamentales antes mencionados.

Específicamente, la optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia, pero también la implementación de los elementos de la doctrina de la protección integral en la realidad aplicativa del Decreto Legislativo 1297.

1.7.2. De acuerdo con el diseño de la investigación

En primer término, la investigación desarrollada puede ser definida como propositiva, puesto que “este tipo de investigación se caracteriza por partir de un diagnóstico y en ese sentido, se fijan o determinan metas y se diseñan estrategias para lograrlas” (Daza Suárez, 2021, p. 412); procedimientos seguidos en la presente investigación a efectos de construir mayor conocimiento científico a manera, ya no de descripción de la realidad, sino, planteando soluciones prácticas al problema identificado.

En segundo término, de conformidad con el diseño de investigación es la investigación explicativa, Sabino la define como “el tipo de investigación que más profundiza nuestro conocimiento de la realidad, porque explica la razón, el “por qué” de las cosas, y es por lo tanto más complejo y delicado, pues el riesgo de cometer errores aumenta considerablemente” citado por (Niño, 2011, p. 34).

De allí que la tesis doctoral haya desplegado la labor de identificar las medidas normativas idóneas para asegurar la optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia; análisis que se ha desplegado dentro del nuevo procedimiento de desprotección familiar.

1.7.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan

El enfoque de la investigación es el cualitativo, pues “explora de manera sistemática los conocimientos y valores que comparten los individuos en un determinado contexto espacial y temporal” (Monje Álvarez, 2011, p. 12).

En el caso específico, se ha explorado, en primer lugar, los componentes de la doctrina de la protección integral, para constatar su existencia en la normatividad internacional, constitucional y legislativa nacional; lo que delimita el contexto formal que secunda la aplicación normativa en la realidad.

Coexistencias que han sido analizadas tanto en abstracto y en concreto para posibilitar el planteamiento de nuevos dogmas que otorguen solución a las situaciones problemáticas identificadas en el contexto de la desprotección familiar.

En tal sentido, la investigación escapa a la investigación experimental y a la empírica, porque no trabaja con grupos de control ni variables, no realiza experimentos ni basa su fundamentación en experiencias fácticas del investigador o que el investigador haya obtenido a partir de la observación directa.

1.8. HIPÓTESIS

Las medidas normativas idóneas para asegurar la optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en desprotección familiar en el Perú; son:

- A. Medidas legislativas y reglamentarias suficientes⁶ que eliminen la competencia supletoria del Poder Judicial en materia de desprotección familiar.

- B. Medidas legislativas y reglamentarias suficientes, que establezcan la participación directa y activa de las Fiscalías de familia en el procedimiento por desprotección familiar.

- C. Medidas administrativas para la implementación de las UPE en cada provincia de los departamentos (regiones) del país, así como, su progresiva implementación en los principales distritos de la distribución geopolítica.

⁶ Cabe mencionar que los términos en relación a la efectividad y suficiencia, utilizados en el desarrollo de los objetivos, hipótesis planteada y posterior contratatación, responden a las necesidades del sistema tutelar que se han identificado, como el número de UPEs a nivel nacional, el número de DEMUNAs acreditadas, las competencias paralelas del Poder Judicial y su equipo multidisciplinario, la participación de los Fiscales de Familia en los procedimientos por desprotección familiar y la existencia de un Banco de Familias Acogedoras centralizado para atender la integridad de los casos a nivel nacional; todo ello, a la luz de lo contemplado en el D.Leg. 1297 y su Reglamento; lo cual será analizado a lo largo del desarrollo de la tesis doctoral.

- D. Medidas administrativas para la implementación descentralizada de los Banco de Familias Acogedoras y de la Unidad de Adopciones del MIMP en cada región del país.

1.9. MÉTODOS

1.9.1. Generales

A. Deductivo

El método deductivo toma como presupuesto a los conocimientos generales, abstractos, para obtener conocimientos concretos silogísticos en diferentes ámbitos de la ciencia (Rodríguez Jiménez y Pérez Jacinto, 2017, p. 188); también en el ámbito jurídico o de la ciencia jurídica, puesto que, al resultar imposible valerse de los conocimientos fácticos específicos únicamente, es necesario tener en cuenta los desarrollos abstractos de aceptación general para construir nuevos dogmas también generales pero aplicables a situaciones específicas.

En esta investigación, se cuentan ya con valores jurídicos generales relativos a la doctrina de la protección integral, pero también a las disposiciones normativas desarrolladas bajo el halo de dicha doctrina; valores sobre los cuales se han analizado las situaciones específicas presentadas a manera de problema y

descritas en la contextualización, a fin de otorgar soluciones específicas que, dado que forman parte de propuestas normativas, se vuelven a constituir como valores generales a partir de los cuales se han realizado nuevas deducciones.

B. Analítico-sintético

Método utilizado para descomponer los elementos de la doctrina de la protección integral en sus mínimos componentes a efectos de comprender su contenido individual, identificar aquellos que todavía se mantienen vigentes o deben mantenerse así, de forma tal que, una vez realizado el estudio individualizado, se haga posible la construcción en síntesis de un nuevo dogma que goce de mayor eficiencia en la optimización de los derechos (Rodríguez Jiménez y Pérez Jacinto) de las niñas, niños y adolescentes.

El tema de tesis posee dos conceptos principales: El derecho humano – fundamental a vivir y desarrollarse en familia y el de niñez en desprotección familiar.

Por tanto, se ha desmembrado cada uno de ellos en los elementos que los componen. Así por ejemplo cuando se ha trabajado en función al derecho a vivir y desarrollarse en familia, necesariamente se han estudiado conceptos relativos, como por ejemplo, la definición o concepto de la familia, las instituciones

que la comprenden, los derechos y deberes que nacen dentro de ella, para comprender por qué constituye un derecho fundamental y humano; luego de esto, cómo es que la familia influye en la construcción de la normativa relativa a la desprotección y la importancia que tiene para esta.

De igual forma, en cuanto al concepto de niñez en desprotección, se han desmembrado los componentes, por un lado, lo que se entiende jurídicamente por la etapa de la vida humana llamada niñez, y por otro, cuándo se habla de desprotección familiar.

1.9.2. Específicos

A. Dogmático jurídico

El método dogmático jurídico es exclusivo del derecho porque conjuga sus tres dimensiones; permite la interacción de la dimensión axiológica del derecho para sentar la bases teóricas y doctrinarias de la dimensión normativa que, a través de disposiciones varias trata de ordenar a la sociedad, influyendo así en la dimensión fáctica del derecho, la misma que influye, a su vez, en la dimensión axiológica y en la normativa para su reconstrucción (Núñez Vaquero, 2014).

Dicha dinámica se presenta en absolutamente todas las especialidades jurídicas, también en el derecho a la familia y en el derecho de las niñas, niños y adolescentes; mismo que, como ocurre en el presente caso, cuenta con una dimensión axiológica referida a la doctrina de la protección integral, también una dimensión normativa referida al Decreto Legislativo 1297, así como una dimensión fáctica relativa a las instituciones, funciones y procedimientos encargados de implementar la normatividad en los casos de desprotección familiar.

Contexto según el cual se han identificado los problemas de manera detallada que se presentan en la propia doctrina, en la normatividad y cómo es que estos han influido en la aplicación del derecho, a partir de los cual se puede conformar un nuevo dogma jurídico que dé solución a la problemática presentada.

B. Hermenéutico

El método hermenéutico parte de la afirmación de que “existe una conexión esencial entre el lenguaje y la filosofía” (Atienza, 2018, p. 70); hace alusión a la interpretación del Derecho o de la norma jurídica. En este sentido, existen diferentes formas de realizar esa interpretación. Para el desarrollo de la presente tesis se han elegido algunas de ellas.

Se ha utilizado la interpretación histórica, porque con ella se ha identificado los antecedentes jurídicos de la norma en materia tutelar, para que se comprenda el proceso actual y las nuevas teorías o enfoques relativos a la niñez en desprotección familiar. Se ha utilizado la interpretación sistemática, pues existe un sistema de normas que se interrelacionan entre sí y donde existen principios que rigen u orientan a todo el sistema.

Es a través de este tipo de interpretación donde se ha identificado la protección del derecho a vivir y desarrollarse en familia, partiendo de la CDN, pasando por la Const., el CNA, el D. Leg. 1267 - “Decreto legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos” y su Reglamento aprobado por D. S. 001-2018-MIMP. Estas últimas vendrían a ser las normas de desarrollo del derecho humano y fundamental antes aludido.

Se ha utilizado la interpretación convencional, pues necesariamente, el derecho de vivir y desarrollarse en familia encuentra su protección en el plano internacional a través de la CADH y CDN, como principales instrumentos a evaluar.

Los cuales irradian significado al ordenamiento jurídico nacional, el mismo que permite constitucionalmente el integrarlos como parte de su sistema de normas con rango constitucional.

También se ha utilizado la interpretación teleológica porque a través de esta se busca el fin o finalidad para el cual fue creada determinada norma jurídica. En este sentido, se ha llegado a analizar el D. Leg. 1297, identificando la finalidad principal que le dio origen y a partir de ello se analizó, también, la problemática del derecho fundamental a vivir y desarrollarse en familia para determinar si éste se viene efectivizando de forma adecuada que permita decir si se está cumpliendo o no con la finalidad para la que dicha norma fue concebida.

C. Argumentativo

El método argumentativo, toma elementos de la teoría de la argumentación jurídica para aplicarlos en el ámbito de investigación, a efectos de lograr realizar una justificación interna y una justificación externa del propósito que se tiene al ejecutar tal investigación.

En este sentido, es muy importante tener en cuenta que, antes de propiciar la creación de una nueva estructura jurídica o de un nuevo sistema jurídico, debe construirse un contexto de justificación que implica la interpretación de uno o varios textos jurídicos, ya sean estos normativos, doctrinarios o jurisprudenciales, establecer sus contenidos y elementos y, en base a estos, desarrollar las razones para la nueva construcción

a partir del razonamiento jurídico y los valores y valoraciones del sistema jurídico.

Con lo que, se sientan las bases para el nuevo dogma o sistema a plantear (Huerta Ochoa, 2015), actuación final que se ha tenido en la presente investigación para construir las medidas normativas que optimizan el derecho de vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes.

1.10. TÉCNICAS

1.10.1. Revisión sistemática cualitativa de fuentes

La revisión sistemática de la literatura es un procedimiento que se ha desarrollado tanto como una forma de investigación, como en atención a una técnica de recolección de datos o información contenida en la literatura científica previa a la investigación realizada, en el presente caso, al tratarse de una investigación que ha tomado la forma de una tesis, la revisión sistemática ha servido para recabar la información correspondiente a los componentes de investigación y que se orienta al cumplimiento de los objetivos específicos.

1.10.2. Técnica de la observación de la realidad

Se consideró el uso de esta técnica al momento de las visitas que se realizaron en diferentes tiempos del desarrollo de la tesis a los dos albergues públicos de la ciudad, Aldea Infantil San Antonio - AISA y Hogar de la Niña Belén, a fin de evidenciar las condiciones en las que los niños tutelados viven cuando están institucionalizados, situación muy alejada de lo que es vivir en familia.

1.10.3. Técnica de la Entrevista

Esta técnica se utilizó al momento de extraer información de los profesionales del derecho que trabajan en el tema de niñez en desprotección, que sirvieron para argumentar y motivar la propuesta legislativa.

1.11. INSTRUMENTOS

1.11.1. Hoja guía de revisión sistemática

Esta hoja guía ha sido utilizada para llevar a cabo los dos momentos sustanciales de la revisión sistemática cualitativa de la literatura, la selección de la información, así como la sistematización en virtud de cada uno de los componentes.

1.11.2. Hoja de ruta para observación de la realidad

Permitió registrar datos significativos de las visitas que se realizaron en diferentes tiempos del desarrollo de la tesis a los dos albergues públicos de la ciudad.

1.11.3. Cuestionario o guion de entrevistas

Se utilizó para registrar las preguntas realizadas a los funcionarios que desarrollan sus labores respecto al tema de investigación.

1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA

Para la presente tesis, sólo a manera referencial, se ha tomado en cuenta las visitas hechas a los dos CAR de la ciudad, así como las opiniones brindadas en entrevistas hechas a funcionarios que trabajan en la materia (desprotección familiar) de la provincia de Cajamarca, a fin de recabar información cualitativa de la realidad y las experiencias funcionales; de ahí que no se ha trabajado con datos estadísticos.

En este sentido, para el caso de la aplicación de la técnica de observación de la realidad, las unidades de análisis estuvieron constituidas por dos albergues públicos de la ciudad, Aldea Infantil San Antonio - AISA y Hogar de la Niña Belén.

Para el caso de la aplicación de entrevistas, las muestras fueron determinadas por conveniencia, dado que los funcionarios entrevistados han sido aquellos que guardan relación directa con la investigación; son los siguientes: funcionarios o especialistas de la UPE en la ciudad de Cajamarca; funcionarios o especialistas de los Juzgados de Familia o Mixtos del Distrito Judicial de Cajamarca; Fiscales Especializados en Familia del Distrito Fiscal de Cajamarca; y Responsables de los Centros de Acogida Residencia de Cajamarca

1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Luego de la revisión en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria, así como, repositorios de universidades internacionales tales como la Universidad Autónoma de México, la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad Carlos III, entre otras; puede afirmarse que no existen antecedentes directos que contengan los componentes de la presente investigación, vale decir, las medidas normativas que favorecen optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo o desprotección familiar.

No obstante, se han identificado antecedentes indirectos, que guardan cierta relación con la investigación, estos son:

- A. Cabrera, M. (2005). El hospitalismo según René Spitz (Tesis de pregrado). Universidad del Azuay. Cuenca – Ecuador. Tesis que se relaciona con la presente investigación debido a que da cuenta de una de las consecuencias que sufren los niños, niñas y adolescentes que han sufrido desprotección familiar, compuesto por el síndrome depresivo sobrevenido en el curso del primer año de vida del niño, consecutivo al alejamiento brutal y más o menos prolongado de la madre; situación que refuerza la importancia del ejercicio del derecho a vivir en familia que es defendido por la tesis planteada.
- B. Gómez, M. (2008). Infancia y Casa Hogar. La situación de los niños bajo tutela del Estado desde una medida asistencial de internamiento (Tesis de maestría). Escuela Nacional de Antropología e Historia. México. Trabajo relevante porque da cuenta de una situación de internamiento o institucionalización de los niños, niñas y adolescentes que han sufrido desprotección familiar en el derecho comparado, lo que termina por perjudicar su derecho a vivir en familia; ambos componentes relacionados con el problema de tesis planteado.
- C. Carhuatocto, K. y Karhuatanta, D. (2009). Protección de la niñez en situación de abandono en la ciudad de Chiclayo (Tesis de pregrado). Universidad Señor de Sipán. Chiclayo. Tesis que ha sido elaborada en el contexto de la doctrina de la situación irregular de abandono que se relaciona con la presente investigación debido a que deja nota acerca de la diametral diferencia que existe con la actual regulación y las severas deficiencias que se presentaban bajo esta doctrina.

- D. Barrera, S. (2014). De la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral en el Perú. El caso de los hogares del INABIF (Tesis de maestría). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. Tesis que describe la evolución que ha tenido tanto la normatividad como la organización para afrontar a la desprotección familiar que antes era entendida como abandono; descripción sumamente útil y relacionada con los antecedentes dogmáticos de la investigación, puesto que sienta las bases doctrinarias sobre las que se han construido las conclusiones de la investigación.
- E. Cortés, L. (2016). Ayuda humanitaria a los niños europeos víctimas de la primera y segunda guerra mundial (Tesis doctoral). Universidad Pompeu Fabra. Barcelona. Investigación con importancia dogmática y normativo internacional, puesto que presenta las modificaciones de las doctrinas internacionales relativas a la desprotección familiar producto de las guerras mundiales, de las cuales se desprende la doctrina de la protección integral, base fundamental de la investigación presentada.
- F. Huamán, L. (2017). La Implicancia de la preferencia de la reinserción al grupo familiar del niño, niña y adolescente en estado de desprotección a la adopción (Tesis de pregrado). Universidad César Vallejo, Lima. Investigación también relacionada con la presente puesto que se orienta por la prevalencia del derecho de vivir en familia, estableciendo grados de preferencia aún dentro de este propio derecho, por lo que es tributaria de que se busque favorecer en primer lugar el derecho de vivir

en el seno de la familia nuclear y, solo de manera excepcional y ante la imposibilidad de esto, hacerse uso de otras formas de tutela como ocurre con la adopción.

G. Solari, A. (2017). Protección a la familia: Hacia un contenido constitucional del concepto de familia (Trabajo de fin de máster). Universidad de Castilla – La Mancha. España. Esta investigación, también dentro del derecho comparado, presenta una justificación para que el derecho a vivir en familia sea comprendido como un derecho constitucional, lo que, en el derecho peruano ya es una realidad, tanto por imperio del artículo 55 de la Constitución, como por la redacción misma del artículo 4 del mismo cuerpo normativo; lo que ha sido tenido en cuenta en el marco teórico y la contrastación de hipótesis de esta investigación.

H. Quiri, R. (2018). La desprotección familiar del niño, niña y adolescente y la prohibición de la suspensión de la pena en los procesos de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar en Lima en el periodo enero-junio del 2018 (Tesis de pregrado). Universidad Autónoma del Perú, Lima. Esta investigación se centra en una situación específica que se presenta en el contexto de la desprotección familiar, relacionada con el ejercicio de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, dado que ambas situaciones suelen estar relacionadas; sin embargo, el extremo que sirve a la presente investigación esta referido a la desprotección como una de las consecuencias o resultado de estas situaciones de violencia

que muchas de las veces son permanentes y exigen otras medidas para tutelar el derecho a vivir en familia.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO

2.1.1. El positivismo incluyente y su relación con la regulación en desprotección familiar

Es una constante en las investigaciones de posgrado, especialmente en las de doctorado, que el desarrollo teórico o dogmático a plantearse cuente con una base *iusfilosófica*, habida cuenta que es la reflexión acerca de los diversos contenidos jurídicos, así como del contenido y naturaleza del derecho mismo, la que sirve de pilar para la posterior construcción fundamentada de las figuras y las instituciones jurídicas.

Al respecto, el fundamento para cualquier constructo del derecho, requiere de un doble esfuerzo justificante, en primer lugar, en lo que atañe a la adopción de una de las concepciones acerca de su naturaleza y contenido como condición sin la cual no podría otorgársele contenido específico a figura o institución jurídica alguna; esto debido a que cada postura cuenta con una concepción diferenciada y hasta contraria del Derecho que causarían un efecto igual de diferenciable y contrario en los contenidos específicos a plantear.

En el presente caso es menester, entonces, realizar un repaso de las posturas naturalistas, positivistas y post positivistas para definir a cuál de estas se adhiere la investigación y, según ello, se comience con la construcción de contenidos específicos y, en cuanto a estos últimos, dado que el problema de investigación se preocupa por la actuación institucional para asegurar la tutela del derecho de acceder a una familia, la revisión *iusfilosófica* se valdrá de los planteamientos del institucionalismo de los derechos humanos para considerar el análisis de fondo.

De esta manera, en lo que concierne al *iusnaturalismo*, se tiene que su surgimiento como tal se ha identificado desde la edad media en que se realizaron los primeros planteamientos del *iusnaturalismo* teológico, como la relación que estableció San Agustín entre la ley eterna, la ley natural y la ley positiva (Garzón Valdés, 1998, p. 93), cada una dependiente en grado de la anterior, es decir que, la ley positiva o formulada por los hombres encuentra su basamento en la ley natural cuyos postulados son coherentes con la ley eterna que es la razón ordenadora del cosmos (Robles, 1993, p. 58).

Esta postura fue complementada por Santo Tomás de Aquino, quien presentó a la ley eterna como una razón divina, surgida directamente del creador del universo y, por tanto, ordenadora de este, pues distribuye las facultades o actuaciones de cada uno de los seres que lo componen, dispone de las cosas y el medio que los rodea; pero

aumenta a las tres categorías antes dichas una nueva, la denominada ley divina que ha sido decretada por Dios y que puede ser conocida solo por revelación y genera a todas las otras leyes (Betegón, 1997, p. 48).

De ahí el primerísimo postulado del *iusnaturalismo*, que no es equiparable al derecho natural, por el que, el derecho es preexistente a la creación formal de la norma, es decir que existen normas que se desprenden de la propia naturaleza del ser humano que únicamente son recogidas por las sociedades para componer sus ordenamientos jurídicos, pero que tienen existencia independiente y previa a estos y son pensadas absolutas, eternas e inmutables (Garzón Valdés, 1993).

De allí que la primera generación de iusnaturalistas haya relacionado a dicho derecho absoluto, eterno e inmutable con la divinidad, así como, la evolución hacia el racionalismo haya mantenido esta base para justificar una objetividad proporcionada por las propias leyes de la naturaleza y que únicamente son recogidas por el ser humano pensante, racional “que otorga a ciertos postulados de la razón una condición de validez universal y de absoluta permanencia por encima de las sociedades, como podría ser el iusnaturalismo de Locke o de Kant” (Taylor, 1891, p. 560).

Empero, tanto estos postulados del *iusnaturalismo*, como los contemporáneos relacionados con la moral como la única expresión material del Derecho dentro de las sociedades, vale decir, que sustenta “la existencia de la relación necesaria entre el derecho y la moral, y aún más, de la determinación del derecho por la moral” (Martínez Gómez, 2011).

Extremo último con el que la presente tesis no se encuentra cabalmente de acuerdo, puesto que a pesar de que los ordenamientos jurídicos contemporáneos son considerados constitucionales y, en tal sentido, tributarios de la tutela de los derechos fundamentales, no todos sus extremos se encuentran inbuidos de principios morales, ni son permanentes en un periodo de tiempo, sino que son dinámicos como la evolución social misma.

En tal tenor, si bien el Derecho halla su contenido en los valores morales, no todos los valores morales tienen relevancia jurídica y, los que sí la tienen, requieren de un procedimiento de maduración tal, que son incapaces de generar una modificación jurídica en tanto no respondan a una necesidad material apremiante y, en virtud de esta, hayan atravesado un razonamiento crítico, justificado, para ello.

Con lo dicho, resulta imposible acoger el absolutismo del *iusnaturalismo* como fundamento de la investigación planteada, pero

sí es plausible acoger una propuesta un tanto más ecuménica referida al positivismo incluyente, puesto que los “positivistas jurídicos incluyentes (también conocidos como positivistas “suaves” o incorporacionistas) creen que puede haber tales criterios; esto es, creen que hay sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los que los criterios de validez jurídica incluyan (o incorporen) principios morales” (Himma, 2014, p. 355).

Esto es sumamente relevante para el trabajo planteado en este documento puesto que, sin desconocerse a la moral como uno de los insumos o como el principal insumo para la construcción de los valores jurídicos, principalmente para los valores jurídicos fundamentales, se logra plantear también que los criterios construidos mediante la moral no son absolutos, inmutables y eternos, sino perfectibles, moldeables, criticables y, por tanto, eficientes para las necesidades jurídicas de una determinada sociedad, tal y como puede sustentarse cuando se habla del contenido del interés superior del niño, niña y adolescente, o los mecanismos adecuados para la tutela efectiva del derecho de acceder o vivir en familia.

La moral, sin duda alguna se instaure como un elemento sustancial para buscar, en una sociedad determinada, contenidos y procedimientos eficientes para asegurar la eficacia de los valores fundamentales antes dichos, pero debe tenerse en cuenta que dicha

moral, es decir, el acuerdo que la sociedad peruana o cualquier otra arribe acerca de cómo comprender a las figuras tales como el abandono o la desprotección, o figuras como el acogimiento familiar o el residencial, constituye únicamente un primer indicador que contrastado con la jurisprudencia y casuística existente al respecto, los reconocimientos del derecho internacional y el derecho constitucional interno, pueden llegar a conseguir una moral crítica que edifique contenidos idóneos para asegurar el interés superior y el derecho a una familia.

Esa es la tarea emprendida por la investigación planteada, de la mano del positivismo incluyente y de la interpretación integral de los contenidos morales y su adopción como contenidos jurídicos, se busca plantear medios normativos y administrativos que hagan patente la protección de los niños, niñas y adolescentes, así como del contenido mismo del derecho a la familia que se instaura como razón subyacente de cualquier decisión legislativa orientada a otorgar solución a los problemas presentados en torno a tales derechos.

Otro extremo del discurso relativo al derecho, pero en este caso de manera más específica a los derechos humanos, es el que enfrenta los enfoques desde los cuales puede arribarse a su comprensión, la construcción de su contenido y la tutela misma dentro de una sociedad respetuosa de tales derechos.

Ahora, la comprensión del contenido y naturaleza de los derechos humanos depende también de la postura iusfilosófica asumida para la comprensión del Derecho en general, tan es así que, si entendemos a los derechos humanos de conformidad con la tesis naturalista, habrá que sustentar que su contenido es universal, absoluto e inmutable como pretende el naturalismo y, en este tenor, que su naturaleza implica la preexistencia de valores fundamentales que se desprenden de una divinidad superior o de la naturaleza misma del ser humano e, incluso, de la naturaleza que lo rodea.

No obstante, la postura de la investigación no se instaura como tributaria del naturalismo, sino del positivismo incluyente, específicamente en la tesis de la convención social como origen del reconocimiento del Derecho, así como de los derechos humanos, según la cual el “derecho es posible gracias a una convergencia interdependiente de conducta y actitud (...) entre individuos, expresados en una regla social o convencional” (Coleman, 1998, p. 383).

Esta asunción, con la precisión de que esta tesis es utilizada para explicar el surgimiento del Derecho y de los derechos humanos como producto de una convención social, según lo cual, es imposible que se traten de valores preexistentes recogidos o reconocidos por los seres humanos, debido a que, la propia actuación de reconocimiento es totalmente subjetiva y no objetiva, motivo por el

cual incluso esta pretensión de reconocimiento terminaría convirtiéndose en un consenso social.

Así, tanto el Derecho, como los derechos humanos, toman para su construcción las bases materiales que provee la sociedad que se expresan en costumbres, usos, tradiciones, cultura, lo que se conoce como moral social o positiva; bases que son sometidas a escrutinio en función a las construcciones normativas, jurisprudenciales, doctrinarias, teóricas y *iusfilosóficas* ya existentes en virtud de las que se conforma un nuevo valor con relevancia jurídica, a esto se le conoce como moral crítica (Ruiz Miguel, 1997).

Este es finalmente el postulado asumido por la investigación, por el que, tanto el principio fundante del interés superior del niño, niña y adolescente, como el derecho fundamental a vivir en familia, así como otros derechos relativos como el desarrollo de la personalidad o la integridad física, psíquica y moral; todos ellos, surgen de la dinámica entre moral social y moral crítica, su contenido se crea y depende de los valores sociales.

Con lo dicho, tal contenido es el producto de las convenciones sociales que se valen de la moral social para conformar Derecho; es decir que, el positivismo incluyente asumido, admite que la moral influye en la construcción del derecho para dar contenido a sus figuras e instituciones; dicha influencia no es permanente, sino

coyuntural, se configura ante la necesidad planteada en la propia sociedad; necesidad que, precisamente, en cuanto a desprotección familiar se ha ido gestando en estos últimos tiempos y requiere de atención urgente tanto a nivel de medidas normativas como ejecutivas.

El derecho a vivir y desarrollarse en familia, derecho humano y fundamental en el cual la tesis encontrará su justificación principal, posee un reconocimiento dentro del Estado Constitucional de Derecho, aquel forjado a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial en el año de 1945 (Pérez Luño, 1997).

Y es que si bien el derecho a tener una familia constituye un derecho natural en sus orígenes, por el concepto que posee “la familia” como instituto natural y fundamental de la sociedad que se ha tenido siempre; su reconocimiento, sus alcances, sus características y sus componentes, han ido forjándose en el tiempo a raíz de su incorporación a un sistema normativo, tanto a nivel internacional como nacional (proceso de constitucionalización de los derechos humanos), pero no de cualquier texto, pues bien es sabido que la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como la Declaración de Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1959, no tuvieron fuerza vinculante, aunque hayan servido como importante fundamento para posteriores textos normativos internacionales.

Sin embargo, es a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la CDN y la CADH, en el ámbito internacional, así como la Constitución Política del Perú a partir de la de 1979, en el ámbito nacional, que se ha reconocido a este derecho.

Por tanto, la postura del positivismo incluyente, aquella que determina que el Derecho no se expresa únicamente como norma positiva, sino que necesita del componente moral (presente en los derechos humanos) para considerarlo válido, es la que se necesita sea tomada en cuenta como una limitante al Derecho promulgado (Bardazano, 2015); pues éste en cuanto a su naturaleza es dual, ya que posee una dimensión real o fáctica, cuyo elemento es la coerción o fuerza, y otra ideal o crítica, por lo que debe existir una conexión necesaria entre derecho y moral (Alexy, 2008).

A lo que se suma el análisis y comprensión del proceso histórico que sufrió el constitucionalismo a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, y el enfoque que se dio a los Estados, para constituir los llamados Estados Constitucionales de Derecho.

No puede tener un enfoque distinto la tesis doctoral que se propone pues el derecho humano (reconocimiento normativo internacional) y fundamental (reconocimiento constitucional) de vivir y desarrollarse en familia, como pilar esencial en torno al cual girará la tesis, constituye una norma principio, que para el caso del Perú la

encontramos presente en la Const. de modo implícito. Al hablar de normas principio o simplemente principios, estamos confirmando la existencia del contenido axiológico y moral.

No hay que olvidar que esta norma principio encuentra sustento en un principio rector de todo sistema jurídico de cualquier Estado contemporáneo que se observe, el principio de dignidad de la persona humana, sin el cual los demás derechos fundamentales no encontrarían sustento.

2.1.2. El enfoque institucional de los derechos humanos en relación con la tutela del derecho de vivir en familia y la desprotección familiar

Entonces, al constituir principios (principio de dignidad de la persona y principio de vivir y desarrollarse en familia), ello quiere decir en palabras de Alexy (citado en Atienza y Ruiz, 1991), que constituyen mandatos de optimización y que su cumplimiento debe ser en la mayor medida posible. De ahí que para su desarrollo es necesario sean implementadas a través de otras normas, a las que se denominan normas regla.

La principal norma-regla que se ha identificado debe ser tomada en cuenta en la solución del problema de la tesis, que se vincula directamente con las normas principio antes señaladas, es el

Decreto Legislativo 1297 - Decreto Legislativo para la protección de las niñas, los niños y los adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, que estableció una nueva forma de tratamiento procesal de las investigaciones, antes llamadas por abandono, con un equipo multidisciplinario a través de las Unidades de Protección Especial – UPE.

Sin embargo, si bien el aspecto sustantivo de dicha norma, los enfoques que han sido tomados en cuenta, los principios que cautela, parecen ir en concordancia con las exigencias para la protección del derecho humano a vivir y desarrollarse en familia (Gonzales Barbadillo, 2013), tanto en el ámbito convencional como constitucional, es en el campo procedimental normado donde se advierten algunas falencias que sí perjudican de modo directo, el goce efectivo del derecho fundamental en el país.

El problema del goce efectivo de un derecho humano es tan trascendente en un Estado Constitucional de Derecho, porque es en este tipo de Estado que surgió post Segunda Guerra Mundial, que se dio la importancia debida a la Constitución pues reconociendo a estos derechos y al positivizarlos, se los convirtió en fundamentales para un Estado, señalándose además que es la Constitución la norma de mayor jerarquía dentro de un sistema jurídico, por lo que las demás normas siempre deben ser interpretadas conforme a su contenido (Arias Ruelas, 2011).

Entonces, dadas las características de la actual Constitución dentro de un Estado Constitucional de Derecho, se tiene que se trata de la norma con mayor jerarquía y que todas las demás normas deben interpretarse conforme a ella, las normas regla que se originen en base a los principios que están contenidos en su texto deben siempre propiciar el goce efectivo del derecho fundamental que protegen, pues recordemos que los principios al ser mandatos de optimización deben realizarse en la mayor medida posible (Lopera Mesa, 2004).

Por tanto, las políticas públicas que se orienten desde el Congreso y el Poder Ejecutivo, siempre deben ser revisadas y supervisadas, ya que el no hacerlo traería consigo el simple lirismo jurídico constitucional, con lo cual la seguridad jurídica se vería en riesgo. Es más, el mandato de constitucionalización de las normas no solo pasa por una revisión posterior, sino que constituye una máxima que ha de ser condicionante de toda actividad legislativa (Del Rosario Rodríguez, 2011), de lo contrario, se obtendrían leyes contrarias al ordenamiento constitucional y, por tanto, susceptibles de inconstitucionalidad.

A manera de conclusión, no es posible pensar en derechos humanos y fundamentales, sin que se parta del concepto de derecho que incorpore el contenido axiológico y moral para su validez en el sistema determinado en el que sean reconocidos. Si dicho derecho

se comprende únicamente de manera formal, muchas veces basta con la codificación para creer que el derecho está siendo tutelado, lo que no es correcto, pues el derecho debe sobrepasar los límites del papel para hacerse posible en la realidad (Nikken, 2010). Esto ocurre con el derecho a vivir y desarrollarse en familia que, a pesar de haberse recogido en papel, requiere de una tutela efectiva a nivel factual.

Por otro lado y siempre como parte de las conclusiones, no es posible pensar en derechos humanos y fundamentales, sin que éstos hayan sido reconocidos o incorporados dentro de un texto normativo vinculante, a nivel internacional y en cada uno de los Estados Constitucionales de Derecho en el mundo (Serrano Gómez, 2012, p. 64), ya sea de manera explícita o implícita (vía interpretación), pues deben tener un grado de coerción suficiente para ser cumplidos en aquella mayor medida posible que se requiere, siendo el goce efectivo de dicho derecho, el referente de medición para señalar que tal o cual derecho se ha materializado.

En el particular de los derechos fundamentales o humanos, ya comentados en la parte final del acápite anterior, se tiene además que, si bien la interacción entre seres humanos es el basamento para su conformación, así como para la definición de su contenido, en materia de eficacia, hace falta saltar hacia una nueva postura

respecto de la comprensión de este tipo de derechos, esta es el enfoque institucional de los derechos humanos.

Así, en cuanto la eficacia de los derechos humanos, extremo que resulta tan o más importante que su solo reconocimiento y construcción de contenido, se tiene que se ha presentado clásicamente una visión o enfoque interaccional (perpetrada directamente por agentes humanos) para explicar la dinámica del respeto de su contenido (Pogge, 2012).

Es decir, la interacción de los seres humanos exigía que los unos no afecten o irrespeten los derechos humanos de los otros o, en todo caso, que el derecho humano de uno alcanza una protección tal que no afecte el derecho humano del otro; lo que implica que las personas contamos con un deber moral y una obligación jurídica de abstenernos de privar a los demás de sus derechos humanos (Pogge, 2000).

Sin embargo, dicha propuesta es tan abstracta que no encuentra un agente concreto a quién responsabilizar de la eficacia de los derechos humanos, salvo en los casos problemáticos en los que tales derechos han sido ya afectados y hace falta remediar la lesión suscitada y, eventualmente, encontrar las responsabilidades correspondientes.

Al respecto, si de lo que se trata es de asegurar la eficacia de los derechos humanos, la fórmula antes expresada resulta vaciada de contenido puesto que se trata de una manera lírica de presentar la protección de los derechos sin aterrizar en una solución clara y concretizable (Pogge, 2012).

La solución a este vacío conceptual ha sido planteada con el enfoque institucional de los derechos humanos, que exige el ordenamiento de todo un régimen institucional que asegure el acceso seguro y exitoso de las personas al ejercicio y tutela de sus derechos humanos (Pogge, 2000).

Ha de quedar sentado que la referencia a las instituciones se refiere en realidad a cualquier entidad estatal y no estatal, tales como los organismos constitucionales, los órganos de gobierno y sus unidades orgánicas, así como, las organizaciones no gubernamentales, las empresas, las concesionarias, entre otros cuya finalidad sea el otorgamiento de un servicio en pro de la satisfacción de los derechos humanos. En tal dinámica, el enfoque institucional cuenta con la actuación tanto de órganos y organizaciones administradoras de servicios, como otras que son fiscalizadoras de la eficiencia en dicha administración (Güendel, 2023).

En tal sentido, el enfoque institucional se instaura cómodamente dentro de la dinámica de la teoría del Estado, según la cual el poder radica en el pueblo, pero este encarga distintas funciones a los órganos de gobierno y, contemporáneamente, a las organizaciones de Estado, para que aseguren el bienestar general, el bien común, a través de sus actuaciones (Giménez Mercado y Valente Adarme, 2010).

Pues bien, este enfoque deja a la vista la obligación de las organizaciones para cumplir con el respeto de los derechos humanos; motivo por el cual cualquier tergiversación en la organización que contravenga esta finalidad última, requerirá de una adecuación y modificación en el sistema.

Es así que, no pueden presentarse regímenes institucionales que violen derechos humanos, motivo por el que deben expulsarse y modificarse aquellos que disfrazan de Estado a los absolutismos o a los totalitarismos; en tal condición, un régimen institucional no puede tener naturaleza coercitiva, no puede eliminar o disminuir el acceso seguro al objeto o la sustancia de los derechos humanos de modo previsible, propicien la aparición de ordenamientos alternativos plausible de las instituciones que componen el régimen bajo el cual las personas sí tienen acceso seguro al objeto de sus derechos humanos (Pogge, 2000).

Con este enfoque, entonces, se responsabiliza a las instituciones del Estado de la eficacia de los derechos humanos, tanto así que la violación de estos halla responsabilidades en las instituciones mismas por actuaciones indebidas o por simple inacción; así, para que un “episodio califique como violación de derechos humanos debe involucrar una falta de naturaleza oficial, ya se trate de una acción, como la de matar, torturar o intimidar, o de una omisión como la de no proporcionar la debida protección” (Pogge, 2000, pp. 47-48).

Para el caso específico de la desprotección, se entiende que existen muchas instituciones involucradas para el respeto de los derechos fundamentales inmersos, especialmente el acceso y disfrute de una familia en los niños, niñas y adolescentes; bajo esta óptica, intervienen tanto quienes ejercen funciones legislativas para recoger todos los mecanismos normativos que aseguren la plena vigencia del derecho antes señalado.

Pero además, con la dación de las normas, es menester contar con una adecuada disposición orgánica para el cumplimiento de los principios y reglas instituidos, tales como las UPE, las DEMUNA, las Fiscalías de Familia, el Poder Judicial (Fernández Aguirre, 2022), entre otros involucrados, quienes cuentan con una responsabilidad capital, cada quien dentro de sus funciones, para lograr la eficacia de los derechos fundamentales antes señalados.

Cualquier incumplimiento en el sistema especializado en desprotección, involucra una afectación o violación al objeto de tutela del derecho fundamental que acarrea responsabilidades varias, ambos extremos que deben ser atendidos en caso se identifique una situación de vulneración, como ha ocurrido con la presente investigación que hará uso de este enfoque para explicar el por qué de la intervención adecuada de cada una de las instituciones llamadas a actuar.

Téngase en cuenta que la estructura estatal involucra no solamente a los órganos y organismos de gobierno, sino también a los entes de la sociedad civil, todos lo cuales en conjunto deben asegurar el cumplimiento del respeto de los derechos humanos, dado que en la actualidad las causas fundamentales de las injusticias socio-políticas se encuentran en las instituciones (Pogge, 2017).

2.2. MARCO TEÓRICO Y DOCTRINARIO

2.2.1. Estado Constitucional de Derecho

No es posible ahondar en el tratamiento de los conceptos jurídicos propios de la investigación doctoral, sin antes hacer referencia a lo que se entiende por Estado Constitucional de Derecho, pues es sólo en él que uno encuentra sustento suficiente para el desarrollo de los derechos humanos, su protección y efectividad, al interior de un Estado.

Siendo esto así, es posible señalar que el pilar sobre el cual emerge el concepto de Estado Constitucional de Derecho es la Constitución que, para el caso del Perú, se cuenta con una constitución formal con 206 artículos, pero que puede ampliarse hacia una constitución material teniendo en cuenta su artículo 3.

Suele decirse que un sistema jurídico político cuenta con la forma constitucional cuando se dan las dos siguientes condiciones: 1. el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico – político se halla codificado; 2. el procedimiento para la reforma o derogación está fuera del alcance del legislador ordinario; o, lo que es lo mismo, es un procedimiento agravado en relación con el de la legislación ordinaria. De la conjunción de ambas se sigue una tercera y es que 3. La Constitución ocupa una jerarquía normativa superior a la ley dentro del sistema de fuentes. (Aguiló, 2001, p. 441)

Es en esta Constitución que se diseña la estructura jurídico-política del Estado (dimensión constitutiva), desde su nacimiento con el Poder Constituyente; se limita el poder político, se incluye un listado de derechos para todas las personas que viven en un determinado país y se reconoce principios jurídicos (dimensión valorativa). Dimensiones importantes que forman parte de la estructura de una constitución formal, como ocurre con el preámbulo, en el que se puede identificar el propósito del documento, la parte dogmática en la que se consignan aquellos valores fundamentales conocidos como derechos fundamentales, la parte orgánica en la que se especifica la estructura gubernamental en sentido lato (García Toma, 2010); todas fundamentales para reconocer el por qué de una

regulación formal, pero que no limitan a la constitución solo a esta dimensión.

Ahora a ese Estado Constitucional de Derecho, es necesario incorporar además el concepto de democracia, en el sentido más amplio de la palabra, que implica la posibilidad de participación política en la toma de decisiones, de las mayorías y minorías, es decir de todos los que formamos parte de un país. Concepto inmerso en una importante discusión sobre su contenido, pero que ha sido capaz de evolucionar hasta el reconocimiento de derechos y garantías más allá de la decisión de las mayorías, sino con interés en la tutela misma de los derechos independientemente de si les corresponden a las mayorías o a las minorías (Ferrajoli, 2003).

Pero la Constitución formal de un Estado Democrático merece especial atención no sólo en su diseño como un sistema codificado de normas; en otras palabras, no sólo merece dar la importancia a lo que “dice” el texto constitucional, sino que es necesaria la presencia de una conjunción entre lo que “dice” y lo que finalmente “hace” o “termina haciendo”, pues depende del grado de cumplimiento de lo que está diseñado en la norma constitucional, para medir su eficacia o efectividad (Torres Mendez, 2019).

Merece recordar acá que no todos los Estados tienen una Constitución formal como la nuestra, pero al poseer ideales de

justicia los cuales son practicados y al existir un alto nivel de cumplimiento de estos, se puede concluir, en palabras de Lucas Verdú (citado por Aguiló, 2001) que estos Estados viven en Constitución o están en Constitución, como es el caso de Reino Unido que no posee una Constitución formal, pero sí vive en Constitución.

Téngase en cuenta que el arribo al actual Estado Constitucional de Derecho, ha pasado por diversas fases, una de las más resaltantes, el Estado Constitucional democrático, por ejemplo, tuvo una importante tarea de imparcialidad en el camino de consolidación de la influencia *iusfilosófica* en la práctica del derecho constitucional, así, este tipo de Estado juega “un papel de mediador entre la moral y el derecho” (Atienza, 2005); es decir, este primer momento del Estado Constitucional, reconoce la importancia de los valores convivenciales y convencionales de la población en la fundación de la Constitución.

Motivo por el cual, en este tipo de Estado no es posible limitarse a contar con un código constitucional formal, sino que este debe estar imbuido de un alma, de un conjunto de razones o fundamentos que le subyacen que no dejan de ser una constitución, pero una constitución material; tal y como la presenta el actual Estado Constitucional que además de los derechos fundamentales recoge la idea de principios generales y básicos con los que se hace y

reconoce derechos en el plano material a manera de ponderación (Bechara Llanos, 2011).

Esta doctrina y práctica del Estado Constitucional actual aplicadas al tema de la desprotección de los niños, niñas y adolescentes, es muy eficiente para justificar los esfuerzos institucionales que deberían presentarse para asegurar la tutela efectiva del derecho de acceder a una familia o, en su defecto, a mantenerse dentro del seno familiar cuando surge una circunstancia de desprotección, con la aplicación de medidas de remediación de las actuaciones que generan la desprotección, el cuidado por una familia extensa o el acogimiento familiar por terceros; no así, el acogimiento residencial que debiera ser muy excepcional y no la regla como era en el auge de la doctrina de la situación irregular.

2.2.2. Doctrina de la situación irregular frente a la doctrina de la protección integral

La tutela del derecho a la familia de los niños, niñas y adolescentes ha ampliado su halo de protección gracias a la evolución doctrinaria, normativa y jurisprudencial desde el enfoque de la situación irregular, hasta el enfoque y posterior dogma de la protección integral, que ha servido de basamento a los esfuerzos por reducir, e incluso, poner fin a la institucionalización en el mundo y en las américas (Relatoría

sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013).

Téngase en cuenta que la anterior doctrina de la situación irregular no se limitaba a analizar las situaciones de abandono de los denominados menores, sino que permitía las “condiciones deplorables del encierro de menores (...) construyó una visión de niño basada en sus carencias y problemas asociados a la pobreza, definiendo la vida de ciertos niños y jóvenes como irregular” (Acosta Bentancor, 2016, p. 6); es decir, se encontraba lejos de consistir en un esfuerzo tutelar, sino que se instauraba principalmente como una opción castigadora, represiva, de circunstancias fácticas que muchas de las veces no podrían ser imputadas a los niños, niñas y adolescentes.

Si bien es cierto, reconocía una situación de “abandono”, que hoy es entendida no en el sentido neutralizante que involucra un abandono, sino como una circunstancia temporal denominada desprotección y que, busca ser subsanada o atendida por el Estado, pero fomentando el derecho de desarrollarse en familia; a diferencia de la doctrina de la situación irregular que buscaba “legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad” (García Méndez, 1994, p. 22).

Según lo dicho, debe tenerse en cuenta que históricamente es con el fin de la segunda guerra mundial que inicia un cambio del llamado “paradigma de la situación irregular”, que se caracterizaba por ver a los llamados “menores” como objetos de tutela, de corrección, de control y subordinación, por parte del Estado (Cardozo y Michalewicz, 2017); donde la judicialización de casos y el internamiento en albergues era la primera medida a adoptar ante una situación “irregular” de los niños por encontrarse “abandonados” por sus familias o éstas en imposibilidad de crianza.

Con tantos niños por albergar como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, se multiplicaron los orfanatos bajo el paradigma anteriormente anotado o también llamado “hospitalario”, y a raíz de ello se evidenciaron las graves consecuencias que traía el desarraigo de la familia de origen para la niñez, que impulsó que se realizaran estudios al respecto.

Uno de los estudios más influyentes en la toma de consciencia de esta realidad fue el realizado por René Spitz en 1945 sobre el “hospitalismo”, en el que se describe el comportamiento y el desarrollo observados durante dos años en noventa lactantes de un orfanato europeo de la posguerra. En este orfanato los cuidados materiales “(...) eran perfectos: alimento, alojamiento, atenciones de higiene, etc., eran iguales o mejores que en otras instituciones” (Spitz, 1956, p.110) y, sin embargo, el personal dedicado a los niños era muy escaso, por lo que la carencia de contacto y afecto era prácticamente total. Spitz describe cómo los niños que vivían en estas condiciones entraban en un estado depresivo que se seguía de un retraso muy significativo de la coordinación psicomotora y un estancamiento grave del desarrollo evolutivo. Esta situación generaba un descenso en la ingesta de alimentos y cierta inmunodepresión que

conducían a un deterioro progresivo del estado físico, a un aumento en la prevalencia de infecciones y a una elevada tasa de mortalidad entre los lactantes en los dos primeros años de internamiento. De hecho, tan sólo un 23.2% de los niños estudiados por Spitz sobrevivieron a un orfanato impecable desde la perspectiva “hospitalaria” de entonces, el 35% fue colocado en sus familias, familias alternativas o instituciones pequeñas y el 37% murió antes de tener esta oportunidad. (Spitz, 1956, citado por Gómez y Berástegui, 2009, p. 177-178).

Entonces por esto y otras razones más, derivadas de las graves violaciones de derechos humanos con la Guerra, que el enfoque del Derecho cambió dentro de un Estado, pasando de la mirada de un Estado legal de Derecho a uno Constitucional de Derecho, como se anotó anteriormente.

Los Estados se preocuparon entonces porque también exista un sistema supranacional de protección de derechos (Derechos Humanos), de ahí la aparición de la Organización de las Naciones Unidas – ONU en el mundo o simplemente Naciones Unidas que conforma el llamado Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, cuya existencia oficial data del 24 de octubre de 1945 y de la cual forman parte actualmente 193 Estados miembro, dentro de ellos, el Perú.

En el seno de Naciones Unidas (ONU) se forjó la Declaración Universal de los Derechos Humanos que constituye un documento declarativo en base al cual numerosas Convenciones Internacionales tuvieron fundamento, como el Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC, que entró en vigor desde el 3 de enero de 1976, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – PIDCP, que entró en vigor desde el 23 de marzo de 1976.

Dentro del PIDCP, encontramos que a través de su artículo 23 se reconoce implícitamente al Derecho Humano de Vivir y Desarrollarse en Familia, señalando que este instituto es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Y es que es en la familia donde toda persona debe encontrar, desde que nace, el ambiente seguro para su desarrollo, la transmisión de valores, y una identidad, en el sentido más amplio de la palabra (De la Fuente-Hontañón, 2014).

Sin embargo, es a través de la Convención Sobre los Derechos del Niño - CDN, aprobada como Tratado Internacional desde el 20 de noviembre de 1989 y vigente desde el 2 de setiembre de 1990, que Naciones Unidas logra el reconocimiento de principios y derechos humanos específicos en relación con la niñez, cambiando de enfoque o mirada hacia esta población que hasta entonces venía siendo considerada como “objeto de protección”, para ser vista a partir de entonces como “sujeto de derecho”.

Es a través de varios artículos de la citada CDN, como ya se anotó, que una vez más se ratifica implícitamente el derecho que posee todo niño o niña (persona menor de 18 años) de vivir y desarrollarse

en familia, de no ser separada de ésta sino por causas justificadas y siempre que no exista otro mecanismo o alternativa que evite el desarraigo.

Como se aprecia, con la CDN y el cambio de paradigma al de la Protección Integral, todo niño, niña y adolescente comienzan a ser tratados como sujeto de derechos y no como objeto de tutela estatal. Por otro lado, con el cambio de paradigma se empieza a generalizar los derechos de los niños para toda la niñez; es decir, ya no se habla de los derechos de “los menores” que se encontraban en determinada “situación irregular”, sino que todos los niños son considerados como sujetos de derechos, sin discriminación (Campos García, 2009).

Además de otros desarrollos dogmáticos que se derivan de tal aporte, como ocurre con el uso de un lenguaje inclusivo, la eliminación del lenguaje discriminatorio, así como el reconocimiento de las capacidades que les resultan aplicables (Ramírez Morera, 2015).

Tránsito que, por muy duro que parezca hoy, ha llevado a este sector de la población a un tránsito social desde la dependencia, el ser considerados propiedad de los adultos, como seres humanos inacabados y, por tanto, en algunos casos abandonados, a la

manera que se los ve en la actualidad, como sujetos de derechos (Aramburú, 2017).

En suma, entonces, la doctrina de la protección integral “pone de relieve los derechos de los niños, niñas y adolescentes (...), asimismo establece el rol activo que se le debe otorgar a esta población, como algo fundamental para el desarrollo social, económico y político” (Prieto Cruz, 2012, p. 69); dos extremos hoy sumamente valorados, pues se encarga al gobierno el desarrollo de políticas públicas y de normatividad que aseguren una tutela efectiva de los derechos que le asisten a este sector de la población, pero además se pretende un cambio de concepción hacia los niños, niñas y adolescentes, a quienes se les reconoce aptitud para instalarse como integrantes activos que aportan con el desarrollo social.

De esta manera, de la propia CDN se pueden extraer los nuevos principios que acompañan esta nueva doctrina y son los siguientes:

1. Esta doctrina se debe implementar tanto a nivel social (llevando a cabo actividades que generen las condiciones necesarias que permita a las personas menores de edad satisfacer sus necesidades básicas), como a nivel jurídico (legislando para proteger, promover y hacer exigibles los derechos humanos de este grupo poblacional).

2. El reconocimiento de todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna, como sujetos de plenos derechos, cuyo respeto se debe garantizar, ya que es el eje central de esta doctrina.

3. Las necesidades de los niños, niñas y adolescentes se transforman en derechos, cuya exigibilidad se establece. A la par de esto, se especifican las responsabilidades inherentes a esta población a la que se

reconoce como un sector fundamental dentro de la población total del país. Este sector debe recibir la atención integral requerida para su desarrollo y debe hacerse patente su derecho de participar de manera activa dentro de la sociedad, especialmente, en aquellos aspectos que les conciernen. (Prieto Cruz, 2012, p. 69)

De ahí que se señala que la doctrina integral tiene su fundamento en “los principios universales de dignidad, equidad y justicia social, y con los principios particulares de no discriminación, prioridad absoluta, interés superior del niño, solidaridad y participación” (Buaiz, 2023, p. 2); principios que han perfilado la nueva comprensión sobre los niños, niñas y adolescentes y que condicionan u obligan la actuación eficiente de los Estados para hacerlos efectivos.

Lo que supone además una participación fundamental de la familia como “grupo social esencial y la prohibición expresa de la entrega o renuncia a la maternidad o paternidad por razones de pobreza” (De Jongh Sarmiento, 2023, p. 13); de lo que se desprende que esta nueva doctrina se enfoca en tres actores: los niños, niñas y adolescentes a quienes se les reconoce nuevos derechos y capacidades que los convierte en actores activos de la sociedad, el Estado que a través de sus gobiernos deben desplegar nuevos esfuerzos por asegurar la eficacia de tales derechos, capacidades y principios desarrollados en favor de la niñez y, la familia, como eje sustancial para asegurar la finalidad ya establecida de tutela hacia la niñez.

2.2.3. La evolución de la familia en el Estado Constitucional de Derecho y la Doctrina de la Protección Integral

La familia como tal tiene una antigüedad que se remonta a la misma aparición del hombre sobre la tierra, y es que constituye parte de la naturaleza social de la especie, la que requiere para subsistir del apoyo del grupo con el que se rodea, de ahí que ha sido considerada como el núcleo fundamental de la sociedad y el Estado.

Analizar las etapas históricas de su desarrollo no es una tarea fácil, ya que en ella trascienden factores políticos, religiosos, culturales, que marcan las diferencias de las familias en un lugar determinado frente a otro.

Sin embargo, para uniformizar un poco el proceso histórico de “La Familia”, podemos decir que el “clan fue la primera manifestación de solidaridad humana, la forma más primitiva de unión destinada a lograr una posibilidad de defensa, que hiciera factible la supervivencia en un medio hostil” (Morales Gómez, 2015, p. 130); es decir que la familia inicialmente ésta estaba conformada por un grupo de personas quienes se distribuían funciones para su subsistencia, así por ejemplo los hombres nómadas tenían por función la caza y la pesca, en tanto las mujeres nómadas la recolección y crianza – alimentación de los hijos pequeños.

Respecto de esto último, es de resaltar que las primeras familias, aquella en las que el clan se vio reducido tras el afinamiento de los lazos sentimentales y un vínculo común que luego fue reconocido como solidaridad, la “mujer desempeñaba el papel más importante en el seno familiar; su rol era fundamental, mientras que el del hombre se presentaba con carácter accidental y transitorio” (Morales Gómez, 2015, p. 130).

Es decir que la familias eran matriarcales, puntualización que se hace necesaria para establecer que la organización familiar, así como la manera de trazar lazos de sentimiento familiar, no ha sido uniforme a lo largo de la evolución del ser humanos y que no se trata de un instituto acabado, sino que puede admitir nuevas formas de organización según lo requieran sus integrantes.

La procreación de la especie humana también constituía una función principal en los inicios de la familia o clan, donde reinaba la poligamia, lo que en un primer momento centró la organización familiar matriarcal (Reed, 2005); sin embargo, otro aspecto de la evolución también ha sido el modelo patriarcal por la preponderancia de la fuerza bruta (fuerza física) del hombre frente a la mujer.

Este modelo patriarcal ha trascendido a través de la historia de las familias, que es recién en este nuevo siglo que se está viendo con mayor incidencia algunos cambios derivados del empoderamiento

de los derechos por parte de las mujeres, que definitivamente vienen incidiendo en el concepto y definición del término, desde todo punto de vista, social, político, económico. No obstante, en las sociedades de este siglo se sigue manteniendo la “estructura de dominación patriarcal, la cual se ha encargado de otorgar y asignar determinados roles, actitudes, comportamientos, mantenido su dominio a través de las generaciones que aprenden (...) rasgos de personalidades con base en las primeras etapas de socialización” (Cabrales López & Rodríguez Falcón, 2021, p. 1621).

Retomando la historia de las familias, para el modelo jurídico latinoamericano resulta de mucha importancia la mirada que se haga de éstas en el pueblo romano, donde es en el *pater familias* que recaía la conducción de esta, todos los integrantes del grupo se encontraban sometidos al poder que este personaje tenía, de ahí el término del “jefe de familia” que organizaba todo lo necesario en esta pequeña unidad social.

La familia viene a ser como un pequeño Estado con funciones religiosas, políticas y públicas, aún con deidades familiares. Totalmente jerarquizada, con posiciones predefinidas en cada uno de sus integrantes (...) El pater era el líder político, sacerdote y juez en su casa. Ejercía poder sobre su mujer, hijos, sus mujeres y esclavos. Podría manipular a todos de la forma en que desease incluso disponer de sus vidas (...) En la familia romana los vínculos jurídicos y de sangre tenían más importancia que los lazos de afecto y atracción personal. (Varsi, 2011, p. 31)

La familia romana tenía su fundamento principal en la institución del matrimonio con el cual se daba inicio o se fundaba la unión entre un hombre y una mujer, capaces de engendrar hijos, donde el varón asumía el rol ya señalado de ser el jefe del hogar o *pater familias*, en tanto la mujer era relegada de toda decisión de trascendencia. Los hijos que nacían dentro del matrimonio eran el sustento para asegurar la sucesión, por ser la legítima descendencia, de ahí las expresiones “hijos legítimos” e “hijos ilegítimos”.

Posteriormente se aprecia dentro de la formación de las familias y el desarrollo de esta institución en la historia que la religión fue de mucha trascendencia, pues llegó a considerarse como único matrimonio válido, el celebrado “ante los ojos de Dios y de la iglesia”, aún el varón conserva en esta etapa la conducción o dirección del hogar y se toma en cuenta a más valores morales sobre los que se cimienta la conducción de esta institución.

La familia fue transformada por la iglesia en una verdadera institución religiosa y jerárquica, sumida bajo el imperio de la figura paterna y donde los hombres, mujeres e hijos, tenían lugares y funciones específicas. Esta familia se basaba en la asistencia mutua de sus miembros. La función reproductiva de aquella fundada en el matrimonio...El matrimonio se fortalece como acto jurídico y como sacramento. (Varsi 2011, p. 33)

Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, las familias volvieron a sufrir cambios derivados del reconocimiento de derechos de los seres humanos, dentro de ellos, de los niños y de las mujeres. Estas

últimas dejan el trabajo doméstico como exclusividad, para ir fuera de casa a trabajar en diferentes actividades. La escuela ya no sólo es de acceso para varones, apreciándose a mujeres haciéndose de una carrera profesional.

El cuidado de los hijos, en la época en la que vivimos, ya no se encuentra tan sólo en manos de la madre, sino que junto al progenitor se comparten responsabilidades para lograr que ellos alcancen su pleno desarrollo con la satisfacción de sus necesidades. En este sentido, la legislación de distintos países también ha venido sufriendo modificaciones para responder a las nuevas necesidades de la familia. Cada uno de los integrantes de esta buscan realizarse plenamente y se democratiza la autoridad que antes estaba centrada en el *pater familias* o el jefe del hogar o el padre y esposo.

A. Concepto de Familia

Bajo este nuevo panorama contemporáneo, elaborar un concepto de familia genera dificultad, pues en él tendrán que vislumbrarse las características con las que cuenta y al existir varios tipos de familia, la labor se complica más.

Sin embargo, tratando de hacer el esfuerzo de reunir todos los elementos necesarios que la componen es posible señalar que las familias son grupos de personas (dos o más) que se encuentran unidas por lazos de consanguinidad y/o afectividad,

donde entre sus miembros existen derechos y obligaciones recíprocas, en los que se incluyen la asistencia y la satisfacción de necesidades, y se comparten objetivos comunes y valores morales, que posibilitan el pleno desarrollo de la personalidad procurando la felicidad de cada uno de sus integrantes.

La familia, al ser un concepto de naturaleza cultural es abierto y la base de toda organización social que ha ido evolucionando y cambiando a lo largo de la historia; donde las sociedades modernas tienen el reto de encontrar siempre en ellas el núcleo que posibilita su definición como tal y la esencia de las relaciones interpersonales de sus miembros, tarea que se resume en buscar el afecto en ellas presente (Varsi, 2011).

Es en el concepto de familia que acá se presenta que cabe la posibilidad de integrar a una persona ajena al vínculo consanguíneo, dentro de esta o que con ella se conforme una, a través de la figura jurídica de la adopción que es tributaria de la doctrina de la protección integral del niño, “genera un vínculo semejante a la filiación” y, por tanto, es irrevocable (Salazar Blanco, 2004, p. 240), pero que previamente ha tenido como antecedente un procedimiento administrativo de desprotección familiar y sólo de manera excepcional, de forma directa a través de un proceso ante el Poder Judicial (demanda de adopción por excepción), según sea el caso.

De conformidad con el D.Leg. 1297, en su artículo 125, para lograr que una persona sea considerada como adoptante, debe reunir condiciones de mínima y máxima edad, voluntariedad y declaración de idoneidad, previo a la asignación de un niño, niña o adolescente, que ha sido declarado judicialmente en desprotección familiar.

Como parte de las etapas por las que atraviesa un requerimiento de adopción, se tiene a la integración familiar y al seguimiento post adoptivo (artículo 137 del D.Leg. 1297), en las que se analiza principalmente, el desarrollo de lazos afectivos entre quien adopta y el adoptado, la aceptación del niño, niña o adolescente en la familia adoptante y su círculo social, que permitan generar certeza de que el nuevo integrante de la familia logrará su pleno desarrollo, para lo cual es esencial la opinión de éste.

No puede obviarse que de acuerdo con la legislación nacional la institución del matrimonio está muy relacionada con la conformación de las familias en el Perú, de ahí que, incluso, el artículo 4 de la Const. señala que tanto la comunidad como el Estado promueven el matrimonio y que al igual que a la familia, lo reconocen como instituto natural y fundamental de la sociedad.

Sin embargo, si bien existe la obligación del Estado de promover el matrimonio, esta Const. de 1993 establece, también, que el Estado protege a la familia, sin hacer distinción en la manera como fue conformada, es decir, ya sea con uniones matrimoniales o no⁷. A diferencia de lo que estaba planteado en la Constitución Política de 1979, en la que sólo se concebía la protección de la familia derivada de la unión matrimonial⁸.

No debe olvidarse que desde la emisión de la actual Constitución que data del año 1993, a la fecha, han transcurrido tres décadas; tiempo en el que las normas peruanas de desarrollo constitucional han venido incorporando con mucha más fuerza el concepto de igualdad entre las uniones matrimoniales y las uniones convivenciales, las cuales hoy en día, prácticamente gozan de los mismos derechos, y es que ambas formas de unión reconocida por nuestro país, son generadoras de la institución social denominada familia, a la cual el Estado y la comunidad, deben proteger.

Se evidencia que la Constitución peruana al no haber desarrollado una definición única de familia, permite que las

⁷ Artículo 4 de la Const.: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

⁸ Artículo 5 de la Constitución Política de 1979: “El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por ley. La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia”.

normas de desarrollo constitucional del sistema jurídico incorporen nuevas formas de conformación de estas; así, por ejemplo, el D.Leg. 1297 posibilita que las personas que deseen conformar familias de tipo monoparental puedan adoptar a niños, niñas o adolescentes que hayan sido declarados en desprotección familiar; algo que con la normatividad anterior era impensable. Entonces, el concepto de familia en el Perú resulta siendo bastante amplio, no existiendo más parámetros que los fijados por la propia convivencia entre las personas y los lazos de afectividad entre ellas.

B. Clases de Familia pertinentes con la investigación

Siguiendo a Varsi (2011) se han identificado 17 clases de familia. Así, se habla de la familia general o amplia, familia reducida, familia intermedia, familia transnacional, familia matrimonial, familia extramatrimonial, familia monoparental, familia anaparental, familia pluriparental, familia homoafectiva, familia paralela, familia eudemonista, familia socioafectiva, familia geriátrica, familia de solteros, familia comunitaria y familia virtual.

Sea que la unión existente entre sus miembros esté reconocida jurídicamente o no; es decir, estas clases de familia identificadas existen en la sociedad, no dejando de ser tales porque el tipo de unión que las mantiene tenga o no amparo legal.

A manera de conclusión de este acápite tratado, para los fines de la tesis doctoral, interesa que se tenga en cuenta que el niño, niña o adolescente que ha sido declarado en desprotección familiar, necesita formar parte de una familia en la que primen los lazos de afectividad, donde la persona individual que pretenda constituir una familia monoparental o la pareja que desee adoptar, le posibiliten su pleno desarrollo, no sólo con la satisfacción de sus necesidades básicas, sino y sobre todo, con la satisfacción de sus carencias afectivas producto de la separación que ha tenido con su familia de origen.

C. Fines y funciones

La referencia a los fines de la familia debe tener presente que es distinto a hablar de funciones de la familia, pues si bien ambos conceptos dependen del tipo o clase de familia de la que se trate para establecerlos, los fines hacen referencia a aquello que la familia tiene que lograr alcanzar, por lo cual se justifica su existencia en la sociedad.

Y, cuando se habla de las funciones de la familia, se hace referencia al conjunto de acciones, tareas, objetivos, que la familia puede cumplir para llegar a alcanzar sus fines. De esta manera las funciones de la familia pueden ser diversas y en unas es probable sean diferentes a las que se presenten en otras.

En este entendido, tratando de identificar a los fines comunes a cualquier tipo de familia existente en el mundo, se podría decir que todas ellas buscan el bienestar de sus miembros con la satisfacción de sus necesidades y el afecto recíproco entre ellos.

En cuanto a las funciones de la familia, éstas al ser muy diversas, se señalarán únicamente las que constituyen las principales y que han sido citadas también en la obra de Varsi (2011). Así podemos identificar como funciones a las siguientes:

a. Función de procreación

Por la cual la pareja que constituye una familia busca engendrar hijos que les permitan complementar el hogar que han formado y sentirse más acompañados.

Esta función si bien constituye una de las principales, pues posee un componente natural y biológico donde la perpetuación de la especie es una finalidad del ser humano en este planeta, no puede obviarse que hoy en día el concepto de procreación y de integrar a hijos dentro de la familia, no es necesariamente acudiendo a la tradicional y natural forma, pues se puede llegar a procrear con la llamada reproducción asistida, donde ni siquiera hace falta de que exista previamente una pareja heterosexual (papá y

mamá), pues solo o en pareja (heterosexual u homosexual), se puede optar por las diferentes formas existentes de esta técnica médica de la genética, a las que se suman la maternidad subrogada. Asimismo, el conformar una familia con hijos, no sólo se logra con hijos biológicos, sino también con hijos adoptivos.

Finalmente, en la actualidad, dada la diversidad de familias antes mencionadas, cabe anotar que no todas estas pretenden conformarse para ejercer la función de procreación, pues el libre desarrollo de la personalidad de quienes conforman la familia puede devenir en la decisión de no procrear.

Vale decir, puede existir una familia heteroafectiva, homoafectiva, geriátrica, entre otras, en las que la unidad de sus integrantes se despliegue sin la necesidad de proyectar procreación, lo que no les quita la condición de familia.

b. Función de satisfacción de necesidades básicas

También llamada función alimentaria, la que jurídicamente hace alusión no sólo al alimento propiamente dicho⁹. Esta

⁹ Artículo 472 del Código Civil: “Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto”.

función también es considerada una de las principales funciones que cumple la familia, ya que es necesario se asegure la satisfacción de necesidades básicas, como la alimentación, vestido, vivienda, salud, educación, entre otras, para el desarrollo integral de todos los miembros que integran una familia.

Sin embargo, a pesar de que la familia constituye un importante soporte afectivo y, en ocasiones económico, sus integrantes no necesariamente se encuentran obligados a cubrir las necesidades básicas de los demás integrantes, sobre todo en los novísimos modos de familia en los que se puede mantener cohabitación y aun así sus integrantes despliegan autonomía económica, convirtiéndose en un deber moral la asistencia de los demás miembros y no necesariamente en una obligación jurídica.

c. Función de colaboración o asistencia mutua

Esta función se hace posible con los lazos de afectividad que se tejen entre los miembros de una familia para poder salir adelante y realizar los objetivos que se hayan fijado. Todos contribuyen con el hogar de acuerdo con la edad, la madurez, la capacidad y la posición que ocupan al interior de la familia (padres, hijos, entre otros).

Pero no sólo es una colaboración identificada como obligación jurídica, sino que es gracias al amor y afecto que existe al interior de la familia, que se logra una asistencia de unos a otros cuando se necesitan.

Vale decir, prima el deber moral producto de la convivencia, de los lazos afectivos, que trascienden los lazos consanguíneos; como ocurre con la familia comunitaria, familia de solteros o la familia ensamblada.

d. Función económica

La satisfacción de necesidades básicas de las que se habló anteriormente no podría realizarse si no se cumpliría esta función al interior de la familia; y es que el desarrollo de alguna actividad laboral permite que la familia pueda responder a ellas.

En tanto mayor posibilidad tengan los miembros de esta unidad, aportar económicamente al hogar, podrán no sólo satisfacer necesidades básicas, sino también hacerse de un patrimonio sustentable (bienes), mejorando así su proyecto de vida juntos.

e. Función de enseñanza-aprendizaje

Siempre se ha dicho que la familia es la primera escuela de los hijos, y es que en ella se logra que los valores, costumbres, creencias, puedan ser transmitidas de generación a generación. No es posible pensar en una familia donde no exista transmisión de cultura entre sus miembros.

Es tal vez, una de las funciones más importantes para la sociedad, y si el Estado brindara la atención debida a esta función, comprendería que el fortalecimiento de valores al interior de los grupos familiares, a través de programas dirigidos principalmente a ello, permitirían que tengamos familias que sumen ciudadanos para un país con mejores oportunidades de desarrollo.

La gran labor de transmisión de valores de padres a hijos, transmisión de valores a los niños, niñas y adolescentes, genera no sólo una mejor familia, sino también una mejor sociedad y por tanto un mejor país.

2.2.4. La problemática de la niñez en desprotección

Como ya se ha venido señalando, todo niño o niña debe nacer en el seno de una familia para lograr su protección y con ello su pleno desarrollo físico-biológico, cognitivo y socioafectivo (Cuervo Martínez, 2010). Sin embargo, existen motivos que hacen que algunos niños se encuentren en circunstancias de desprotección familiar, generando con ello una gran problemática social que merece ser atendida para evitar consecuencias irremediables en el ser humano.

En la historia de la humanidad nada ha perjudicado tanto a la niñez y su derecho a vivir y desarrollarse en familia, como lo ocurrido con las dos guerras mundiales, principalmente la Segunda Guerra Mundial.

En el escenario del fin de esta Guerra se apreció el fenómeno masivo de niños en situación de abandono familiar, como consecuencia del holocausto nazi, sobre todo en aquellos países que sufrieron las consecuencias o estuvieron involucrados con el conflicto más grande de la historia universal (22 países), donde las cifras de fallecidos bordearon los 73 millones de personas en los 6 años que ésta duró (1939 – 1945).

Basta recordar la misión secreta del kindertransport que fue una misión humanitaria organizada por la Cruz Roja y que terminó salvando a cerca de 10 mil niños del infierno nazi, a través de la apertura de fronteras que hizo Inglaterra 9 meses antes del inicio de la guerra. De esta manera niños entre las edades de 5 a 17 años (los datos también hacen referencia a la existencia de niños con menor rango edad) pudieron viajar a Gran Bretaña (Redacción BBC News Mundo, 2018).

Sin embargo, el terror para ellos recién comenzaba pues si bien lograron salvar sus vidas, existieron eventos traumatizantes para los niños por la separación de sus padres y de sus familias, y abandonar todo lo conocido para ir a un mundo nuevo, donde incluso no hablaban el mismo idioma.

Los niños mayores llegaron a vivir en albergues que por entonces ya existían unos cuantos, en tanto otros fueron adoptados por familias sin que se siga mayor procedimiento de selección para la idoneidad, y de esta manera si bien algunos niños tuvieron la suerte de ser cuidados y protegidos en un hogar amoroso que les brindó la oportunidad para desarrollarse, otros tantos niños fueron tratados con crueldad.

Hasta antes de este fenómeno social que afectó a muchos países, se pensaba que un niño separado de su familia sólo necesitaba que

se cubra sus necesidades básicas o elementales, de ahí que se pretendía que con el internamiento de niños en los albergues era más que suficiente para ellos, donde incluso se los aislaba del mundo con un evidente objetivo de control social y de la problemática por la existencia de una “situación irregular” que debía pues, ser controlada.

Pues bien, la definición de la desprotección de niños, niñas y adolescentes, trae consigo otro concepto asociado, este es el maltrato que puede presentarse desde diferentes aristas que, en un primer momento hace referencia a los maltratos físicos pero que puede extenderse hasta la “negligencia, deprivación emocional, malnutrición y abuso” (Novo, Arce, Seijo y Fariña, 2002, p. 100); es decir que, la desprotección se traduce en maltrato sobre la conformación personal del niño, niña y adolescente, pues la personalidad se contruye progresivamente con influencias externas ya sea físicas, psicológicas o morales.

De esta manera, si un padre es negligente en la educación o desarrollo personal de su hijo, ya se encuentra incurriendo en maltrato y, por tanto, aquel niño se encontrará en una circunstancia de desprotección; lo mismo que si se presenta una deprivación emocional que afecta el ambiente sentimental en que se desenvuelve, la malnutrición que no solo afecta emocionalmente,

sino también físicamente, como ocurre también con las situaciones de maltrato.

Vinculado con el tema de la privación emocional, estudios recientes hacen referencia a la desprotección invisible, referida a la que se propicia con el adormecimiento o abandono de los hijos ante la tecnología, el maltrato afectivo pasivo presentado como despreocupación sentimental de los padres hacia su hijo como persona o ser humano (Quicios García y Lebrero Baena, 2011), cuyos efectos son tanto emocionales como físicos y, además, derivan en problemas sociales.

2.2.5. El acogimiento familiar

A. Concepto

En el Perú, esta institución antes del año 2014 era denominada como colocación familiar, pero con la introducción del nuevo paradigma de protección integral en la legislación nacional es que algunas denominaciones cambiaron. Así ocurrió en nuestro país con la entrada en vigor de la Ley N.º 30162 – Ley de Acogimiento Familiar, publicada el 29.01.2014, que además modificó algunos artículos del CNA en la parte pertinente.

Sin embargo, esta como otras instituciones fueron absorbidas posteriormente en un único abordaje normativo de tratamiento de la niñez en desprotección familiar, en el D.Leg. 1297 y su Reglamento; mismo que acogió la doctrina de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes; en tal sentido, asegura como uno de sus principales derechos fundamentales el de vivir en familia, de allí que es posible hablar del acogimiento familiar.

La doctrina de la desprotección, a diferencia de la doctrina del abandono, no construye un reproche, ni una sanción para la familia que ha incurrido en la situación concreta, sino que, busca identificar las necesidades o los problemas por los que atraviesa esta familia que han propiciado el haber incurrido en actuaciones calificadas como desprotección.

Así, con motivo de lograr tutelar eficientemente el derecho a vivir en familia, rehabilitando a la familia que ha incurrido en desprotección de un niño, niña o adolescente; el acogimiento familiar surge como “una práctica que hace posible la convivencia familiar de niños cuyas familias de origen no están en condiciones de asumirla” (Kapustiansky, 2015, p. 10); vale decir, el acogimiento familiar es prestado por familias distintas a la familia de origen cuando esta no se encuentra en condiciones de brindarlo.

De manera tal que, la denominada familia acogedora es la encargada de prestar protección al niño, niña o adolescente “sin mediar vinculación filiatoria, pero ejerciendo todas las obligaciones propias al cuidado” (Kapustiansky, 2015, p. 10), convirtiéndose en una opción mucho más sustentable que el acogimiento residencial, dada la especial implicancia que trae consigo el aseguramiento del derecho de vivir en familia que guarda a toda la niñez.

No obstante, no se trata de una tarea fácil, debido a que las responsabilidades que implica convertirse en una familia acogedora, requiere que el Estado preste especial cuidado en la convocatoria de estas familias, así como en la selección adecuada del grupo de personas o la persona que puede asumir tal tarea, por lo que es vital la intervención oportuna y responsable de “las autoridades administrativas y/o judiciales (...) en la relación de acogimiento, proveyendo de apoyo y cuidando que en los procedimientos se respeten todos los derechos del niño y los de su familia de origen” (Kapustiansky, 2015, p. 10).

Último extremo sumamente importante e innovador respecto de la doctrina de la situación irregular, puesto que se encuentra orientado a la preeminencia de la temporalidad en el acogimiento familiar; puesto que la regla debiere ser el retorno del niños, niñas o adolescente a su familia de origen, una vez esta haya superado

las circunstancias incidentales que les llevaron a incurrir en desprotección, esto con el apoyo prestado también por el Estado; siendo una excepción muy extrema la permanencia de la situación de acogimiento y otra mucho más extrema la utilización del acogimiento residencial.

El acogimiento familiar, entonces, constituye una medida de protección por la cual se posibilita a los niños que hayan sido declarados en desprotección provisional o en desprotección definitiva, el vivir en un ambiente familiar, pudiendo ser una medida temporal (desprotección provisional) o permanente (desprotección definitiva).

En el primer caso lo que se busca es que los niños puedan desarrollarse en un ambiente familiar en tanto se eliminan o disminuyan los motivos que generaron su declaración de desprotección provisional con respecto a su familia de origen, con la implementación del Plan de Trabajo Individual – PTI que “comprende los objetivos y la metodología de la actuación estatal orientada a intervenir sobre los factores de riesgo y desprotección, en base a la evaluación socio familiar del niño, niña o adolescente, realizada por el personal de la UPE” (Vargas Quecaño, Morales Zárate y Abanto Merino, 2022, p. 11).

En el segundo caso, si bien se busca que los niños puedan desarrollarse en un ambiente familiar, pero se da cuando éstos ya han sido declarados en desprotección a través de una resolución judicial, luego de todo el procedimiento administrativo previo, donde el PTI no ha dado los resultados esperados y no se ha conseguido la reunificación familiar. Es de carácter permanente, pues ésta puede continuar hasta que el niño cumpla la mayoría de edad, si es que no logra ser dado en adopción (Bizkaiko Foru Aldundia, Gizarte Ekintza Saila, 2011).

B. Clases

a. Acogimiento familiar en familia extensa

Es la medida de protección por la cual, al niño, niña o adolescente declarado en desprotección provisional o definitiva, se le asigna a una familia, distinta a su familia de origen, pero donde uno o más miembros, posee vínculo consanguíneo con él.

Así puede darse el acogimiento familiar en familia extensa junto a los abuelos, los tíos, los hermanos independizados, entre otros familiares directos, donde si bien el D.Leg. 1297 no ha especificado el grado de parentesco, para efectos jurídicos siempre se toman en cuenta hasta el cuarto grado de consanguinidad. La condición es que cumplan con los

requisitos legalmente establecidos y tengan evaluación favorable.

b. Acogimiento familiar con tercero

Esta medida de protección se produce cuando el NNA que ha sido declarado en desprotección provisional o definitiva va a estar bajo los cuidados de una familia donde sus miembros no poseen grado de parentesco (familia de origen o familia extensa) con el sujeto de protección.

En este caso, la familia es previamente seleccionada con informe de idoneidad para ser familia acogedora; prefiriéndose a la persona o familia que haya tenido vínculo afectivo con el niño con anterioridad.

c. Acogimiento familiar especializado o profesionalizado

Está dirigido a niños, niñas o adolescentes declarados en desprotección provisional o definitiva, que posean características especiales (discapacidad), por lo que necesitan de una familia o persona calificada para su cuidado a condición de una retribución económica por los gastos para cubrir las necesidades del NNA.

C. Requisitos

El artículo 66 del D.Leg. 1297 establece como a los requisitos para el acogimiento familiar, los siguientes:

- a) Contar con mayoría de edad. Aquí hay que agregar lo dispuesto también por el artículo 378 del Código Civil, el que, si bien trata acerca de los requisitos para la adopción, en el inciso 2 se señala que la edad del adoptante debe ser cuanto menos la suma de la mayoría (18) más la edad del hijo a adoptar. En este sentido, considero debe tomarse en cuenta un similar cálculo para el acogimiento familiar, toda vez que de acuerdo al D.Leg. 1297, a la familia acogedora se le posibilita que, a futuro, en caso el niño, niña o adolescente sea declarado en desprotección, pueda adoptarlo, de ahí que existe la necesidad de que sea tomado en cuenta también este rango referencial de la edad.
- b) Voluntariedad en el deseo de constituirse en familia acogedora. Si son casados se necesita consentimiento de ambos cónyuges y si estos tienen hijos se recibe la opinión de éstos.
- c) Gozar de buena salud física y mental.
- d) Haber recibido capacitación y evaluación favorable.

- e) Haber recibido la recomendación de idoneidad del equipo multidisciplinario en el Plan de Trabajo Individual.
- f) Tener recursos necesarios que cubran las necesidades del NNA.
- g) Aceptar ser acompañados y evaluados en la implementación del PTI.

Estos requisitos para el acogimiento deben, además, ser concordados con las exclusiones consignadas en la norma, que finalmente se constituyen en requisitos adicionales, contemplados en los artículos 67 y 68 del D.Leg. 1297, como haber recibido sanción de suspensión o pérdida de la patria potestad, tengan denuncias o antecedentes penales en agravio de los NNA, por antecedentes con sentencia por violencia familiar, no cumplan con los alimentos y/o régimen de visitas para con sus propios hijos, entre otras.

2.2.6. Las Municipalidades y su responsabilidad social

La Ley Orgánica de Municipalidades – LOM, aprobada por Ley N.º 27972, a través del artículo I del Título Preliminar, establece que los Gobiernos municipales (distritales y provinciales) son entidades básicas de la organización territorial del Estado, constituyéndose en

canales inmediatos de participación ciudadana y promotores del desarrollo local

A través del artículo 84 de la LOM se establece cuáles son las funciones de las municipalidades, en relación con los programas sociales, defensa y promoción de derechos. De modo general, se puede decir que a través de este artículo se precisa que las Municipalidades poseen como parte de sus funciones específicas, el planificar y promover el desarrollo social en su circunscripción en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales; del mismo modo, regulan las acciones de las Defensorías Municipales de los Niños y Adolescentes – DEMUNA, adecuando las normas nacionales a la realidad local; en este sentido, difunden y promueven los derechos del niño, niña y adolescente.

Es en este panorama de competencias municipales que el D.Leg.1297 y su Reglamento, han determinado que sean los Gobiernos Locales (distritales y provinciales), los que asuman la responsabilidad de llevar a cabo el procedimiento por riesgo de desprotección familiar a través de las DEMUNAS, las que previamente tienen que encontrarse debidamente acreditadas por el MIMP. Por lo que, en tanto las DEMUNAS queden acreditadas, la norma ha considerado que sea la Unidad de Protección Especial – UPE y en su defecto de existencia, el Poder Judicial, la que lleve a cabo tanto el procedimiento por desprotección familiar.

Lamentablemente, como las Municipalidades no llegan a tomar plena consciencia de su rol en el desarrollo social de la comunidad de su circunscripción, y al no existir dentro de la norma un mandato coercitivo frente al no impulso de la acreditación de las DEMUNAS, éstas, en su mayoría, no vienen asumiendo las competencias en el procedimiento por riesgo, lo que genera una congestión procedimental en las UPE existentes, o en el Poder Judicial.

Existe necesidad de un mejor abordaje de este rol que cumplen los gobiernos locales y que, para el caso, ante el incumplimiento de competencias, repercute directamente en la efectividad del derecho que posee el niño, niña o adolescente, para vivir y desarrollarse en familia, pues las UPE existentes o Poder Judicial, no pueden asumir eficientemente un doble trabajo destinado no sólo a los procedimientos por desprotección que es lo que le correspondería tramitar de forma exclusiva, sino que los casos de riesgo también debe asumirlos.

2.2.7. El Ministerio Público y sus competencias a través de las Fiscalías de Familia

El Ministerio Público es uno de los organismos constitucionalmente autónomos del Estado Peruano, que posee como parte de sus funciones, la defensa de la legalidad y los derechos de la familia, del niño, niña y adolescente y personas con discapacidad¹⁰.

¹⁰ Artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobada por Decreto Legislativo N.º 052, del 18.03.1981.

Es a través de las Fiscalías de Familia que el Ministerio Público asume el rol de protección de la familia en su conjunto y de los niños, niñas y adolescentes, en concordancia con las normas infra constitucionales que definen sus competencias. En el Código de los Niños y Adolescentes - CNA¹¹, se señala, a través del artículo 138, que los Fiscales de Familia tienen por función principal, velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, promoviendo de oficio o a petición de parte las acciones que correspondan.

Es en el ejercicio de esta función que puede intervenir de oficio y desde el inicio, en toda clase de procedimientos, para el resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

2.2.8. Las medidas de protección como herramienta importante en la labor del Fiscal de Familia

Cuando hablamos de “resguardo”, ello permite al Fiscal de Familia, la posibilidad de dictar las medidas de protección que correspondan en determinado caso. Sin embargo, en los últimos años, con la emisión de algunas normas como la Ley N.º 30364 – Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, así como con el D.Leg. 1297 (objeto

¹¹ Aprobado por Ley N.º 27337, publicado el 07.08.2000.

de análisis en la tesis doctoral), se ha limitado injustificadamente esta función, pese a al amparo Constitucional y de su ley orgánica.

Así, en la Ley N.º 30364 sólo se posibilita al Poder Judicial, a través de los Juzgados de Familia, ser el encargado de emitir medidas de protección en cada caso, y en el D.Leg. 1297, se reserva esta facultad a la Unidad de Protección Especial – UPE o ante su inexistencia, al Poder Judicial.

Esta situación viene generando una serie de inconvenientes que afectan los derechos más esenciales de los niños, niñas y adolescentes, ya que pese a que el Fiscal de Familia es quien atiende directamente las denuncias en temas de violencia e incluso de desprotección, posibilitando una mejor intermediación para resolver de forma eficiente, las normas antes mencionadas imposibilitan el rol protector que ya tenía ganado antes de la emisión de éstas.

2.2.9. La participación del Fiscal de Familia en los procesos de desprotección familiar

Antes de la modificatoria del Decreto Legislativo N.º 1297, mediante el artículo 2 del Decreto de Urgencia N.º 001-2020, del 07 de enero de 2020; el artículo 11 del mencionado decreto legislativo contaba con el numeral 11.4, que facultaba al Ministerio Público, a través de las Fiscalías especializadas de familia o mixtas a realizar un “control

del respeto de las garantías del debido proceso, la legalidad y de los principios que regulan la actividad protectora del Estado a fin de garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes” (literal a), entre otras funciones expresamente establecidas.

Vale decir, las Fiscalías de Familia o Mixtas contaban con una potestad contralora de las actuaciones de los órganos del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, de las Defensorías Municipales del Niño y del Adolescente, así como de los demás órganos encargados de los procedimientos de desprotección; a fin de asegurar que se desarrollen en respeto del debido procedimiento o proceso, en respeto de la legalidad y de los principios que acompañan la función tutelar.

Asimismo, se facultaba a estas Fiscalías del Familia o Mixtas, según sea el caso, para intervenir en “las diligencias que se desarrollen dentro del procedimiento por riesgo o desprotección familiar” (literal b); impugnar “las decisiones que considere que afectan los derechos de la niña, niño o adolescente” (literal c); solicitar “se adopten, varíen, suspendan o cesen las medidas de protección dictadas en favor de las niñas, niñas o adolescentes” (literal d); revisar los “informes semestrales de seguimiento del plan de trabajo individual y (...) solicitar la información que estime conveniente respecto de la situación de las niñas, niños o adolescentes sujetos a medidas de protección” (literal e); emitir “dictamen previo al pronunciamiento

judicial sobre la declaración provisional de desprotección familiar y cuando se recomiende declarar la desprotección familiar” (literal f); así como, comunicar “las situaciones de riesgo o desprotección familiar a la autoridad competente en un plazo no mayor de 24 horas” (literal g).

Vale decir, las Fiscalías de Familia o Mixtas, contaban con diversas potestades que les permitían intervenir en el devenir propio del procedimiento para emitir la declaración provisional de desprotección familiar y, hasta la propia declaración de desprotección familiar; no obstante, dichas potestades fueron derogadas desde el año 2020, al menos bajo la regulación del mencionado numeral 11.4.

Ahora, el mismo Decreto de Urgencia 001-2020 antes mencionado, en su décimo cuarta disposición complementaria final, establece la actuación estatal para niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos que cometan infracción a la Ley Penal y, bajo este contexto, instaura dos circunstancias que modifican el procedimiento regular para la declaratoria provisional de desprotección o para la declaratoria de desprotección.

La primera es respecto de la actuación de las UPE, puesto que establece en su tercer párrafo que el “Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) es competente para aplicar

medidas de protección a niñas, niños y adolescentes que se encuentren en situación de desprotección familiar y que no hayan infringido la Ley Penal”; es precisamente el último extremo de la redacción en que restringe la actuación de las UPE para los casos de desprotección en casos en los que los niños, niñas y adolescentes hayan infringido la ley penal.

Determinación legislativa que se complementa con lo establecido en el párrafo segundo de la misma disposición, en el que se establece que cuando se trate de un adolescente que haya incurrido en infracción penal, bajo denuncia, en investigación o con sentencia, que pueda estar inmerso en “presunta situación de desprotección familiar, la Fiscalía de Familia o Mixta, así como el Juzgado de Familia o Mixto aplica las medidas en coordinación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a fin de lograr su reintegración familiar y social”.

De forma tal que, las UPE no encuentran competencia para encargarse de las medidas de protección por presunta desprotección cuando el niño, niña y adolescente haya cometido infracción penal y, a su vez, son las fiscalías de familia o mixtas y los juzgados especializados en la materia los que aplican las medidas en coordinación con el Ministerio de Justicia y derechos Humanos cuando se trate de adolescentes que hayan cometido infracción de la ley penal; entonces, pareciera ocurrir que la labor que realmente

desplegaban las UPE en materia de desprotección, hubieren sido trasladadas a los órganos antes mencionados; sin embargo, la disposición no es clara respecto del traslado de la potestad.

Cabe anotar que el artículo 12 del D.Leg. 1297, da la calidad de parte al representante del Ministerio Público, que se entiende que es el Fiscal de Familia o Mixto. Igualmente, el artículo 14 del citado D.Leg., menciona cuál es la participación de las partes en los procedimientos por riesgo y desprotección, dentro de las que se encuentra el Ministerio Público.

Existen referencias generales ya no específicamente para este tipo de Fiscalías, sino para el Ministerio Público, lo que, desde la perspectiva de la investigadora constituye un error dentro de la técnica legislativa, puesto que, en varios de los casos debería facultarse específicamente a las Fiscalías de Familia o mixtas con labores en familia para desplegar actuaciones relativas a la desprotección familiar, de manera tal que se evitan las indeterminaciones y las discusiones funcionales acerca de la pertinencia o no de determinadas actuaciones.

Tal es el caso del artículo 12 del mencionado Decreto Legislativo 1297, que señala como parte del procedimiento por riesgo y desprotección familiar al representante del Ministerio Público; sin especificar mayor detalle respecto de la designación o competencia

de este representante, el momento en que se incluye como parte del proceso, las potestades de las que es titular, etc.

En igual sentido el artículo 14 establece que el representante del Ministerio Público puede solicitar diligencias, evaluaciones o solicitar los documentos que consideren pertinentes; con una generalidad y abstracción tal que, en la práctica, se hace imposible determinar el qué o cuándo para ejercer estas facultades, máxime si el reglamento del decreto legislativo comentado mantiene la misma generalidad.

Ahora, en el contexto del seguimiento del plan de trabajo individual recogido en el artículo 22 del decreto legislativo, se le reconoce un rol de garante de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; motivo por el cual se le comunican los avances y dificultades presentadas dentro del plan; lo mismo cuando estos han sido víctimas de algún delito, circunstancias que deberán ser comunicadas al Ministerio Público para proceder de conformidad con la Ley (art. 23 del D.Leg.).

En igual sentido, la implementación del plan de trabajo individual es notificada al Ministerio Público (art. 30 del D.Leg.), quien tiene la potestad de impugnar la resolución que se pronuncia por la declaración de riesgo (art. 31 del D.Leg.). Asimismo, se le notifica la resolución que declara el fin del procedimiento por riesgo, dispone el cese de las medidas preventivas que se hubieren adoptado (art. 42

del D.Leg.); de igual forma la declaración de desprotección familiar provisional (art. 45 del D.Leg.); en igual sentido si durante la etapa de evaluación de la situación sociofamiliar se identifica la existencia de delito en contra de los niños, niñas y adolescentes (art. 47 del D.Leg.) u ocurre lo mismo en los centros de acogida residencial (art. 75 del D.Leg.); lo mismo que la resolución que se pronuncia sobre la desprotección familiar provisional (art. 57 del D.Leg.); entre otras intervenciones para prestar apoyo como ocurre con las prohibiciones de realizar evaluaciones médico legales (art. 78 del D.Leg.), o la intervención cuando existe resistencia a ejecutar las medidas de protección (art. 90 del Decreto); entre otras relativas.

Asimismo, debe considerarse lo dispuesto por el artículo 64 del D.Leg. 1297, que hace referencia, textualmente, al

Apoyo de la fuerza pública en caso de resistencia para aplicar la medida de protección: En los supuestos en los que se produzca una situación que impida o interfiera con la aplicación de la medida de protección dispuesta, la autoridad competente puede solicitar el apoyo del Ministerio Público para que se constituya, en compañía de la autoridad policial, en el lugar donde se encuentra la niña, niño o adolescente, a fin de garantizar la ejecución de la medida.

Durante el desarrollo de la diligencia se debe garantizar la integridad personal de la niña, niño o adolescente.

Tal vez, la intervención más clara que se le reconoce dentro del Decreto Legislativo sea la recogida en el artículo 97 en el que se establece que una vez que el juzgado reciba el Expediente “lo remite dentro del día hábil siguiente, al Ministerio Público, para que en el

término de tres (3) días hábiles emita opinión sobre la solicitud del estado de desprotección familiar de la niña, niño o adolescente” con lo que se continúa el trámite especificado en la ley; en igual sentido, la determinación de un dictamen respecto de la apelación de la resolución que declara la desprotección familiar (art. 103 del Decreto).

2.2.10. Las Unidades de Protección Especial en el contexto del nuevo paradigma

Las unidades de protección especial son la materialización tanto a nivel normativo como aplicativo de los extremos que componen la doctrina de la protección integral; como ya ha sido señalado anteriormente, esta doctrina está compuesta por el reconocimiento del niño, de la niña y del adolescente como sujetos de derechos (Arias Vanegas, 2017); este primer extremo de contenido define también la existencia de un órgano especializado que asegure la tutela de los derechos fundamentales de los que los niños, niñas y adolescentes son titulares.

Tan es así que una de las finalidades de las Unidades de Protección Especial es la de “garantizar el pleno ejercicio de sus derechos; principalmente el de vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia y, conscientes de la necesidad de brindar una atención de calidad a la ciudadanía” (Gamarra Arellano y Rodríguez Lozano,

2022, p. 1); es así como el objetivo de las UPE calza con el contenido de la doctrina de protección integral relativa al ejercicio mismo de los derechos fundamentales que debiera encontrarse asegurado en todo Estado Constitucional de Derechos tributario de la doctrina de los derechos humanos.

Este extremo de contenido va de la mano con el segundo elemento propio de la doctrina comentada, el derecho que genera el ejercicio de derechos fundamentales antes descrito, que consiste en un derecho procedimental e institucional, es decir, el derecho a contar con una protección especial que involucra la disposición de oportunidades y servicios por parte de los niños, niñas y adolescentes “dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad” (art. 3 de la Declaración de los Derechos del Niño).

Esta protección especial, por tratarse de un sector de la población que puede ser pasible de afecciones a sus derechos fundamentales más básicos, establece una obligación de parte de los Estados para aprobar disposiciones normativas, así como medidas administrativas, preventivas y jurisdiccionales que aseguren el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales por parte de este sector de la población; este es uno de los principales fundamentos

de las Unidades de Protección Especial, que intervienen cuando estos derechos están siendo vulnerados por causa de la desprotección en el marco del Decreto Legislativo N.º 1297 (Gamarra Arellano y Rodríguez Lozano, 2022, p. 1).

Vale decir, cuentan con un marco normativo que va desde el ámbito internacional y el constitucional hasta el legal e infralegal; es así como se instauran como

Instancias administrativas del MIMP que actúan en el procedimiento por desprotección familiar de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, dictando las medidas de protección que garanticen el pleno ejercicio de derechos de las niñas, niños o adolescentes y/o que restituyan los derechos que les han sido vulnerados. (Vargas Quecaño, Morales Zárata, y Abanto Merino, 2022, p. 12)

La Unidad de Protección Especial, entonces, es una instancia administrativa del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables creada específicamente para tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en desprotección familiar, cuya actuación es inmediata en cuanto al dictado de las medidas de protección adecuadas para cada caso concreto, de manera tal que, se logre generar una situación de restitución de derechos centrada en el eje familiar.

2.2.11. Competencias del Poder Judicial en los procedimientos por riesgo y desprotección familiar

De la revisión de la doctrina nacional e internacional y nacional, no se recoge sustenta alguno para que sean los juzgados de familia los que asuman algunas responsabilidades respecto a la desprotección familiar.

Al parecer, esta funcionalidad resulta tan evidente que se da por sentada en los artículos académicos revisados, los que remiten a la revisión directa del Decreto Legislativo 1297 y su reglamento, dado que se trata de los dispositivos normativos especializados que han recogido todas las definiciones y funciones encomendadas en función a la doctrina de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

En tal sentido, de conformidad con el mencionado decreto legislativo y su reglamento, la participación de los Juzgados de Familia se presenta en dos modalidades; como autoridad responsable de todo el procedimiento (riesgo y/o desprotección familiar) cuando interviene supliendo a la autoridad administrativa en los lugares en que no alcance su jurisdicción y, como autoridad que valida y emite decisión final en el procedimiento por desprotección familiar.

Otra de las funciones recogidas en el artículo 52 del Decreto Legislativo 1297, es la de emitir un pronunciamiento jurisdiccional ratificando, o no, la resolución emitida por las UPE declarando la desprotección provisional del niño, niña o adolescente, verificándose si se ha cumplido o no con las formalidades de la norma; empero, esto se presentará únicamente cuando el procedimiento inicial haya sido asumido por una UPE, puesto que, en ausencia de estas, es el propio Poder Judicial quien habiendo llevado a cabo el procedimiento preliminar de declarar la desprotección provisional, tendría que ratificarla; no habiendo quedado claro en la norma, si ello se daría a través del mismo juzgado a cargo del procedimiento preliminar, o a través de otro juzgado de familia o mixto, ya que existiendo la necesidad de realizar una supervisión del procedimiento preliminar, sería cuestionable que ello pueda ser visto por un solo juzgado, pues podría generarse un conflicto de intereses (juez y parte), lo cual no es saludable en aras de la imparcialidad y la adecuada administración de justicia.

Resulta importante dentro del procedimiento, la innovación recogida en el artículo 105 del Decreto Legislativo 1297, respecto de la orden para la adecuación del plan de trabajo individual, personalizado, según sus propias circunstancias y particularidades, en favor de cada niño, niña o adolescente en cada caso concreto cuando ya se ha declarado al NNA en desprotección familiar y está listo para el procedimiento de adoptabilidad, este procedimiento se lleva “con

participación de la niña, niño o adolescente orientado a garantizar el desarrollo integral y autonomía personal”, lo que asegura la inmediatez en favor de la solución más adecuada para cada necesidad concreta.

Los juzgados de familia o mixtos competentes también actúan en el control del cumplimiento de la función de las familias acogedoras, según lo establecido en el artículo 152 del decreto comentado como parte de una función específica del PJ dentro de los acogimientos de hecho.

Entonces, de lo revisado anteriormente puede señalarse que el Poder Judicial a través de sus juzgados de familia o los mixtos con competencia familiar intervienen directamente como magistrados con función decisoria, también como garantes de la tutela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; pero también, supliendo a la autoridad administrativa en los casos en que se haga necesario, por inexistencia de una UPE en el lugar donde se identifica el caso.

Esto último en virtud de la primera disposición complementaria transitoria del Decreto Legislativo 1297, que establece que el “Poder Judicial asume la competencia de los procedimientos por desprotección familiar, en aquellos lugares donde el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables no haya asumido competencia,

correspondiendo al mismo juzgado pronunciarse por la declaración de estado de desprotección familiar”.

2.2.12. Competencias de las Defensorías Municipales del Niño y Adolescente – DEMUNA en los procedimientos por riesgo y desprotección familiar

Las DEMUNA en el nuevo procedimiento diseñado por el D.Leg. 1297, poseen un rol protagónico en el tratamiento de los casos por riesgo de desprotección familiar, así como en la prevención de la desprotección familiar. Ello debido a que son entidades que se encuentran más cercanas a la población, en este sentido pueden desplegar una serie de actividades orientadas a identificar los casos en los que se encuentren factores de riesgo en las familias que puedan generar desprotección en los NNA.

Todas las DEMUNA están en la capacidad para ejecutar acciones de fortalecimiento familiar en aquellos casos donde exista riesgo, así como dar seguimiento a estas familias; sin embargo, no todas las DEMUNA se encuentran en la capacidad para llevar a cabo el procedimiento de riesgo por desprotección familiar bajo los alcances del D.Leg. 1297 como ya se anotó, pues para ello es necesaria su acreditación ante el MIMP.

Una vez que abre investigación por riesgo, la DEMUNA debe elaborar el Plan de Trabajo Individual – PTI con la participación de los niños involucrados en el procedimiento y de sus respectivas familias. Con el PTI se espera eliminar los factores de riesgo que se identificaron para archivar el procedimiento; pero en caso de que la situación de los NNA al interior de sus familias haya empeorado, entonces la DEMUNA está en la obligación de realizar la derivación, ya sea a la UPE o PJ, dependiendo el lugar en donde se encuentre.

Es a este nivel donde la responsabilidad social de los Gobiernos Locales cobra vital importancia, pues si las autoridades que lo dirigen no asumen su responsabilidad acorde con la norma, no se obtendrá los resultados deseados con el abordaje inmediato, especializado y directo que puede darse a las familias dentro de su ámbito territorial. Ya que para que las DEMUNA logren su acreditación ante el MIMP, se necesita cumplir con una serie de requisitos, dentro de ellos, tener a todos los miembros del equipo o equipos multidisciplinarios, debidamente capacitados para el fin.

2.2.13. Importancia de la participación de la Defensoría Pública en los procedimientos por riesgo y desprotección familiar

De conformidad con el Reglamento del D.Leg. 1297 aprobado por D.S. 001-2018-MIMP, la Defensoría Pública del Ministerio de Justicia posee un papel trascendente en los procedimientos por

desprotección familiar, pues acude a la defensa de los derechos de los niños tutelados y sus respectivas familias cuando no poseen recursos económicos para contratar a un abogado particular.

En este sentido, con su actuación se garantiza el derecho de todo NNA a que su interés superior sea un considerando para tomar en cuenta de manera prioritaria, así como que se haga efectivo el derecho a que sean oídos y que su opinión sea tomada en cuenta en todas aquellas decisiones que lo involucren.

También posee competencias para que en coordinación con la UPE, presente la acción que corresponda ante el Poder Judicial o Ministerio Público, para el pronunciamiento respecto a la administración de los bienes de los NNA involucrados en el procedimiento; así como, demande los alimentos cuando haya la declaración de desprotección provisional.

Al defender los derechos de los NNA al interior del proceso por desprotección, está en la facultad de apelar las resoluciones que se emitan, así como dar seguimiento a los procedimientos para evitar dilaciones innecesarias o irregularidades.

2.3. El derecho a la familia en el marco normativo convencional

El derecho a vivir y desarrollarse en familia, de todo niño, niña y adolescente, no encuentra un reconocimiento expreso en la CDN; sin embargo, el contenido de este sí ha sido tratado al momento de desarrollar los derechos reconocidos en ella.

La Declaración de los Derechos del Niño¹², señala a través de su artículo 6 que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión, por lo que siempre que sea posible deberá crecer bajo el amparo y protección de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

Si bien la citada Declaración como otras de similar contenido (Derechos Humanos) no tiene fuerza compulsiva, es decir no es obligatoria; ésta ha marcado la pauta del reconocimiento de este derecho humano para toda la niñez, a raíz de las cruentas guerras mundiales sucedidas, especialmente la Segunda Guerra Mundial.

Es a raíz de la aprobación de la CDN por Naciones Unidas el 20.11.1989, que se logró el reconocimiento universal de los derechos que posee la niñez, por su especial consideración de humanidad en desarrollo y vulnerabilidad, que se traduce en lo que el Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia del 30.09.1990 señaló en el sentido siguiente:

¹² Declaración de los Derechos del Niño aprobada por Naciones Unidas el 20.11.1959.

“No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien depende la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”.

Habría sido interesante que esta CDN recoja el derecho que posee la niñez a crecer en un ambiente familiar y de afecto como lo hizo la Declaración, no obstante, se debe destacar que el contenido de este derecho humano, como se mencionó al inicio, sí fue abordado en diferentes articulados, como el artículo 9, que hace referencia al derecho de todo niño a vivir con sus padres y no ser separados de ellos, salvo por razones de su interés superior.

Así también a través del artículo 20 y 21 de la CDN, se ha establecido el derecho del niño que ha sido privado de su ambiente familiar, a tener la protección y asistencia especiales del Estado, donde se posibilite que se siga desarrollando en un ambiente familiar y si no es posible la reunificación o reinserción familiar, promoverse medidas como el acogimiento o la adopción.

Cabe mencionar que, en el plano internacional, en cuanto a la CDN, juega un papel muy importante el Comité de los Derechos del Niño (en adelante “el Comité) que es un órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de esta Convención y de sus Protocolos Facultativos, en los diferentes Estados parte, quienes deben presentar informes periódicos sobre cómo se ejercitan los derechos de la niñez en sus ámbitos

territoriales, para que el Comité, de creerlo pertinente, emita sus preocupaciones o recomendaciones en sus “Observaciones Finales”.

Este Comité ha emitido Observaciones Generales sobre la CDN, donde ha realizado un abordaje más integral (interpretación del contenido) sobre los derechos y principios rectores que la sustentan. De esta manera al año 2021 existen ya 25 observaciones generales, siendo la última publicada el 02.03.2021, que recoge la preocupación de la Comisión frente a la pandemia por la Covid 19 en relación con “Los derechos de la infancia en el entorno digital”.

Si bien todas las observaciones generales hasta ahora publicadas por el Comité son importantes a tomar en cuenta en la efectividad de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes; de modo particular, para el derecho a vivir y desarrollarse en familia, que constituye la piedra angular en la tesis que se presenta, se pueden citar a las siguientes observaciones generales.

2.3.1. Observación General N.º 6

Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Publicada el 01.09.2005

En esta Observación General se aborda la problemática de la desprotección familiar de aquellos niños que no sólo han sido separados de sus padres y su familia, sino que también se

encuentran fuera del país que los vio nacer o donde radicaban con habitualidad; por lo que se formulan principios que deben ser tomados en cuenta por los Estados parte en el abordaje de estos casos, como el principio de la no discriminación para la atención de sus necesidades y satisfacción de sus derechos, el principio del interés superior del niño, rescatándose la importancia del nombramiento de tutor que lo represente, priorizándose a su familia biológica previa evaluación que determine su idoneidad.

Se aborda el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo de los niños que se encuentran en esta difícil situación, así como su derecho de expresar su opinión libremente; el derecho a la no devolución al país que genere serios riesgos para la integridad y desarrollo del niño. Asimismo, aborda la necesidad urgente de recabar toda la información posible, a través de los procedimientos internos de cada país, de la familia con la que cuenta el niño y la ubicación de ésta.

Por otro lado, también trata sobre principios importantes para los niños que van a ser institucionalizados en algún centro de atención residencial (albergues, hogares, casas de refugio), que constituye la última medida, como el principio de la unidad familiar, para que los hermanos no sean separados y se mantengan y promuevan los lazos de afectividad y comunicación. Además, que los trabajadores en estos centros estén debidamente preparados y capacitados para el tratamiento de niños separados de su familia.

Se recomienda que la política estatal para estos niños priorice la reunificación familiar luego de haberse identificado y ubicado a la familia de origen, salvo sea contrario al principio de su interés superior, en cuyo caso se debe proceder con la integración del niño al país de refugio para seguirse el procedimiento que determine su condición de adoptabilidad en el menor tiempo posible para permitirle la oportunidad de integrar parte de una nueva familia, constituyéndose así la adopción.

2.3.2. Observación General N.º 7

Realización de los derechos del niño en la primera infancia publicada el 20.09.2006

El Comité de los Derechos del Niño, trata a través de esta observación, los derechos de la primera infancia, entendiendo dentro de ella a todas las personas hasta los 8 años, a los cuales, se señala, deben respetarse como personas por derecho propio, considerándolos como miembros activos dentro de una familia, comunidad y sociedad, con sus propias inquietudes, intereses y puntos de vista.

En esta Observación, cuando trata acerca de las características de los niños de la primera infancia, denota una de las principales, que es aquella en la que estos niños crean fuertes lazos o vínculos

afectivos con sus padres u otros cuidadores, de los cuales necesitan recibir atención, orientación, protección, afecto (cariño, amor).

Asimismo, hace referencia a que, en los primeros años de vida, las personas interiorizan las dimensiones físicas, sociales y culturales en las que viven, por lo que constituyen la base de su salud física y mental, la base de su seguridad emocional, de su identidad personal y del desarrollo de sus aptitudes.

En este sentido, constituye un derecho por excelencia del niño, el que crezca y se desarrolle en un ambiente familiar, siendo lo ideal, a lado de sus padres, pero en su defecto, a lado de cuidadores.

De ahí que se ha considerado todo un capítulo dedicado a las responsabilidades que deben cumplir éstos, a quienes se les asigna una función especial en la realización de los derechos de los niños, los que se harán efectivos con la posibilidad de que crezcan y se desarrollen en familia, a la que el Comité reconoce como una variedad de estructuras sociales que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños, que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras formas tradicionales y modernas de base comunitaria, teniendo como condición, que éstas sean acordes con los derechos e interés superior del niño.

No obstante, a que el Comité ha mencionado de forma general, lo que entiende por familia, también ha resaltado la importancia del respeto de las funciones parentales de los padres, señalando que es obligación de los Estados partes garantizar de que los niños no sean separados de éstos, salvo que por su interés superior ello sea recomendable; pues se precisa que los niños son altamente vulnerables a las consecuencias que trae la separación respecto a ellos, debido a la dependencia física y vinculación emocional, que podrían generar serios trastornos.

De esta manera, se insta a los Estados parte para que garanticen que los padres puedan cumplir su responsabilidad parental, ayudándolos de distintas formas a través de planes o programas (políticas de Estado) a lograr este objetivo, evitando al máximo que los índices de niños abandonados o sin cuidados parentales aumente, así como evitando al máximo su institucionalización, pues ésta, cuando no es de calidad, impide el desarrollo físico y psicológico saludable, pudiendo tener consecuencias negativas graves; de ahí que se recomienda que estos niños puedan ser insertados cuanto antes a un hogar o ambiente familiar, en donde se les brinde la oportunidad de establecer relaciones y afectividad a largo plazo, basadas en la confianza y respeto mutuo.

En este mismo sentido, también se insta a los Estados parte para que tengan una especial atención en los niños en situación de

vulnerabilidad, como aquellos sin cuidados parentales para los cuales el Comité en interpretación de la CDN, pide un tratamiento prioritario, a fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales, como la identidad, salud, educación, alimentación, entre otros.

2.3.3. Observación General N.º 14

El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Publicado el 29.05.2013

Constituye un documento de importancia trascendental para toda política pública relativa a la niñez de los países parte de la CDN; a través del cual, ha realizado la interpretación del artículo 3, primer párrafo, que a la letra señala:

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

El Comité precisa que el interés superior del niño constituye un principio rector que sirve de guía en la interpretación de los demás derechos humanos con los que cuentan los niños, pues tiene como objetivo el pleno goce y ejercicio de estos derechos; de todos ellos, sin excepción, pues también señala que por la interpretación de este principio no podría dejarse de lado a un derecho humano en

particular, pues lo que se busca es el desarrollo holístico de los niños.

Por otro lado, el Comité ha indicado en esta Observación que este principio posee un concepto triple que resulta de mucha importancia, a tomar en cuenta para el tratamiento de la problemática de la niñez en desprotección que es tema de la presente tesis.

En este sentido, el Comité sostiene que este principio posee un concepto desde el entendimiento del derecho sustantivo, pues señala que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial constituye una garantía para la toma de decisiones en las que a ellos se los involucre.

En segundo lugar, este principio, posee un concepto de principio jurídico interpretativo fundamental pues ante dos interpretaciones distintas, el Comité precisa que se debe adoptar aquella que satisfaga más el interés superior del niño.

Finalmente, este principio posee un concepto de ser una norma de procedimiento porque siempre que se requiera tomar una decisión que involucre a un niño o un conjunto de éstos, se debe evaluar previamente las repercusiones positivas y negativas de la misma. Siendo que en toda justificación de la decisión que se adopte se

debe hacer presente expresamente, que se ha tenido en cuenta este principio para adoptarla.

Por tanto, el Comité insta a los Estados parte, a incluir dentro de sus políticas públicas, una serie de estrategias que permitan hacer efectiva la CDN con el pleno de sus derechos ahí contenidos en vista del interés superior del niño, remarcando que los Estados poseen tres obligaciones frente a ello.

La obligación de hacer que el principio del interés superior del niño sea debidamente integrado y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas; la obligación de velar porque todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación concerniente a la niñez, hagan presente que el interés superior de los niños ha sido una consideración primordial; y la obligación de garantizar que el interés superior del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones adoptadas por el sector privado.

2.4. El derecho a la familia en el marco normativo nacional

En la Constitución Política del Perú este derecho tampoco encuentra un reconocimiento expreso, no obstante, es a través del artículo 3 que se posibilita su consideración, toda vez que se desprende de otros derechos fundamentales reconocidos de forma expresa, como la dignidad de la persona humana (artículo 113) y la protección de la familia (artículo 414).

Es con el CNA¹⁵, a través del artículo 8, que expresamente se habla del derecho que posee la niñez de vivir en una familia, indicando:

El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.

Entonces se podría decir que, tanto a nivel internacional como a nivel nacional, particularmente en la Constitución Política del Perú, existe un reconocimiento tácito del derecho que posee todo niño, niña y adolescente, a vivir y desarrollarse en familia.

¹³ Artículo 1: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

¹⁴ 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 y fundamentales de la sociedad...”.

¹⁵ Aprobado por Ley N.º 27337, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 07.08.2000.

Ello es así porque es en la familia donde el ser humano logra su pleno desarrollo, donde desde sus primeros años de vida debe ser cuidado, protegido y amado, y donde se le posibilita de todas las estrategias necesarias para su socialización con el entorno; de ahí que, en diferentes momentos históricos se ha considerado a la familia como la célula básica de la sociedad y el Estado, circunstancia que ha sido recogida por los textos constitucionales como el nuestro. No obstante, también consideramos muy necesario que exista un reconocimiento expreso de este derecho, dentro del texto constitucional, a fin de que su efectividad sea más inmediata

La mirada a este derecho humano y fundamental que posee la niñez en su conjunto ha ido cambiando en el transcurso de la historia, pues no siempre se ha dado importancia a las afectividades en el seno de las familias.

Ahora, las relaciones socioafectivas entre los miembros de un hogar, constituyen pieza importante para su funcionamiento y para señalar que el derecho a vivir y desarrollarse en familia se ve reflejado en una circunstancia fáctica o real, y en este cambio de pensamiento influyó mucho el fin de la Segunda Guerra Mundial, ya que después de ésta muchos niños quedaron en la completa orfandad, siendo necesario la búsqueda de familias que pretendan acogerlos, pero no únicamente para darles sustento cubriendo sus necesidades básicas, sino sobre todo brindándoles afecto, amor, protección. Respecto al tema, Varsi (2010) ha señalado:

La socioafectividad es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y

reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socio-afectivo se toma hoy, a lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana. (p. 59)

Entonces, para el adecuado desarrollo de la niñez, el mantenimiento de una relación estable entre un niño o niña, con un adulto, especialmente en los primeros años de vida, es de gran importancia al nivel de las necesidades de subsistencia (Shaver y Cassidy, 1999, citado por Gómez y Verástegui 2009).

2.4.1. Consideraciones procesales del D.Leg. 1297 – Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos

Antes de ingresar a analizar los aspectos procesales del D.Leg. 1297, resulta importante hacer presente los antecedentes del tratamiento jurídico – procesal de la niñez en desprotección en el Perú.

En este sentido, el CNA publicado el 07 de agosto del año 2000, a través de los Capítulos IX y X, del Título II, reguló el tratamiento procesal de las situaciones de desprotección familiar de la niñez, denominado por entonces “estado de abandono”.

Posteriormente, la ley N.º 28330, del 14.08.2004, modificó los artículos, 29, 243, 244, 245, 246, 247, 249 y 251 (la mayoría de ellos contenidos en los capítulos IX y X del Título II), del CNA, la misma que señalaba que el ente competente para llevar a cabo las investigaciones tutelares era el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables – MIMP, siendo que a través de su quinta disposición transitoria y final estableció que el entonces Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social – MIMDES, asumiría competencia en materia de investigación tutelar de manera progresiva a partir de los noventa (90) días hábiles de la entrada en vigencia del reglamento de esta Ley.

En ese sentido se determinó que el Poder Judicial continuaría asumiendo la competencia de las investigaciones tutelares, respecto de los procesos que no sean transferidos, de acuerdo con lo que establezca el reglamento de la citada Ley.

Con fecha 12.11.2005, se aprueba el D.S. 011-2005-MIMDES - “Reglamento de los capítulos IX y X, del Título II, del Libro Cuarto, del CNA, modificado por Ley N° 28330”; entendiéndose entonces, que 90 días después de su emisión, esto es a partir del mes de febrero del año 2006, el MIMP debió asumir la competencia en las investigaciones tutelares de modo progresivo.

Sin embargo, esto no fue así, por lo que fue el Poder Judicial quien continuó a cargo de estas investigaciones, siendo autorizado en forma directa a través de la Resolución Administrativa N° 344-2011-SP-PJ, del 27.11.2011, por el cual el Poder Judicial ratificó su competencia en este tipo de investigaciones, hasta que el MIMP asuma la competencia a nivel nacional.

Posteriormente, con fecha 21.07.2016, mediante el D.S. 005-2016-MIMP se aprueba el Reglamento del Servicio de Investigación Tutelar, el que a través de su Disposición Complementaria Derogatoria, derogó el D.S. 011-2005-MIMDES; siendo que con su Disposición Complementaria Transitoria, señaló que esta norma sería de aplicación inmediata para los nuevos procedimientos que se inicien a partir de la fecha de publicación del mismo; en tanto los procedimientos que se encontraban en trámite deberían ser adecuados al nuevo procedimiento.

Entonces, a través del D.S. 005-2016-MIMP, se estableció una nueva forma de realizar un procedimiento de Investigación Tutelar, por aquel entonces, el cual tenía un carácter mixto (administrativo y Judicial) a través del cual se realizaban las diligencias necesarias que permitían establecer que un niño, niña o adolescente, se encontraba en situación de abandono.

En los lugares donde no existía la llamada Unidad de Investigación Tutelar – UIT, como ya se mencionó, estas investigaciones eran vistas por los Juzgados de Familia o Mixtos, siguiendo el mismo procedimiento definido por el D.S. 005-2016-MIMP.

Bajo este razonamiento, ya sea la UIT o el Poder Judicial, según el caso, una vez que tomaba conocimiento de la problemática familiar, tenía que evaluar la situación presentada para identificar si la niña, niño o adolescente se encontraba en alguna de las causales de abandono previstas en el artículo 248 del CNA, en cuyo caso iniciaba Investigación tutelar.

Este procedimiento tutelar tenía tres etapas, a) La de evaluación, b) La de desarrollo y c) La de conclusión. En la primera de ellas se “evaluaba” si debía seguirse o no un procedimiento de investigación tutelar, y si del análisis del caso resultaba que ello no era necesario, se iniciaba la actuación preventiva por situación de riesgo, la que comprendía el soporte a la niña, niño o adolescente, así como a su familia.

Si se determinaba que la situación sí era una de “abandono”, en la etapa de desarrollo de la investigación tutelar, de acuerdo al decreto supremo citado, se contemplaba la elaboración del plan de trabajo individual a cargo de la Unidad de Investigación Tutelar – UIT, o ante la inexistencia de ésta, a cargo del Poder Judicial (debiendo ser

consensuado con el centro de atención residencial – CAR, en el que se encontraban internados los niños); y el conjunto de diligencias que permitieran esclarecer la situación del presunto estado de abandono de una niña, niño o adolescente. Asimismo, en esta etapa se realizaba el seguimiento al plan de trabajo individual orientado a la reintegración familiar.

El plan de trabajo individual debía ser ejecutado por el plazo de 7 meses calendarios, pudiendo ser extendidos a 2 meses más para casos complejos.

Por su parte, en la etapa de conclusión, se establecía que la investigación tutelar por abandono concluía cuando: a) Se producía la reintegración familiar, b) Se habría restituido el derecho a vivir en familia, c) El tutelado haya alcanzado la mayoría de edad, d) Si se producía el fallecimiento de la niña, niño o adolescente, y e) Se presentaba causa sobreviniente, no atribuible a la Unidad de Investigación Tutelar – UIT o al Juzgado de Familia o Mixto, que imposibilite continuar con el procedimiento. Y, de acuerdo con el artículo 17.3 del D.S. 005-2016-MIMP, el impulso tutelar concluía con el pronunciamiento judicial consentido sobre la declaración del estado de abandono de la niña, niño o adolescente.

De conformidad con el artículo 89 del D.S.005-2016-MIMP, una vez que se concluía con las diligencias del procedimiento de

investigación tutelar y recibidos los informes respectivos, el Equipo Interdisciplinario de Desarrollo a cargo del procedimiento de investigación tutelar emitía el informe final, en un plazo que no debía exceder de tres (03) días hábiles.

El informe final contenía un breve resumen de los hechos, la evaluación de las diligencias y acciones establecidas en el Plan de Trabajo Individual, determinando las causas por las que no era posible la reintegración familiar de la niña, niño o adolescente en presunto estado de abandono, las conclusiones y recomendaciones por las que se estimaba que procede declarar el estado de abandono de una niña, niño o adolescente.

El informe aludido anteriormente, luego de ser evaluado por la UIT era trasladado al Juzgado (salvo éste mismo haya llevado a cabo la investigación por abandono) quien, en caso de no identificar observaciones por hacer, lo trasladaba juntamente con todo el expediente al Ministerio Público para la emisión del dictamen. Luego del dictamen fiscal se emitía sentencia declarando el estado de abandono del niño, niña o adolescente.

Poco tiempo después se publica el D.Leg. 1297 - Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, el 30.12.2016; sin embargo, por su primera disposición complementaria final se precisó que esta

norma entraría en vigencia a partir de su Reglamento, el mismo que entró en vigencia al día siguiente de su publicación, esto es recién el 11.02.2018; a partir del cual los Capítulos IX y X del Título II del Libro IV del CNA, quedaron derogados.

De acuerdo con la tercera disposición complementaria transitoria del citado Reglamento, se determinó que los procedimientos por abandono en trámite a cargo de los juzgados de familia o mixtos a la vigencia del Reglamento continúan regulándose por lo dispuesto en el CNA hasta su conclusión, a excepción del acogimiento familiar que se determinó se regularía por el D. Leg. 1297 y su Reglamento. En tanto, los nuevos procedimientos por desprotección familiar en los juzgados de familia o mixto se tramitarían de acuerdo con el Decreto Legislativo antes referido y su Reglamento.

A través de este decreto legislativo, se estableció como ente rector de las investigaciones por desprotección familiar a la Unidad de Protección Especial – UPE. Sin embargo, por la primera disposición complementaria transitoria, del Reglamento del D.Leg. 1297, se estableció lo siguiente:

El MIMP asume, de manera progresiva, la competencia de los procedimientos por desprotección familiar a nivel nacional, de acuerdo con las disposiciones normativas que dicte. En tanto el MIMP no asuma la competencia de los procedimientos por desprotección familiar a nivel nacional a través de las UPE, los juzgados de familia o mixtos asumen esta competencia, siguiendo las normas que establece el presente reglamento y de conformidad a

lo establecido en la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo, respecto de los nuevos procedimientos que inicien con la vigencia de este reglamento.

Así, por ejemplo, en la provincia de Cajamarca la Unidad de Protección Especial – UPE, fue creada con la Resolución Ministerial N.º 086-2018-MIMP, del 28.03.2018, donde expresamente se estableció en el artículo 1 que:

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables – MIMP, a través de la Unidad de Protección Especial de Cajamarca, a partir del 1 de abril de 2018, será competente en los nuevos procedimientos que se inicien por desprotección familiar y que correspondan a los distritos de: Asunción, Cajamarca, Chetilla, Cospán, La Encañada, Jesús, Llacanora, Los Baños del Inca, Magdalena, Matara, Namora y San Juan de la provincia de Cajamarca.

Es decir, la UPE Cajamarca, sólo es competente para atender los casos de desprotección en la provincia de Cajamarca, más no en el resto de la región.

A nivel nacional, a la fecha de la conclusión de la tesis doctoral, existen 25 Unidades de Protección Especial, de las cuales 4 de ellas funcionan en la capital del país (UPE Lima, UPE Lima Este, UPE Lima Norte Callao y UPE Lima Sur), en tanto 21 en cada capital de las regiones de Ancash, la Libertad, Lambayeque, Piura, Tumbes, Cajamarca, Amazonas, Loreto, Huánuco, Ucayali, Junín, Huancavelica, Madre de Dios, Cusco, Puno, Tacna, Moquegua,

Apurímac, Ica, Ayacucho y Arequipa; por lo que sólo están pendientes de creación, las UPE de Pasco y San Martín.

Sin embargo, todas las creadas sólo ejercen competencia en la provincia capital de departamento (como el caso de Cajamarca), lo que significa que, en la mayoría de las provincias a nivel nacional, aún se tiene al Poder Judicial a cargo de las investigaciones por desprotección familiar.

Situación que genera inconvenientes o problemas que forman parte del estudio de tesis en la presente, pues ello sigue generando sobrecarga en el sistema de justicia y la no atención adecuada de los casos, por cuanto existen dos formas de llevar a cabo un mismo procedimiento, con naturaleza jurídica distinta uno del otro (administrativa y judicial). Considérese que para este razonamiento se debe tomar en cuenta, además, que el Poder Judicial aún tiene tramitando procesos con la anterior normatividad (procesos por abandono).

Entonces, con la entrada en vigor del D.Leg. 1297 y su Reglamento se tienen a dos tipos de procedimientos, el procedimiento por riesgo de desprotección familiar y el procedimiento por desprotección familiar, los que poseen características y etapas propias, que pasaré a desarrollar a continuación:

A. Procedimiento por riesgo de desprotección familiar

Nótese la trascendencia del término riesgo¹⁶ en este tipo de procedimiento, pues al identificarse una situación de esta naturaleza nos viene a la mente la idea de prevención para evitar una consecuencia negativa, en este caso, la desprotección familiar.

Con la anterior normatividad, es decir, con la dada a través del D.S. 005-2016-MIMP que aprobó el Reglamento del Servicio de Investigación Tutelar, el procedimiento por “situación de riesgo de abandono” no se encontraba bien diseñado o desarrollado, pues las etapas quedaban confusas con el procedimiento por abandono y el tipo de plan de trabajo individual a aplicar en cada caso.

El actual procedimiento por riesgo de desprotección familiar es aquel en el que las políticas del Estado relativas a la niñez deben sumar su máximo esfuerzo preventivo y es que, de acuerdo con el D.Leg 1297, las causales que en él se establecen para constituir condiciones de riesgo de desprotección familiar, son menos gravosas a las presentes en un caso de desprotección que no generan jamás la separación de los NNA de sus familias

¹⁶ La Real Academia Española define a la palabra “riesgo” como aquella contingencia o proximidad de un daño.

de origen¹⁷, pero además, permiten el trabajo con las familias en las que se haya identificado un factor de peligro para la estabilidad y desarrollo de sus integrantes, principalmente de los NNA.

De conformidad con el D.Leg. 1297 y su Reglamento, los procedimientos por riesgo de desprotección familiar deben estar a cargo de las llamadas Defensorías Municipales de los Niños y Adolescentes – DEMUNA, pertenecientes a los gobiernos locales (municipalidades distritales y provinciales).

Sin embargo, para que puedan ser competentes se requiere que las mismas se encuentren acreditadas ante el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables – MIMP, de lo contrario, será el mismo MIMP, a través de alguna de sus oficinas descentralizadas (la norma no especifica cuál), aunque si existe una UPE, para los casos de capitales de región, pero sólo en los distritos de la provincia de su jurisdicción, será la encargada, de acuerdo a norma, quien además de los procedimientos por desprotección, deberán encargarse de los procedimientos por riesgo; surgiendo la interrogante de quién se encargará de los casos por riesgo, en las provincias donde no exista una UPE. En

¹⁷ Artículo 3 del D.Leg. 1297: “Es la situación en la que se encuentra una niña, niño o adolescente donde el ejercicio de sus derechos es amenazado o afectado, ya sea por circunstancias personales, familiares o sociales, que perjudican su desarrollo integral sin revestir gravedad, y no son o no pueden ser atendidos por su familia. Esta situación requiere la actuación estatal adoptando las medidas necesarias para prevenir la desprotección familiar, sin que en ningún caso justifique la separación de la niña, niño o adolescente de su familia de origen”.

este sentido, en base a interpretación, podría decirse que también será el Poder Judicial, al habersele encargado a éste, la competencia para los casos de desprotección, en defecto de la insistencia de UPE.

Frente a un caso que se ponga en conocimiento de la UPE, PJ o DEMUNA, respectivamente, se procede a evaluar la situación socio familiar del NNA con la información que se disponga, para determinar si se encuentra en una presunta situación de riesgo o de desprotección. Si se encuentran factores determinantes, se inicia el procedimiento que corresponda para lo cual deberá emitirse resolución motivada en el plazo de un (1) día hábil de conocido el hecho.

Si no se cuenta con información suficiente para determinar la situación de riesgo o de desprotección, se realizan diligencias preliminares que posibiliten conseguirla, las que se llevan a cabo dentro del día hábil de conocido el hecho.

Luego de emitida la resolución de apertura del procedimiento por riesgo de desprotección familiar se da inicio a la primera etapa denominada “etapa de evaluación” que está a cargo del equipo interdisciplinario quienes identifican y evalúan los factores de riesgo y de desprotección del NNA y su entorno, debiendo emitir informe dentro del plazo máximo de cinco (5) días hábiles.

Dentro del día hábil siguiente a la emisión del informe, la autoridad competente mediante resolución declara la situación de riesgo provisional o su inexistencia. Si hace lo primero ordena la elaboración del plan de trabajo individual, pero si hace lo segundo, archiva el caso. Si identifica factores de desprotección, deriva el caso a la UPE de la provincia, o si es la UPE o Poder Judicial, los que han llevado a cabo esta etapa, abre procedimiento por desprotección.

En la segunda etapa “de implementación del plan de trabajo individual - PTI”, el equipo interdisciplinario diseña el plan de trabajo individual en el plazo de diez (10) días, el cual está orientado a modificar o neutralizar la situación de riesgo; el mismo que luego deberá ser aprobado mediante resolución en el día hábil siguiente a su presentación, juntamente con las acciones de protección a aplicar, así como el plazo de ejecución de estas.

Cabe mencionar que el plazo del PTI está condicionado al plazo de las medidas de protección dictadas que de acuerdo al artículo 41 del D.Leg. 1297 será de 12 meses o excepcionalmente hasta cumplir con los objetivos del plan.

El procedimiento por riesgo culmina cuando se han logrado los objetivos del PTI, cuando las amenazas o afectación de

derechos han aumentado convirtiéndose en una situación de desprotección, o por cumplimiento de la mayoría de edad del sujeto de protección.

B. Procedimiento por desprotección familiar

Este procedimiento, de conformidad con el D.Leg. 1297 y su Reglamento, sólo está pensado cuando la circunstancia por la que atraviesa el niño, niña o adolescente, es de naturaleza gravosa, mayor a las que podrían identificarse en las situaciones de riesgo.

En los procedimientos por desprotección familiar, la competencia para su trámite, como ya se mencionó, está a cargo de las Unidades de Protección Especial – UPE y, en aquellos lugares en los que aún no está implementada, la competencia recae en el Poder Judicial, a través de los Juzgados de Familia o Mixtos.

A diferencia de los procedimientos por riesgo, en los de desprotección sí cabe la posibilidad de que el niño, niña o adolescente sea separado de su familia de origen por las graves circunstancias que podrían afectar su integral desarrollo.

Entonces, en la primera etapa de evaluación que comienza con la resolución de inicio del procedimiento, se realizan actuaciones y diligencias dirigidas a conocer la situación socio – familiar del NNA, a fin de evaluar los factores de riesgo y de desprotección, debiendo emitir informe dentro del plazo de cinco (5) días hábiles.

Luego de este plazo, se debe poner el expediente a disposición de las partes por el plazo de otros cinco (5) días a fin de que formulen sus alegatos. Asimismo, en esta etapa se toma en cuenta la opinión del NNA en diligencia especial; y si de todas las actuaciones hasta el momento realizadas se identifica la situación de desprotección, se declara la desprotección provisional en resolución motivada, la cual es inimpugnabile en la vía administrativa.

En la resolución que declara la desprotección provisional se debe disponer, también, la aplicación de la medida de acogimiento familiar o residencial; asimismo, se ordena la elaboración del PTI orientado al retorno del NNA a su familia o a la búsqueda de una solución permanente en caso de inexistencia de ésta.

Cuando de la etapa de evaluación se identifique una situación de riesgo y no de desprotección, se da inicio al procedimiento

correspondiente, pero si no se identifica ni riesgo, ni desprotección, se archiva el expediente.

Con la resolución que declara la desprotección provisional se produce la asunción automática de la tutela estatal a través de la autoridad que lleva a cabo el procedimiento y también se produce automáticamente la suspensión de la patria potestad.

Esta resolución es enviada al Poder Judicial (Juzgado de Familia o Mixto) dentro del día hábil siguiente de emitida, para que emita pronunciamiento ratificando o no la declaración de desprotección provisional. El Juzgado a cargo cita a la vista de la causa donde el Ministerio Público, a través de los Fiscales de Familia, emiten informe oral; que se realiza dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de recibida la solicitud, para luego emitir pronunciamiento dentro de otros cinco (5) días hábiles más.

El PJ puede decidir mediante resolución, aprobar la declaración de desprotección provisional y la medida de protección dictada o variar ésta; o puede desaprobado la declaración de desprotección provisional y ordenar el archivamiento del caso, o dependiendo de lo evaluado, puede además de archivar, ordenar abrir procedimiento por riesgo de desprotección. Esta resolución judicial es apelable por las partes dentro del tercer día

de notificados, resolviendo el superior jerárquico dentro de cinco días hábiles de elevado el expediente.

Si el PJ aprueba la declaración provisional de desprotección, se da inicio a la segunda etapa de implementación del plan de trabajo individual – PTI y seguimiento a las medidas de protección. Estas últimas tienen un plazo máximo de 18 meses calendarios prorrogables a 6 meses más.

Cabe mencionar que al igual que en el procedimiento por riesgo, en el procedimiento por desprotección, el PTI es elaborado con la participación del NNA y su familia; y debe orientarse al retorno del NNA a su familia, debiendo ser aprobado por resolución, la misma que se pone en conocimiento de las partes, familia acogedora, director del Centro de Atención Residencial – CAR (hogar de niños) y al Juzgado.

Finalmente, en la tercera y última etapa, denominada “etapa de conclusión” y si luego de aplicado del PTI no existe posibilidad del retorno del NNA a su familia, entonces es cuando se promueve la declaración judicial de desprotección familiar. Para lo cual se traslada al Juzgado el informe técnico en el plazo de dos (2) días hábiles.

Una vez que el Juzgado recibe el expediente de investigación de desprotección familiar, con el informe técnico en el que se recomienda impulsar la declaración de desprotección definitiva, lo debe derivar al Ministerio Público para la emisión del dictamen fiscal, quien debe emitirlo dentro del tercer día hábil.

Devuelto el expediente al Juzgado, éste lo evalúa y si existen observaciones devuelve el expediente a la entidad administrativa a cargo de la investigación para su subsanación, teniendo ésta el plazo de 30 días hábiles para levantarlas. Sin embargo, si el Juzgado no tiene observaciones por hacer, o levantadas éstas, se pone el expediente a disposición de las partes por 3 días hábiles.

Vencido el plazo, el Juzgado fija fecha para la audiencia dentro de los 5 días hábiles, tiempo en que las partes deben formular sus alegatos. Luego de realizada la audiencia y en el plazo de 3 días hábiles, el Juzgado debe recibir la opinión del NNA en audiencia especial de carácter reservado.

Posteriormente a esta diligencia, el Juzgado emite resolución en el plazo de 5 días hábiles, la que puede ser apelada en igual plazo, resolviendo el superior jerárquico previo dictamen del Ministerio Público, quien lo emite, también en el plazo de 5 días. Devuelto el expediente, el superior jerárquico fija fecha para vista

de la causa dentro del plazo de 10 días hábiles, para luego resolver dentro de los 3 días siguientes a esta diligencia.

La resolución judicial puede declarar la desprotección familiar del NNA, la pérdida de la patria potestad o extinción de la tutela aprueba o modifica las medidas de protección o declara la adoptabilidad.

Al establecer la desprotección, el Juzgado dicta la medida de protección más idónea para el NNA (acogimiento familiar, acogimiento residencial o adopción), la cual tiene el carácter de permanente pero no definitiva por lo que pueden ser modificadas, salvo la adopción; y ordena la adecuación del PTI para garantizar el desarrollo integral y autonomía personal.

Además, el Juzgado puede también declarar la inexistencia de desprotección familiar, ordenando el retorno del NNA a su familia de origen, y de ser el caso, también en esta etapa puede ordenar el inicio del procedimiento por riesgo.

El D.Leg. 1297 ha establecido que, de manera excepcional, el Juzgado al declarar la desprotección familiar puede además declarar la adopción a favor de la familia acogedora, siempre que cuente con recomendación de la autoridad que llevó a cabo la investigación por desprotección (UPE o PJ, de ser el caso).

El D.Leg. 1297 y su Reglamento, han diseñado también un procedimiento por desprotección familiar en situaciones de urgencia, el cual se inicia frente a un caso de inminente y grave afectación de derechos del NNA, para lo cual emite de inmediato la resolución que declara la desprotección familiar provisional dictando la medida de protección más idónea, derivando el caso al Juzgado para pronunciamiento, en tanto se continúa con la etapa de evaluación.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

3.1.1. Entrevista aplicada al director de la Unidad de Protección Especial – UPE de Cajamarca

A. Conformación y cantidad de los Equipos Interdisciplinarios Especializados de la UPE Cajamarca

Conformados por 3 profesionales en las especialidades de Derecho, Psicología y Trabajo Social; la UPE de Cajamarca cuenta, en total con 4 equipos interdisciplinarios especializados.

B. Suficiencia de los Equipos Interdisciplinarios Especializados de la UPE Cajamarca

La complejidad del servicio que brindan las UPE, la falta de servicios y programas implementados por los diferentes niveles de gobierno, hace que el número de profesionales resulte insuficiente, para atender la alta demanda de casos; pues a la fecha, aún siguen viendo los casos por riesgos de desprotección en aquellos distritos en los cuales el gobierno local no tiene una DEMUNA acreditada (Jesús y Matara); a lo que se suma su real

competencia para procesar los casos por desprotección familiar. De este modo, posee 417 casos por desprotección activos y 584 casos por riesgo de desprotección, haciendo un total de 1001 casos, en los cuales tienen que trabajar el plan de trabajo individual (PTI) y darle seguimiento.

C. Funciones diferenciadas y autónomas o integradas y complementarias entre sí de los profesionales de la UPE

La evaluación de la situación socio familiar de cada NNA, requiere que cada profesional realice una evaluación dentro de su disciplina o especialidad.

La evaluación socio familiar de la NNA y su familia de origen o entorno familiar, es integrada.

D. Protocolo de actuación del equipo multidisciplinario ante la presentación de un caso por desprotección familiar

Está establecido en el Decreto Legislativo N° 1297, su reglamento y normas modificatorias, las cuales han sido complementadas por diversas directivas expedidas por el MIMP, en donde se precisan algunas actuaciones específicas de la atención.

E. Porcentaje de éxito en el cumplimiento de metas establecidas para la UPE Cajamarca

El éxito en el cumplimiento de metas es un aspecto que se controla a través de un Plan Operativo Institucional, que es materia de seguimiento de manera mensual y anual por parte de la Dirección de Protección Especial.

F. Porcentaje de casos en los que se ha privilegiado el acogimiento familiar por terceros frente al internamiento en un centro de acogida residencial, en un caso de desprotección familiar

Respecto a porcentajes, esto sería el resultado de comparar número de acogimientos residenciales respecto de acogimientos familiares, lo cual, requeriría también depurar los acogimientos residenciales dispuestos provisionalmente en tanto se realizaban los acogimientos familiares regulares, datos que no registra nuestra data.

G. Posibilidad de descentralizar el banco de familias acogedoras y de la unidad de adopciones en todas las regiones del país

No considera gravitante la descentralización del banco de familias.

Con relación a las Unidades de Adopción, considero que sí deberían implementarse, por lo menos, una oficina en cada región.

H. Suficiencia y eficiencia de las normas y las disposiciones administrativas reguladas en torno a la desprotección familiar

La norma que regula el procedimiento por Desprotección Familiar sí es eficiente y suficiente.

El inconveniente, como suele suceder, es la implementación de la norma y servicio. Las UPE's pueden tener procedimientos y profesionales adecuados e idóneos, pero si no se implementan los programas y servicios en apoyo de la labor que desarrollan las UPE's, estas no van a ser efectivas, los objetivos no podrán cumplirse.

I. Competencias paralelas existentes, para el tratamiento de casos de desprotección familiar, de la UPE y del Poder Judicial (en aquellos lugares donde no existe UPE)

No considero que el problema radique en las "competencias paralelas" que estas dos instituciones vienen asumiendo actualmente ante esa no implementación, sino que el problema

radica en la poca capacitación de los magistrados para desarrollar este tipo de procesos.

J. Rol de los fiscales de familia en los procedimientos por desprotección familiar

El D.Leg. N.º 1297 y su reglamento, sí posibilita que los fiscales de familia desempeñen un rol activo en la protección de los derechos de las NNA en desprotección familiar, así como de su derecho a vivir y desarrollarse en familia.

K. Necesidad de que los Fiscales de Familia estén posibilitados expresamente, por la norma de la materia, para dictar medidas de protección

En tanto no se diversifique adecuadamente el servicio de las UPE´s a nivel nacional, el D.Leg. N.º 1297, debería establecer de manera expresa, que las fiscalías de familia y mixtos puedan dictar medidas de protección frente a situaciones de desprotección familiar de NNA.

L. Sugerencias de cambio, modificación o adecuación normativa y procedimental

Existe poco compromiso de las autoridades en todos sus niveles, por involucrarse y asumir las obligaciones de implementar servicios que permitan aplicar las medidas de protección.

Específicamente en las UPE, DEMUNA o juzgados, no se encuentran servicios para hacer efectivas las medidas de protección dispuestas, lo que dificulta el cumplimiento de los objetivos normativamente establecidos.

3.1.2. Entrevista aplicada a juez de familia

A. Conformación y cantidad de los Equipos Interdisciplinarios Especializados del Poder Judicial de Cajamarca

En la sede del Distrito Judicial de Cajamarca el equipo interdisciplinario está integrado por Psicólogos, Asistentes Sociales y Médico. Respecto a la provincia de Chota se cuenta sólo con dos especialidades en Psicología y Asistente Social.

B. Suficiencia de los Equipos Interdisciplinarios Especializados de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Las especialidades son correctas, aun faltaría el educador para que el equipo se encuentre completo.

El número de profesionales es deficiente, ya que el equipo interdisciplinario atiende los requerimientos no solo de los Juzgados de Familia de la provincia de Cajamarca, sino también a todas las provincias que comprende el distrito judicial y, en los

lugares donde no hay UPE, atienden también las otras materias como Penal, Civil, en las diferentes áreas.

C. Los profesionales que integran el equipo interdisciplinario, ¿poseen funciones diferenciadas y autónomas o integradas y complementarias entre sí?

Los profesionales tienen la condición de peritos judiciales y como tal emiten informes en cada una de las áreas de su competencia. Lo que significa que sus funciones son diferenciadas y autónomas; sin embargo, si el Juzgado requiere un informe conjunto (de todas las áreas) los profesionales realizan un informe integral.

D. Protocolo de actuación del equipo multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca ante la presentación de un caso por desprotección familiar

No cuentan justificándose en la existencia de UPE; sin embargo, la competencia de las UPE no abarca otras provincias dentro del distrito judicial.

E. Porcentaje de éxito en el cumplimiento de metas establecidas para el Distrito Judicial de Cajamarca

El Poder Judicial no tiene establecidas metas sobre el punto propuesto, el Consejo Ejecutivo tan solo ha emitido disposiciones generales sobre producción (en general).

F. Porcentaje de casos en los que se ha privilegiado el acogimiento familiar por terceros frente al internamiento en un centro de acogida residencial

A criterio de las entrevistadas, el 90% de los casos ha privilegiado la tutela familiar ejercida por terceros (entiéndase a personas distintas a la familia nuclear) frente al internamiento en un centro de acogida residencial, ésta se ha dispuesto solo en aquellos casos que no se encontró algún familiar que cumpla con los presupuestos para considerarlo apto a acoger al N.N. o A.

G. Suficiencia y eficiencia de las normas y las disposiciones administrativas reguladas en torno a la desprotección familiar

Son suficientes y eficientes; sin embargo, lo que no es suficiente el número de profesionales a cargo, en el caso del Poder Judicial, el número de profesionales que integran el equipo interdisciplinario es muy reducido y por ende o se abastecen a la cantidad de usuarios.

H. Competencias paralelas existentes de la UPE y del Poder Judicial (en aquellos lugares donde no existe UPE)

Genera consecuencias negativas para el tratamiento de la niñez en situación de desprotección, pero por parte del PJ; dado que

los profesionales de la UPE, se encuentran capacitados y sólo están avocados al tratamiento en específico de los casos de desprotección familiar, mientras que los profesionales del equipo interdisciplinario del PJ tienen que emitir informes sobre todas las materias, lo que perjudica a la población en desprotección.

I. Rol de los fiscales de familia, en su rol de ser parte en los procedimientos por desprotección familiar

Considera que no, el Fiscal con la emisión del D.Leg.1297 ha perdido un rol activo en este tema, su participación se ha limitado a tan solo participar de las actuaciones que la UPE considera y a emitir un informe cuando el procedimiento ha culminado con un pronunciamiento provisional.

J. Necesidad de que los Fiscales de Familia estén posibilitados expresamente, por la norma de la materia, para dictar medidas de protección en el caso de NNA en situación de desprotección familiar

Considera que sí, los Fiscales son los primeros en conocer el caso y precisamente por la inmediación no necesitarían de alguna actuación más para que, de considerarlo necesario, dicten medidas de protección.

K. Sugerencias de cambio, modificación o adecuación normativa y procedimental

La legislación sobre este tema será efectiva si se dota de profesionales capacitados y en un número adecuado en todos los ámbitos que puedan atender a esta población vulnerable.

El procedimiento debe ser conocido por la familia nuclear y extensa para verificar cuál de ellos reúne las mejores condiciones para hacerse cargo del niño o adolescente, antes de ser institucionalizado.

Las DEMUNA al depender de la voluntad política de turno, muchas veces, no les dan el interés debido y no se contrata a los profesionales respectivos y de modo oportuno, considero que deben pertenecer a otra institución distinta a las Alcaldías, como por ejemplo al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

3.1.3. Entrevista aplicada a fiscales de familia

Se han aplicado 5 entrevistas a los Fiscales de familia, principalmente respecto de las competencias con las que cuentan para atender o intervenir en la problemática relativa a la desprotección familiar.

A. Diagnóstico realizado respecto del éxito o fracaso que se ha tenido con las modificaciones normativas impuestas por el Decreto Legislativo 1297

Las facultades de la Fiscalías de Familia no han variado, cosa distinta es que la norma específica sea la que ha otorgado potestades a otros entes como las UPE para el caso de desprotección o las DEMUNA acreditadas en materia de riesgo de desprotección.

Para el caso de la desprotección como tal, la UPE (donde funciona) o el Juzgado de familia, o Mixto en su defecto, no proporcionan una atención inmediata o eficaz al caso, pues dichas entidades administrativas se encuentran atestadas de casos, con el consiguiente retraso en su tramitación, ocasionando una mayor vulneración de derechos de los NNA involucrados.

B. Eficacia de la regulación de funciones para que las Fiscalías de Familia puedan interactuar con las UPE

No existe regulación expresa que garantice la intervención, las Fiscalías de Familia se encargan de velar por los derechos de las Niñas, Niños y adolescentes; la atención inmediata e inicial debe de estar a cargo de las Unidades de Protección Especial.

El rol de las Fiscalías de ser parte en los procedimientos por desprotección no es activo; las funciones en la norma especial están limitadas; sin embargo, en la práctica disponen las medidas de protección de urgencia, pues las UPE no hacen turnos.

C. Cumplimiento de la finalidad de tutela del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en la región Cajamarca

La participación de los Fiscales de Familia o Mixtos protege a los NNA; al respecto, si bien la intervención de la Fiscalía de Familia en estos procedimientos no está prohibida, no está regulada expresamente y definida la actuación que debe tener desde el inicio del procedimiento.

Las Fiscalías están supeditadas a que les notifiquen con los procedimientos que inician en las UPE, quienes únicamente remiten las resoluciones que emiten.

D. Los Fiscales de Familia o Mixtas deben estar posibilitados expresamente, por la norma de la materia, para dictar medidas de protección en el caso de NNA en situación de desprotección familiar

En esta cuarta interrogante existen opiniones contrarias, fiscales que consideran que no es necesario que esté regulada

expresamente la facultad de dictar medidas de protección por parte de las Fiscalías de Familia o Mixtas, pues en atención al interés superior del niño, ya pueden disponer “actos de resguardo”, hasta que se dicten las medidas de protección necesarias.

Por su parte, la otra opinión al respecto establece que, para una intervención adecuada y asertiva, sí debería estar establecido en la norma de la materia; debido a que, en la mayor cantidad de casos, se toma conocimiento en primer orden en las Fiscalías de Familia o Mixtas, quienes se ven obligadas a derivarlos a las UPE o, en su caso, al Poder Judicial.

E. Suficiencia de las normas, mecanismos o actuaciones relativas a los niños, niñas y adolescentes en desprotección familiar

No, de algún modo solo ha afianzado las competencias que ya tiene, pero, no son específicas. No se ha actualizado la normatividad para las Fiscalías de Familia, y vienen trabajando con protocolos de actuación, directivas, que datan de hace muchos años, los mismos que se encuentran obsoletos.

F. Razón por la cual, hasta el momento, no todas las municipalidades distritales y provinciales, tengan acreditadas a sus DEMUNA ante el MIMP

El desconocimiento y la indiferencia, respecto a las normas de la materia, incumplimiento de los deberes funcionales de los gobiernos regionales y locales, quienes no agendan en sus planes de gobierno a la infancia y adolescencia; esto, aunado a la falta de decisión política y de presupuesto, la poca importancia a los temas de riesgo de protección, que son socialmente aceptados, la carencia de profesionales aptos para la atención de casos.

G. ¿La falta de acreditación de las DEMUNA por parte del MIMP para llevar a cabo los procedimientos de riesgo de desprotección familiar, repercute directamente en la adecuada atención de los casos de desprotección familiar que atiende la UPE o el Poder Judicial, en aquellos lugares donde no existe una UPE?

Sí, puesto que el procedimiento no se realiza conforme lo establece la norma de la materia, ocasionando sobre carga en las UPE, como en el Poder Judicial, con casos de riesgo de desprotección familiar que son más y deberían ser conocidos por las DEMUNA.

H. Cumplimiento de la finalidad de tutela del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes, con tal condición en la región Cajamarca

No, a pesar de la norma, estos casos tutelares, aún llevan mucho tiempo en los juzgados (en el área de mi jurisdicción, no se cuenta con UPE) el principio de celeridad, interés superior, falta de un equipo interdisciplinaria, exclusivo para el juzgado, dificultan una decisión oportuna y pertinente.

En la práctica se observa que tres equipos multidisciplinarios implementados en la Unidad de Protección Especial de Cajamarca, no cumplen con atender adecuada y oportunamente a los mismos, y, así se inicie de forma urgente la atención de caso por caso y, principalmente, de forma individualizada, para luego poder determinar de forma concreta y efectiva los factores de riesgo y las medidas de protección a dictarse en su momento en favor de dichos niños y adolescentes que se encuentren en esta condición.

I. Centralización del banco de familias acogedoras, así como el procedimiento para la selección de familias acogedoras, para que tengan la condición de “elegibles” a fin de hacer efectiva la medida de protección de acogimiento familiar en terceros

La centralización en nada ayuda a efectivizar el trabajo que se pretenda hacer respecto de un caso de situación de desprotección familiar, cuando lo correcto debería de hacerse en el lugar donde reside el niño, porque como se recordará uno de los principios básicos regulado tanto en el Código de los Niños y Adolescentes y la Convención Sobre los Derechos de los Niños, es que todo niño y/o adolescente es a vivir en familia y no ser desprendido de la misma.

J. Idoneidad de las normas, mecanismos o actuaciones relativas a los niños, niñas y adolescentes en desprotección familiar

La normatividad vigente ha avanzado al respecto, sin embargo, su efectividad considero que es deficiente; necesitamos atención exclusiva y oportuna de entes especializados en casos de desprotección

K. Competencias paralelas existentes, para el tratamiento de casos de desprotección familiar, de la UPE y del Poder Judicial (en aquellos lugares donde no existe UPE)

Desde luego que sí, pero ello es básicamente porque el Gobierno se encarga de emitir las normas, pero nunca o casi nunca se piensa en el presupuesto o en la logística para la ejecución de

estas. Cuando no existe UPE, el Poder Judicial únicamente atiende los casos que son denunciados por las Fiscalías de Familia, quienes muchas veces no toman conocimiento de los casos de desprotección familiar, además, que ante la incidencia de éstos es necesario que existan entidades especializadas en ello, pues dada la carga procesal que tienen los Juzgados de Familia ocasiona que los procesos por desprotección sean rezagados y no se resuelvan con la celeridad que deben tramitarse, con la consecuente afectación de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

L. Sugerencias de cambio, modificación o adecuación normativa y procedimental podrían ser planteadas desde su experiencia

Las ideas vertidas son las siguientes:

- 1) Políticas Públicas que prioricen la salud mental, la salud sexual y reproductiva, y la educación en valores.
- 2) Respecto a la norma en sí, debería modificarse las competencias paralelas que se ha otorgado y sólo otorgarse las mismas a la UPE – claro está debidamente implementadas en logística y personal idóneo –.
- 3) Atención interdisciplinaria a las familias que presentan un riesgo, captados desde las áreas de salud, escuela.

- 4) La intervención del equipo multidisciplinario /interdisciplinaria sea de manera pronta, para tomar decisiones oportunas y eficaces.
- 5) La acreditación urgente de las DEMUNAS en todos los gobiernos locales.
- 6) Otorgar el presupuesto necesario para que las DEMUNAS o las Unidades de Protección Especial cuenten con la cantidad de equipos multidisciplinario acorde con la población que deba atenderse.
- 7) Otorgar la potestad para que las Fiscalías de Familia, emitan medidas de protección con calidad de urgentes cuando la situación lo amerite de un caso en concreto.
- 8) Considerar a la niñez y adolescencia como algo prioritario al ser un sector de la población vulnerable, como la propia Constitución Política del estado lo reconoce, y de acuerdo con ello sea atendido como un tema de urgencia.
- 9) La descentralización de los bancos de familias acogedoras.
- 10) Que las UPE estén presentes a nivel nacional y realicen turnos, lo cual debe estar normado.

3.1.4. Entrevista aplicada a las directoras o responsables de los Centros de Acogida Residencial

A. Teniendo en cuenta el cambio de la normativa en lo que respecta a la desprotección familiar que privilegia a la acogida familiar sobre la residencial, ¿Considera que las

disposiciones del D.Leg. 1297 han tenido éxito en la reducción de población beneficiaria de este centro de acogida residencial?

No, en uno de los CAR durante los años 2020, 2021, 2022, 2023 y lo que va del presente año, viene mostrando que los casos de acogimiento residencial han ido en aumento. Según señala una de las entrevistadas, debido a que no se da un adecuado cumplimiento a la normatividad y con efectividad de las autoridades competentes.

B. Dentro de su experiencia, ¿la labor desplegada por la UPE Cajamarca, ha privilegiado el derecho a vivir y desarrollarse en familia priorizando el acogimiento familiar, por encima del acogimiento residencial?

Sí, desde la experiencia de los responsables se ha verificado que el equipo técnico de la UPE, realiza las evaluaciones e intervención necesaria a fin de que las residentes que estuvieron internados por su disposición administrativa se reintegren en su ambiente familiar primario, familia extensa y/o por familia acogedora; cabe señalar que la dificultad en el proceso de reintegración muchas veces se ve afectada por la misma conducta de las residentes.

C. Dentro de su experiencia, ¿la labor desplegada en las provincias y distritos en los que no existe UPE, por el Poder Judicial de Cajamarca, ha privilegiado el derecho a vivir y desarrollarse en familia priorizando el acogimiento familiar por encima del acogimiento residencial?

Solo en algunos casos, en algunas provincias no se trabaja con la familia extensa y se dispone como medida de protección el acogimiento residencial, considero que esto es común en provincias donde los Juzgados no cuentan con equipos multidisciplinarios y/o técnicos.

Es así como, en las provincias y distritos en los que no existe competencia de las UPE, la respuesta es negativa, puesto que de manera frecuente se evidencia que el Poder Judicial no dispone que su equipo técnico realice un plan de intervención que beneficie la reintegración familiar y/o acogimiento, por el contrario, generan la institucionalización de los NNA en los Centros de Atención Residencial.

D. Dentro de su experiencia, ¿existe la posibilidad real en la región Cajamarca de implementar procedimientos de acogimiento familiar por familias extensas o por terceros?

Sí, sin embargo, existe limitado conocimiento en las familias para convertirse en familias acogedoras y en otros casos los trámites

y capacitaciones son largos y engorrosos (demora en el trámite), que dificultan este procedimiento.

E. ¿Qué circunstancias ha podido presenciar que determinan la posibilidad o imposibilidad de implementar procedimientos de acogimiento familiar por familias extensas o por terceros?

Respecto de las circunstancias que determinan la posibilidad, se tiene las siguientes:

- i. Existencia de familias que trabajan en pro de los NNA que se encuentran en situación de desprotección.
- ii. Personas que no tienen vínculo sanguíneo, sin embargo, establecen un adecuado contacto con las residentes favoreciendo su desarrollo y estabilidad emocional.
- iii. Personas que poseen la intención de apoyar a las residentes, sin embargo, desconocen la existencia de un banco de familias acogedoras y los procedimientos a realizar, debiéndose esperar al cumplimiento de la mayoría de edad.

Respecto de las circunstancias que determinan la imposibilidad, se tiene las siguientes:

- iv. En caso de que la familia biológica conoce que el NNA tiene problemas de conducta, mal comportamiento o alguna adicción; se limita a negar la posibilidad de un acogimiento familiar.
- v. Cuando alguno de los progenitores, forman nueva familia, se niegan al acogimiento de sus menores hijos.
- vi. Cuando la familia extensa sabe que alguno de los progenitores tiene conductas agresivas o tienen alguna adicción, evitan el acogimiento familiar, argumentando que en cualquier momento pueden retirarlo del hogar y trasladarlo de lugar.
- vii. La inscripción se realiza vía online y las evaluaciones se realizan de forma presencial, limitando en algunos casos la presencia de la pareja, lo cual limita el procedimiento, pues en algunos casos abandonan la gestión.

F. En el CAR que dirige, respecto a los tutelados, ¿ha podido advertir diferencias en el tratamiento procesal de aquellos NNA que han sido internados por el Poder Judicial, de los que han sido internados por la UPE? Por favor, explique.

Sí. Existen diferencias significativas.

- i. El equipo de la UPE ejecuta un plan de trabajo para el residente, en beneficio de sí mismo y de la reintegración familiar, mientras que el Poder Judicial no lo hace.
- ii. El equipo de la UPE realiza el seguimiento frecuente del residente, tanto de su proceso de reintegración familiar o sobre aspectos relacionados a la conducta de los NNA dentro del CAR. El equipo del poder Judicial no realiza el seguimiento interno del residente.
- iii. El equipo de la UPE, coordina de manera conjunta con el equipo del CAR, en cumplimiento del plan de trabajo de la tutela.
- iv. El equipo de la UPE, identifica e interviene con la familia primaria o extensa, a fin de favorecer la reintegración familiar. Mientras que, por parte del Poder Judicial, no se ha identificado acciones en pro de la reintegración, donde en su mayoría de casos institucionalizan a las residentes hasta la mayoría de edad.
- v. En el caso de los internados a través de UPE, existe mayor coordinación con los equipos técnicos o multidisciplinarios que permite un mejor manejo de casos y con ello el retorno de los NNA al seno familiar dentro de los plazos establecidos. Para el caso de los NNA judicialmente internados, existe mayor demora en todo el proceso de

acogimiento residencial hasta su externamiento, en algunos casos se han institucionalizado; los tutelados ingresan sin PTI, o sin documentos personales, demora en las evaluaciones, especialmente en aquellos que proceden de provincias y otras regiones.

G. ¿Qué sugerencias puede usted aportar a nivel normativo o ejecutivo para optimizar la tutela del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en desprotección de la región Cajamarca?

- i. Se dicte una norma donde se determine funciones y competencias de manera clara y concreta de cada uno de los operadores involucrados (UPE, Fiscalías de familia, DEMUNA, juzgado de familiar-INABIB y UDAVID), donde no se induzca a confusión o similitud de la intervención, ello debido a que la norma es ambigua.
- ii. Se dé celeridad al trámite del proceso de adopciones para NNA declarados en situación en desprotección.
- iii. Se promueva el banco de familias acogedoras para NNA declarados en desprotección.
- iv. Se establezca como delito para aquellos funcionarios públicos involucrados en los procesos de desprotección o

abandono familiar que no cumplan o den celeridad a dichos procesos.

- v. Los Juzgados de Familia o Mixtos que evalúan el tema de Riesgo y desprotección deben ser dotados de equipos multidisciplinarios, a fin de agilizar los procedimientos y evitar la institucionalización de la población albergada y se les devuelva el derecho a vivir en familia.

- vi. Se promuevan campañas de difusión que permita promover que más familias se conviertan en acogedoras, de tal manera de descongestionar, garantizar su derecho a vivir en familia y sobre todo evitar el acogimiento residencial en CAR, a fin de cumplir con la norma que los CAR deban ser hogares temporales, evitando la institucionalización de los NNA.

- vii. Los Jueces y los operadores de justicia, UPE respeten el perfil de los CAR para los internamientos, realicen coordinaciones previas y soliciten las vacantes para los internamientos, a fin de evitar internamientos de infractores a la Ley penal; NNA con problemas psiquiátricos, o discapacidad severa que requieran atención especializada e infraestructura adecuada a estos casos.

- viii. Los operadores y UPE al momento del internamiento, adjunten la documentación requerida (reconocimiento médico legal requerido).

3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La Contrastación de Hipótesis ha sido alcanzada en el caso de la presente tesis, a través de dos vertientes metodológicas, en principio, teniendo en cuenta que se trata de una investigación básica, propositivo-explicativa y cualitativa, la información recabada ha cuidado de no exceder las características de cada una de estas tipologías.

En cuanto a la primera tipología, si bien es cierto se trata de una investigación básica con pretensiones de incrementar el conocimiento científico relativo a la desprotección familiar de los niños, niñas y adolescentes, así como a la tutela de su derecho a vivir en familia; la información recabada ha sido tanto empírica como teórica, dado que ha sido necesario conocer la aplicación del D, Leg. 1297 en la realidad cajamarquina, para contrastarla con la regulación misma, así como con los dogmas reconocidos a nivel doctrinario.

Lo mismo respecto de la segunda tipología, no es posible arribar a una propuesta certera respecto de los cambios y mejoras que requieren los procedimientos por riesgo y por desprotección familiar, si es que primero no se toma nota de la manera en que se está haciendo efectiva la norma y los valores jurídicos que se están dejando de tutelar, para poder finalmente proponer actuaciones relativas a la labor de las Fiscalías de Familia, como de las UPE y DEMUNA dentro de su competencia.

De esta manera, tanto el trabajo teórico como el empírico realizado han recolectado información cualitativa, no cuantitativa, respecto de la eficacia de las actuaciones y procedimientos en tutela del derecho de vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en desprotección familiar; misma que ha servido de insumo para la construcción de la contrastación de hipótesis y, posteriormente, de la propuesta normativa.

Todo ello, ha traído como consecuencia la elaboración de un diagnóstico minucioso en relación a la real optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los NNA en situación de desprotección familiar, analizando las circunstancias fácticas y jurídicas en función de la aplicación de la normatividad sobre la materia, para finalmente, y como ya se mencionó, posibilitar la elaboración de una propuesta normativa; cumpliéndose en su integridad los objetivos diseñados en la elaboración de la tesis.

La hipótesis contrastada ha sido la siguiente:

Las medidas normativas idóneas para asegurar la optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en desprotección familiar en el Perú; son:

- A. Medidas legislativas y reglamentarias suficientes que aseguren la delimitación clara de competencias entre las UPE y el Poder Judicial en materia de desprotección, así como la participación directa de las Fiscalías de Familia en este procedimiento de naturaleza tutelar.

B. Medidas administrativas que favorezcan el derecho de vivir y desarrollarse en familia con la implementación de los Banco de Familias Acogedoras y de la Unidad de Adopciones del MIMP de modo descentralizado en cada región a nivel nacional.

La contrastación de la hipótesis se ha desarrollado en los siguientes términos:

3.2.1. Medidas legislativas y reglamentarias suficientes que aseguren la delimitación clara de competencias entre las UPE y el Poder Judicial en materia de desprotección; así como la participación de las Fiscalías de familia en ambos procedimientos

Si bien es cierto que la finalidad de la tesis ha tenido como primer extremo la necesidad de implementar medidas legislativas y reglamentarias para esclarecer las competencias y facultades de los órganos y organismos que intervienen en la tutela de los niños, niñas y adolescentes en situación de desprotección, es correcto decir que para que esto pase, se establece como una condición necesaria la cimentación constitucional de la optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de este sector de la población.

Las niñas, los niños y los adolescentes poseen el reconocimiento internacional de su derecho a vivir y desarrollarse en familia como un derecho convencional que cuenta con la naturaleza de derecho

humano; sin embargo, no ha sido reconocido taxativamente en el texto constitucional como un derecho fundamental; lo que materialmente hablando no deja en desprotección a este sector de la población, pero sí deja en suspenso la inmediatez con la que debieran abordarse los temas relativos a la mencionada tutela.

Es decir, una manera en la que se podría invocar una protección del derecho a vivir y desarrollarse en familia en la actualidad, desde la perspectiva constitucional, sería con la invocación del *numerus apertus* del artículo 3 del texto constitucional que deja abierta la posibilidad de incluir a título de derecho fundamental cualquier otro que cuente con naturaleza análoga o se funde en la dignidad del hombre, a través de la jurisprudencia del TC, lo que instalaría al derecho como parte de la constitución material.

Otra de las formas en que podría invocarse y ejercerse el derecho a vivir y desarrollarse en familia, sería a través de la habilitación que presta el artículo 55 y la cuarta disposición transitoria y final del texto constitucional, respecto de la admisión en territorio nacional del derecho internacional, especialmente en materia derechos humanos, a efectos de que sean reconocidos como parte de derecho constitucional interno.

Empero, ambas posibilidades de protección del derecho señalado no ofrecen una tutela inmediata, como sí ocurriría si fuese incluido taxativamente en el texto constitucional y, de conformidad con esto, contase con normas de desarrollo constitucional en el rango legal.

En tal sentido, si bien el derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes se desprende de la doctrina de los derechos humanos, debe ser asumido por el derecho constitucional peruano, lo que involucra un reconocimiento expreso en el texto constitucional y a partir de ahí se logre un desarrollo normativo, pues es necesario asegurar su implementación y respeto irrestricto, pero, sobre todo, inmediato.

Con lo dicho, en lo particular respecto a la tutela del derecho a vivir y desarrollarse en familia, de manera tácita y bajo el contexto de la desprotección familiar, a nivel legislativo se ha emitido el Decreto Legislativo 1297, así como su reglamento, ambos en consonancia con la Convención sobre los derechos del niño.

El D. Leg. 1297 – Decreto Legislativo para la protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, a través de la primera disposición complementaria transitoria, así como su Reglamento aprobado por D.S. 001-2018-MIMP, también a través de su primera disposición complementaria transitoria, han dispuesto como entes competentes para llevar a cabo el procedimiento por desprotección familiar, tanto al Poder Judicial como a la Unidad de Protección Especial - UPE, pues estas últimas al no estar presentes en todas las regiones y provincias del país, normativamente se obliga al Poder Judicial a asumir competencia.

Sin embargo, ambas normas no son suficientes o no han resultado materialmente eficientes para asegurar la protección del derecho fundamental señalado, debido a la anomia que existe en cuanto a las potestades de los fiscales de familia en la lucha directa e inmediata contra la desprotección, así como, respecto de los mecanismos para que la tutela sea eficiente e inmediata.

En cuanto a este último punto, los hechos verificados dejan cuenta de la poca existencia de las DEMUNA acreditadas, pues más de la mitad de gobiernos locales de nuestro país, tienen pendiente el acreditarlas, tal como ya hemos mencionado al describir la problemática; y que, dentro de las pocas que se han acreditado, no se cuenta con los recursos humanos y logísticos para afrontar un procedimiento de tutela por riesgo de desprotección.

Al respecto, se debe mencionar que el D.Leg.1297 y su Reglamento, asignaron competencias a las Defensorías Municipales para el Niño y Adolescente – DEMUNA, dependientes de los gobiernos locales, a fin de que sean éstas las que se hagan cargo de los procedimientos por riesgo de desprotección familiar, previa acreditación que debe hacer de ellas el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables – MIMP, siendo que en principio, no se había establecido un plazo para que estas acreditaciones sean impulsadas por las municipalidades provinciales y distritales, ni mucho menos se había establecido una sanción en caso no hacerlo.

Esta situación generaba que tanto las UPE como el Poder Judicial (en los lugares donde no existen UPE), tengan que asumir, de modo adicional, la carga de los casos por riesgo de desprotección familiar, en lugar de avocarse, a exclusividad, a los casos de desprotección, que demandan una rigurosidad mayor en su tratamiento, por la gravedad de las causales que se identifican en la realidad del entorno familiar.

Por tanto, este factor identificado, también repercutía en el logro de un goce efectivo del derecho de los niños, niñas y adolescentes, en situación de desprotección familiar, a vivir y desarrollarse en familia, ocasionando que los entes competentes de los casos por desprotección saturen, aún más, su carga procesal con los procedimientos por riesgo que no deberían atender.

La necesidad de que la norma sea modificada en este aspecto o se emita otra brindando un plazo máximo para la acreditación que incluya una sanción en caso de no hacerlo, es planteada por los funcionarios entrevistados que tratan el tema de desprotección; toda vez que desde la vigencia del D.Leg. 1297 (11.02.2018), había transcurrido demasiado tiempo sin que los Gobiernos Locales asuman su responsabilidad social de acreditar sus respectivas DEMUNA.

Esta situación cambió con posterioridad al inicio de tesis, con la emisión del D.U. 001-2020, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 07.01.2020, a través del cual se modifican algunos artículos del D.Leg. 1297, pero además, a través de su artículo 4 se establecen plazos para el inicio de competencia por riesgo de desprotección familiar de los gobiernos locales, brindando un plazo máximo de 3 meses a las Municipalidades de Lima Metropolitana y Callao, así como a las municipalidades provinciales que son capital de departamento, un plazo de 6 meses para las otras municipalidades provinciales que no sean capital de departamento, y un plazo de 12 meses, para todas las demás municipalidades distritales.

Con la emisión de este decreto de urgencia, se convalidó o corroboró, aún más, el factor identificado como parte de la hipótesis de la tesis, que habría venido generando una limitación a la progresiva optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes, en situación de desprotección familiar.

Y, pese a que los plazos otorgados por el decreto de urgencia, ya han vencido en exceso, pero como dicha norma no ha dispuesto una sanción o apercibimiento frente al incumplimiento, el factor limitante del derecho no ha desaparecido por completo; por lo que, corresponde a las autoridades competentes, analizar otras

estrategias jurídicas, que posibiliten el cumplimiento de esta norma, como por ejemplo, el inicio de investigación penal por incumplimiento de funciones de las autoridades municipales o la inclusión del incumplimiento como una causal de vacancia del alcalde en la LOM.

Sanciones que, si bien es cierto, presentan una tipificación sumamente específica, se hacen necesarias, o se justifican, por la naturaleza del bien jurídico afectado, el derecho de los NNA a vivir y desarrollarse en familia como un valor jurídico fundamental y humano que influye en la formación de cada ser humano y que, al encontrarse directamente relacionado con la posibilidad de consolidar un proyecto de vida adecuado, influye también en el crecimiento personal de cada NNA y la posibilidad de que estos se conviertan en ciudadanos aportantes de una sociedad justa.

De esta manera, las deficiencias presentadas a nivel de riesgo terminan por sobrecargar la labor de las UPE que, además, ya cuentan con una importante sobrecarga propiciada por la poca designación de equipos multidisciplinarios, por su presencia y competencia disminuidas que se restringen únicamente a la provincia capital de la región, así como, por su propia organización interna situaciones que no pueden ser resueltas trasladando supletoriamente las competencias al Poder Judicial, ya que se trata de un organismo constitucional con naturaleza distinta a la meramente tutelar.

Así, por ejemplo, si bien en Cajamarca existe una UPE creada a través de la Resolución Ministerial N.º 086-2018-MIMP, del 28.03.2018, para asumir competencia desde el 01.04.2018, su ámbito territorial de ejercicio de funciones sólo comprende a la provincia de Cajamarca, más no al resto de provincias de la región, donde al no existir una UPE la obligación de asumir las investigaciones por desprotección recaen en el Poder Judicial, a través de los Juzgados de Familia o Mixtos.

Y situación similar ocurre en otras regiones del país, donde si bien en la mayoría de ellas ya ha quedado instalada una UPE, éstas generalmente se ubican en las capitales de región, donde asumen competencia sólo en el ámbito territorial de la provincia en la que están ubicadas.

De manera tal que las disposiciones de la ley, si bien buscan cumplir con la doctrina de la tutela integral de los NNA, resultan funestas para el sistema de protección de derechos de la niñez en desprotección, dado que generan competencias paralelas en el país, entre el PJ y las UPE, que asumen la responsabilidad del procedimiento de desprotección, cuando tienen naturaleza jurídica distinta, lo que da como resultado la emisión de resoluciones contradictorias.

Estas competencias paralelas distribuidas en menor medida en favor de las UPE y, en mayor medida a favor del PJ, vulneran el principio de previsibilidad o predictibilidad de las decisiones por la propia contradicción de criterios que se presentan entre las resoluciones emitidas, lo que se explica por el hecho de que las UPE cuentan con equipos multidisciplinarios compuestos por abogados, psicólogos y trabajadores sociales, los que se distribuyen la carga para atender los procedimientos por desprotección y tomar las medidas que, dentro de su experticia, consideran necesarias para atender la situación problemática planteada.

En cambio, el PJ cuenta con equipos periciales que no trabajan en conjunto y que se ubican únicamente en la sede del distrito judicial, mismos que no atienden únicamente temas de desprotección, sino todos los que les plantee la judicatura de acuerdo con su especialidad, lo que dificulta la atención integral y, mucho más, la atención oportuna, por lo que, muchas veces es el juez el que toma las decisiones sin contar siquiera con la opinión de un equipo multidisciplinario.

De ahí las resoluciones contradictorias, porque por más preparado que se encuentra un juez en asuntos jurídicos, difícilmente podrá cubrir la experiencia de los profesionales de psicología y trabajo social con su razonamiento y, en el caso en los que se cuenta con la emisión de pericias de estas áreas del Poder Judicial, difícilmente

tales pericias contarán con el razonamiento propio de la doctrina de la protección integral según la cual actúan los equipos multidisciplinarios de las UPE que se especializan únicamente en esta área.

La naturaleza del Poder Judicial es jurisdiccional y, por lo tanto, busca resolver conflictos de derecho, absolver incertidumbres jurídicas, sancionar lesiones de derecho, entre otras actividades litigiosas que se mantienen alejadas de la preocupación específica por asegurar la tutela de los derechos fundamentales de los NNA que se desenvuelve no en un ámbito de litigio o solución imparcial de controversias, sino como parte de un programa de garantía fundamental.

Por otro lado, la asignación de competencias al PJ afecta los principios de inmediatez e intermediación, con los que se pretende cuenten las UPE; en cuanto al primer principio, se tiene que los procesos judiciales suelen demorar en demasía, más en el caso tutelar ya que sólo cuentan con un equipo multidisciplinario para atender todos los casos de los Juzgados de Familia.

Por otro lado, en cuanto a la intermediación, dentro de la estructura de las UPE, son los profesionales colegiados que atienden cada caso concreto y emiten informes que orientan la decisión suscrita por el jefe de UPE casi de una forma definitiva, lo que no ocurre en el caso

del PJ en el que los psicólogos y trabajadores sociales actúan como peritos para orientar la resolución a ser tomada por el juez, quien no conoce de primera mano los problemas suscitados dentro del contexto de desprotección.

Así mismo, la afectación a la intermediación resulta porque los equipos multidisciplinarios de los juzgados de familia, no se dan abasto para trabajar adecuadamente la problemática familiar de los NNA en situación de desprotección familiar, desde la etapa de la evaluación preliminar, pasando por la elaboración del PTI, hasta su ejecución.

En igual sentido, si bien sus informes orientan la labor del juez que resolverá el caso, éste por tener competencias muy distintas y en diferentes campos del derecho de familia – peor si los juzgados son Mixtos, no generan esa intermediación que se necesita para tomar la decisión más adecuada al caso y de una forma oportuna, ya que hay una distancia natural entre el Juez y el NNA en situación de desprotección, producto de esa naturaleza jurídica, lo que no ocurre con el jefe de UPE, quien sí está enterado de los pormenores del tratamiento multidisciplinario que hacen sus equipos para resolver lo que corresponda inmediatamente, en vista de que los plazos otorgados por el D.Leg. 1297, son bastante cortos.

Ahora, respecto de los Equipos Interdisciplinarios de todas las UPE, se encuentra regulado que su conformación requiere de 3

profesionales en las especialidades de Derecho, Psicología y Trabajo Social; en el caso de la UPE de Cajamarca cuenta en total con 4 equipos interdisciplinarios especializados; esto también representa un problema, debido a que estos 4 equipos deben darse a basto para atender a toda la provincia de Cajamarca, es decir, los casos de desprotección que se presenten en los 12 distritos de la mencionada provincia.

No obstante, si esta realidad parece preocupante, debido a que 4 equipos interdisciplinarios no son suficientes para atender una población tan extensa que se aproxima a las 348,433 mil personas (censo INEI 2017), ocurre que la preocupación se agranda al constatar los distritos que se dejan de atender, puesto que las 12 provincias restantes del de la región Cajamarca no cuentan con UPE.

Es decir que de las 13 provincias con las que cuenta la región, solo una cuenta con UPE y se deja de atender los 4 distritos de la provincia de Cajabamba, los 12 distritos de la provincia de Celendín, los 19 distritos de la provincia de Chota, los 8 distritos de la provincia de Contumazá, los 15 distritos de la provincia de Cutervo, los 3 distritos de la provincia de Hualgayoc, los 12 distritos de la provincia de Jaén, los 7 distritos de la provincia de San Ignacio, los 7 distritos de la provincia de San Marcos, los 13 distritos de la provincia de San Miguel, los 4 distritos de la provincia de San Pablo y los 11 distritos

de la provincia de Santa Cruz. En total, 115 distritos que han pasado a cargo del Poder Judicial que cumple una función supletoria de las UPE a través de sus juzgados de Familia o Mixtos.

Todos estos 115 distritos correspondientes a las 12 provincias restantes son atendidos por un solo equipo de peritos del Distrito Judicial de Cajamarca que está integrado por psicólogos, asistentes sociales y médico; que no cumplen con los requisitos para ser reconocidos como equipos interdisciplinarios con especialidad en asuntos de desprotección de NNA.

Debe tenerse en cuenta que la propia especialidad del servicio que brindan las UPE sustenta la complejidad de su labor, debido a la atención integral que se brinda a los NNA y sus familias; atención que cuenta con sus propias características en cada caso concreto dadas las particularidades reales con las que se presentan, dada la diversidad de problemáticas que se pueden afrontar y de hecho se presentan como antecedentes de la situación de desprotección.

Esta es una diferencia sustancial del trabajo de un equipo interdisciplinario que se inmiscuye en las vivencias familiares, toma cuenta de las afectaciones que puedan presentarse en el derecho de acceder y desarrollarse en familia que tienen los NNA, extrae conclusiones a manera de diagnóstico desde las diferentes

especialidades y, luego, consolidan la información para tomar las medidas más adecuadas en tutela del derecho lesionado.

Téngase en cuenta que este equipo, realiza una evaluación de la situación socio familiar de cada NNA, para ello, cada profesional realiza un estudio dentro de su disciplina o especialidad, pero la evaluación socio familiar de la NNA y su familia de origen o entorno familiar, es integrada, se complementan entre sí, a fin de realizar una evaluación integral.

Lo que no ocurre en el caso del Poder Judicial en que la carga adicional con la que cuenta la judicatura, además de la forma en que se presentan los procedimientos que integran el proceso judicial, tornan la labor judicial en una de tipo imparcial, objetiva y legal, desprovista del conocimiento directo de cada caso y, por tanto, lejana.

Las características antes descritas de la labor judicial, de hecho, son virtudes cuando se trata de resolver un caso de conflicto de derecho o de incertidumbre jurídica, pero ineficiente para tomar medidas de protección necesarias en cada caso concreto de desprotección.

En cuanto a los profesionales del equipo de profesionales de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, de acuerdo con sus documentos de gestión, tienen la condición de peritos judiciales y como tal emiten

informes en cada una de las áreas de su competencia. Lo que significa que sus funciones son diferenciadas y autónomas; sin embargo, si el Juzgado requiere un informe conjunto (de todas las áreas) los profesionales realizan un informe que pretende ser integral.

De esta manera, se evidencia la falta de servicios y programas adecuados para atender los casos de desprotección que deberían ser implementados por los diferentes niveles de gobierno para cumplir con la atención integral de los NNA; así, tal y como lo señaló el director de la UPE Cajamarca, la deficiente creación de UPEs y la entrega de competencias a favor del Poder Judicial, hace que el número de profesionales aptos para la atención de la desprotección familiar resulte insuficiente.

Por otro lado, dentro de la propia organización de las UPE hace falta complementar las competencias del equipo interdisciplinario, tal y como fue indicado en las entrevistas que anteceden, se hace necesario contar con la participación de un educador para que el equipo se encuentre completo y se atiendan otros extremos de circunstancias que se presentan en la realidad.

Otro de los inconvenientes relativo al número de profesionales y que convierte su labor en imposible de ejecutar, es el hecho de que el equipo interdisciplinario atiende los requerimientos no solo de los

Juzgados de Familia de la provincia de Cajamarca, sino también a todas las provincias que comprende el distrito judicial; entiéndase, requerimientos distintos de la disposición resolutive de las medidas de protección.

Con lo dicho, se tiene que en la actualidad no se cuenta con una delimitación clara de competencias entre las UPE y el Poder Judicial en materia de desprotección, pues la única diferencia que debiera existir para atender este tipo de casos, debiera ser el ámbito territorial, ya que este último actúa donde las primeras no alcanzan; empero, las competencias que debieran ser desplegadas no los son de manera adecuada por el PJ dada su naturaleza y su organización interna.

Con todo, el derecho a vivir en familia, como objetivo general, no se encuentra siendo tutelado de manera eficiente ni por las UPE dado su corto radio de acción ni por el PJ dada su falta de especialidad en el tema; en consecuencia, no se logra la finalidad última de la reintegración familiar (retorno a su familia de origen) del NNA bajo un hilo de seguridad.

Ello es así por cuanto la seguridad jurídica, presente en los llamados Estados Constitucionales de Derecho, debe permitir garantizar los derechos fundamentales del pueblo, de manera individual y colectiva, limitando el poder político y generando un sistema jurídico

de normas coherentemente establecidas donde la Constitución sea la norma orientadora y matriz de la cual parten todas las demás.

En este orden de ideas la seguridad jurídica se construye brindando un nivel de certeza suficiente, que permita con ello, a las personas, conocer o predecir las resultas de un proceso o procedimiento, frente a similares circunstancias o hechos que se investigan (desprotección familiar para el caso).

Siendo esto así, la seguridad jurídica debe estar presente a nivel normativo (seguridad jurídica objetiva), donde frente a un supuesto de hecho le corresponde una consecuencia jurídica (silogismo jurídico) establecido en la norma vigente; como a nivel institucional (seguridad jurídica subjetiva), donde exista un único organismo, judicial o administrativo, que sea competente para asumir el tratamiento de un problema jurídico (nuevamente, para el caso, la desprotección familiar).

En la seguridad jurídica a nivel institucional, es que el factor hipotético que en estos momentos se trabaja, se corrobora; pues frente a hechos que determinan la necesidad del inicio de un procedimiento por desprotección familiar, la norma ha atribuido competencias paralelas, tanto a la UPE como al Poder Judicial, cuando desde su naturaleza, ambas instituciones son completamente diferentes, empezando porque una pertenece al

sistema administrativo, en tanto la otra a la jurisdicción ordinaria de administración de justicia.

Desde que se identifica un caso con características que sugieren la presencia de desprotección familiar, el abordaje es completamente diferente, pues en tanto la resolución que resuelve declarar la desprotección familiar provisional es inimpugnable en la vía administrativa (primer párrafo del artículo 50 del D.Leg. 1297); a nivel judicial se confronta con el principio de doble instancia, por lo que la resolución de desprotección provisional podría quedar sin efecto, a lo que se suma que el artículo 50, antes mencionado, señala que dicha resolución es inimpugnable en la vía administrativa, es decir, a nivel de UPE, pero siendo el Poder Judicial quien asume competencia en los lugares donde no existe UPE, ya no hablamos de que es inimpugnable en la vía administrativa, pues el ente administrativo no existe, por tanto es la vía judicial única; no pudiéndose aplicar la analogía ante un vacío normativo, ya que ésta no es aplicable cuando se limita un derecho (inciso 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú), para el caso, el derecho de acudir a una doble instancia (derecho a la pluralidad de instancia contemplado en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución).

A esto se suma el hecho de que cuando el procedimiento de desprotección familiar está a cargo del Poder Judicial, al ser la misma institución que da inicio al procedimiento, al ser la misma

institución la que dicta resolución declarando la desprotección familiar provisional; la norma no ha previsto quién será el encargado de ratificar o no esta declaración provisional.

Por su parte, cuando la UPE asume competencia, el Poder Judicial tiene el rol de ser el supervisor o fiscalizador de que el procedimiento administrativo se haya llevado a cabo de acuerdo a norma, de ahí que puede ratificar o no las decisiones administrativas dictadas u observarlas, con el apoyo del Ministerio Público, quien emite informes (vista de la causa para evaluar la desprotección familiar provisional declarada por la UPE) y dictamina (al final del procedimiento cuando la UPE eleva el expediente administrativo al PJ con informe negativo para la reinserción familiar por parte del equipo interdisciplinario y previo a la emisión de sentencia).

No obstante, cuando es el mismo Poder Judicial quien asume competencia, la norma no ha hecho la salvedad de cómo debe llevarse a cabo el proceso (ya no procedimiento) y qué ente, dentro del mismo Poder Judicial, será el encargado de asumir el rol supervisor y fiscalizador.

De ahí que la seguridad jurídica de cómo se desarrolla un procedimiento en UPE con respecto a un proceso ante el Poder Judicial, frente a casos de la misma naturaleza (desprotección

familiar), terminan siendo tratados de distinta manera, afectándose como consecuencia el principio de predictibilidad jurídica.

Y si entramos a la etapa de evaluación que corresponde al equipo interdisciplinario, las UPE se forman con más de un equipo interdisciplinario de profesionales, que permiten que el plazo de 5 días hábiles para realizar la evaluación de la situación socio – familiar del niño, niña y adolescente y así emitir informe, sea cumplido; y ellos se avocan con exclusividad a los procedimientos derivados del D.Leg. 1297 y su Reglamento.

A diferencia de lo que existe en el Poder Judicial, donde los equipos interdisciplinarios son escasos y se avocan a todos los procesos adscritos al poder Judicial en el área de familia (Tenencia, Régimen de Visitas, Patria Potestad, etc.). Esta situación se complica aún más en provincias que no son capitales de región, pues como lo ha señalado la Fiscal Provincial de Familia de San Marcos, Elsa Pérez Murrugarra, al responder el cuestionario que para el efecto le fue enviado y que forma parte de los anexos en la tesis; el Juzgado Mixto de dicha provincia ni siquiera cuenta con un equipo multidisciplinario, por lo que cuando necesita hacerse de un informe de éste, debe necesariamente acudir al equipo adscrito a los Juzgados de Familia de la provincia de Cajamarca.

Circunstancia que definitivamente afecta de modo directo los procedimientos por desprotección familiar en todas sus etapas donde la participación de estos profesionales es protagónica y con ello, también se afecta gravemente el derecho de los niños involucrados en los mismos, para gozar pronto de una vida en un ambiente familiar adecuado.

Ahora, en qué medida este factor que se ha identificado existe, limita la progresiva optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en situación de desprotección familiar.

Ello se produce por cuanto, si tenemos a dos órganos de naturaleza completamente diferente (UPE y Poder Judicial), que llevan a cabo normativamente el mismo procedimiento, pero con distinta tratativa en los hechos, generando con ello afectación al principio de seguridad jurídica y consecuente afectación a la predictibilidad de las decisiones en el Poder Judicial, quien actúa en defecto de la existencia del ente administrativo, los niños, niñas y adolescentes sometidos a los procedimientos ante este órgano jurisdiccional, tendrán una limitante mayor de que puedan ser atendidos óptima y oportunamente en la búsqueda de una reinserción familiar, un acogimiento familiar o en el peor de los casos, a que declarándose la desprotección familiar definitiva, puedan ser dados en adopción y

con ello hacer efectivo el derecho que poseen a vivir y desarrollarse en familia.

Ahora, a estas situaciones de deficiencias propias de los órganos u organismos encargados de la atención ante desprotección familiar, se suma la disminución de competencias específicas para la participación de las Fiscalías de familia en ambos procedimientos, tanto en el de riesgo de desprotección, como en la propia desprotección familiar.

Las Fiscalías de Familia o Mixtas, con la dación del D.Leg.1297 han perdido su rol activo en materia de desprotección familiar, su participación se ha limitado tan solo a participar de las actuaciones que la UPE considera necesarias y a emitir un informe cuando el procedimiento ha culminado con un pronunciamiento provisional.

Como se mencionó en el marco teórico desarrollado, a través del artículo 12 del D.Leg. 1297 y su Reglamento, se ha asignado al Ministerio Público un doble rol, el primero de ellos el de ser parte en los procedimientos por riesgo y desprotección familiar, pero también el rol de ser dictaminadores en los procedimientos por desprotección.

Sin embargo, en relación con el rol de parte en el procedimiento por desprotección, es cuando se advierte la insuficiente labor de estos

magistrados que se genera a raíz de la falta de normativas o directrices internas que permitan asumir los casos de una manera proactiva; vale decir, no se han señalado taxativamente las funciones del Fiscal de Familia o el Mixto en el procedimiento por desprotección familiar y, si bien se cuenta con normas generales que podrían justificar la actuación de estos en tales procedimientos, esto constituye un peligro y una incertidumbre respecto de las responsabilidades en la que podrían incurrir al actuar sin contar con delegaciones específicas.

En principio, los Fiscales de Familia, con la anterior normatividad en la cual se hablaba de los procesos de abandono, tenían una labor esencial en la realización de una investigación preliminar para identificar factores de desprotección que permitieran formular, en su momento, la demanda de abandono ante el Poder Judicial.

Por lo que el rol que tenía asignado era de ser un sujeto procesal de investigación, al que también podríamos llamar parte, pero con funciones completamente distintas a las otras partes, como el padre, la madre y el niño, inmersos en el caso; con todo, estas funciones expresamente asignadas, posibilitaban la participación oportuna y debidamente regulada de las Fiscalías de Familia o Mixtas, contando con total capacidad de dirección de las actuaciones que les competían, así como con potestad de decisión en las diligencias inmediatas.

Sin embargo, con la actual normatividad, el Ministerio Público, a través de las Fiscalías de Familia, ya no desempeña el rol de investigador preliminar, pues la investigación desde inicio compete a la UPE o en su caso, al Poder Judicial, por lo que ya no es el encargado de presentar una demanda o solicitud de inicio del procedimiento por desprotección con los medios de prueba suficientes que haya acumulado en una etapa previa.

Ahora, en principio, cualquier persona o institución (Ministerio Público, Policía, Escuela, Centro de Salud, etc.), está en la obligación de poner en conocimiento de la entidad competente, los casos por riesgo o desprotección que conozca (artículo 17 del D.Leg. 1297); con esa puesta en conocimiento, el ente competente decide el inicio o no del procedimiento, sin que previamente el Ministerio Público lleve a cabo una investigación para el efecto, pues esa investigación forma parte del procedimiento abierto por UPE o el Poder Judicial, con apoyo del equipo interdisciplinario a su cargo.

Entonces, si bien el Ministerio Público tiene el rol de ser parte, su participación ya no es la misma a la que anteriormente se daba, donde incluso podía dictar medidas de protección para asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

Circunstancia que ha generado que los Fiscales de Familia no tengan las suficientes herramientas normativas de la forma de cómo

actuar dentro del procedimiento por desprotección y si a eso se suma que hasta el momento, la Fiscalía de la Nación no ha trabajado un protocolo de actuación frente a la nueva normativa, el ser parte en los procedimientos, se convierte en un lirismo jurídico, pues ni siquiera en los despachos fiscales se trabajan con carpetas o falsos expedientes por cada caso donde son notificados del inicio del procedimiento por desprotección, para poder darles seguimiento e impulsar acciones en defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes inmersos en los mismos y, con ello, lograr una participación más activa.

Por otro lado, si bien el Fiscal de Familia es parte en los procedimientos por desprotección familiar, no se lo convoca cuando el niño, niña o adolescente tiene que rendir su declaración o expresar su opinión; simplemente, ésta es recogida por el ente que investiga (UPE o Poder Judicial) sin que por la ausencia del representante del Ministerio Público se genere una sanción de nulidad que la norma debió prever.

Pues el ente que investiga no está libre en caer en parcializaciones frente a la propia investigación que realiza y, al ser menores de edad los que están inmersos en los casos, el grado de manipulación como consecuencia de su inmadurez puede ser mayor para declarar y expresar sus opiniones que se hace necesario que éstas puedan

reunir una mínima exigencia de objetividad y libertad, para lo cual la presencia del Fiscal de Familia es vital.

Esta inexistencia de exigencia de participación del Fiscal de Familia en el D.Leg. 1297 y su Reglamento, sorprende, ya que es el único tipo de procedimiento en el que está involucrado un menor de edad, pero donde para su declaración o expresión de opinión no se necesita de la presencia obligatoria de este magistrado.

En todos los demás casos, violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar (Ley N.º 30364), tenencia, régimen de visitas, patria potestad, es necesaria escuchar la declaración, entrevista u opinión de ellos con la presencia del Fiscal de Familia, bajo sanción de nulidad.

Este factor identificado, también limita la efectividad del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes sujetos a un procedimiento por desprotección, pues siendo las Fiscalías de Familia, las que deben encargarse de proteger los derechos de estos niños, a fin de que el procedimiento desde su inicio hasta el final cumpla con el objetivo de lograr la reinserción familiar, el acogimiento o adopción, en el más breve plazo, aún se tienen abarrotados los Centros de Atención Residencial – CAR.

Entonces, la institucionalización de los NNA, la cual debe ser de *última ratio*, continúa siendo una de las medidas de protección más aplicadas a los casos de desprotección, limitando la posibilidad de estas personas, de desarrollarse en un ambiente familiar, sin conocer su verdadera opinión sobre la real situación que están viviendo.

En tal sentido, si los Fiscales son los primeros en conocer el caso y precisamente por la inmediatez no necesitan de alguna actuación más para que, de considerarlo necesario, dicten medidas de protección; constituye un despropósito el hecho de que tengan que pasar tal potestad al equipo multidisciplinario de las UPE que en la actualidad se encuentra demasiado disminuido en capacidad, así como geográficamente hablando.

En consecuencia, la inacción o actuación deficiente de las entidades estatales en la materialización del derecho de vivir y desarrollarse en familia de los NNA, genera la afectación de un valor fundamental con implicancias graves en la sociedad que debe ser atendida con la toma de medidas normativas igual de drásticas que las consecuencias que podrían generar.

En tal sentido, si bien el derecho de acceder, vivir y desarrollarse en familia del NNA ha sido recogido internacionalmente como un derecho humano, es menester recogerlo taxativamente en el texto

constitucional a fin de lograr su eficacia inmediata ante la inacción institucional que podría suponer la falta de tutela oportuna.

Por otro lado, si bien puede ser observado tanto en el Código de los Niños y Adolescentes como en el D.Leg. 1297, en virtud de la dimensión institucional de los derechos fundamentales, es preciso que el desarrollo legislativo con el que se cuenta para asegurar su eficacia sea complementado lo suficientemente para asegurar la tutela antes invocada.

Con lo dicho, la descripción y crítica antes planteadas en los diversos extremos de las actuaciones institucionales que deberían coadyuvar con la tutela del derecho de acceder, vivir y desarrollarse en familia que le asiste a los NNA en calidad de derecho fundamental, que muestra muchos vacíos normativos, además de regulaciones enfrentadas respecto de las competencias que le asisten a cada ente estatal que interviene en situaciones de desprotección; da cuenta de una necesidad regulatoria que complemente y modifique las normas vigentes.

Una regulación que considere a la niñez y adolescencia como prioridad al tratarse de un sector de la población vulnerable, como la propia Constitución Política del estado lo reconoce, y de acuerdo con ello sea atendido como un tema de urgencia.

De esta forma, a nivel de derecho fundamental, se hace prioritario consignar al derecho de acceder, vivir y desarrollarse en familia taxativamente como tal en el texto constitucional y en las normas que forman parte del bloque de constitucional o que fomentarían el ejercicio de la constitución material, como ocurre con los títulos preliminares de las normas de desarrollo constitucional.

Así, por ejemplo, el artículo 4 del texto constitucional debiera ser complementado con la inclusión expresa de este derecho, habida cuenta que es en este artículo en el que se reconoce a la niñez como parte de la población que requiere protección especial, como de hecho ocurre, pues, a pesar de que los NNA cuentan con las capacidades suficientes para participar activamente de la dinámica familiar, no es menos cierto que su grado de conocimiento de la dinámica social, así como, de los valores que han sido admitidos dentro de una sociedad completa, cuenta con cierta vulnerabilidad que requiere de atención especial por parte de las entidades estatales competentes.

En tal tenor, es menester asegurar la relación entre este concepto de NNA que se contempla en el artículo 4 del texto constitucional con otro de los conceptos también recogidos, como es el caso de la familia que, al ser un instituto natural y fundamental de la sociedad y el principal enlace del NNA con el resto de la comunidad, requieren contar con un enlace que se muestre taxativamente como derecho

fundamental, es decir, que se recoja al derecho de acceder, vivir y desarrollarse en familia de los NNA como un derecho fundamental que complementa la redacción de este artículo constitucional.

De manera tal que, el recojo taxativo del derecho fundamental ya mencionado puede servir de base para un extremo administrativo, la redacción de Políticas Públicas que prioricen la salud mental, física, moral y la educación en valores sociales de los NNA; pero, además, las intervenciones concretas que ha de ejecutar el Estado cuando cualquiera de los derechos de este sector de la población se vea vulnerado, como ocurre en el caso de la desprotección.

Es por esto que, en consuno con lo ya señalado, debe presentarse una modificación también del Código del Niño y Adolescentes en el que el derecho subjetivo planteado en su artículo 8, sea tenido como fundamental y forme parte de su título preliminar; lo mismo en cuanto al propio artículo 1 del D. Leg. 1297 en el que tal derecho debe ser tenido como fundamental, para asegurar el respeto de este también por la vía constitucional y no solo por su dimensión legal.

Ahora, en cuanto a las cuestiones ejecutivas contenidas en el mencionado decreto legislativo, si bien ha quedado claro el reconocimiento del derecho del NNA para acceder, vivir y desarrollarse en familia, existen algunas puntualizaciones y complementaciones que den realizarse.

En primer lugar, respecto de las potestades de las Fiscalías de Familia en los procedimientos por riesgo o por desprotección familiar de los NNA, resulta importante dotarles de mayor injerencia, especialmente en el procedimiento por desprotección que sean de conocimiento primigenio por los despachos fiscales, a fin de que cuenten con la facultad de emitir medidas de protección con calidad de urgentes cuando la situación lo amerite de un caso en concreto.

Debe tenerse en cuenta que, por diversas circunstancias fácticas las Fiscalías de Familia cuentan con mayor cercanía a la población, así como, con regulaciones particulares que las llevan a encontrarse con mayor disposición para atender diversas situaciones problemáticas relativas a la familia, entre estas, la propia desprotección que sufren los NNA.

En tal sentido, si bien hace falta incrementar los horarios de atención por turnos de las UPE, así como su propia competencia territorial, no puede negarse la cercanía con la que cuentan dichas fiscalías respecto de la población y, la necesidad de actuación inmediata que se genera cuando la desprotección familiar es planteada ante sus despachos.

Por lo que, debe modificarse el artículo 3, literal h, del D.Leg. 1297, en el extremo de incrementar una nueva tipología de medidas de protección, aquellas que son urgentes y pueden ser tomadas por las

Fiscalías de Familia cuando una necesidad de tutela urgente por desprotección familiar se presenta ante sus despachos o por las UPE, bajo los supuestos establecidos en el artículo 45 del mismo decreto legislativo; situación que, si bien es cierto ya se viene presentado para el caso de las Fiscalías de Familia, pero ello es de forma discrecional, a título de medidas de protección, o en algunos casos, los denominados actos de resguardo, pero con el riesgo de que los fiscales puedan ser denunciados penalmente, por la falta de competencias expresas para hacerlo.

En segundo lugar, también es menester asegurar la presencia garantista del Ministerio Público en otras de las actuaciones propiciadas dentro del procedimiento administrativo por riesgo o por desprotección familiar, como ocurre con la escucha del NNA por parte de la autoridad competente dispuesta en el artículo 7 del D.Leg. 1297, actuación que debe desarrollarse con la obligatoria presencia del Fiscal de Familia o Mixto con competencia en familia; esto dadas las potestades que su propia ley orgánica les reconoce.

En tercer lugar y, siguiendo con la estructura planteada en el D.Leg. 1297, debe realizarse una nueva modificación al numeral 11.1, literal a, del artículo 11; en el que originalmente se contemplaba únicamente a la obligación que tienen los gobiernos locales para actuar en los procedimientos por riesgo de desprotección familiar y colaborar en la protección de los NNA en situación de desprotección,

a través de sus DEMUNAs; sin establecer obligaciones adicionales o puntualizar la manera en que se haría eficaz dicho imperativo.

Al respecto, la ley 31716 del 22 de marzo de 2023, buscó dar solución a este vacío estableciendo como fórmula adicional la obligación de los gobiernos locales de “asegurar la implementación destinada a obtener la acreditación de las defensorías municipales de la niña, niño y adolescente (DEMUNA)”; fórmula que, hasta la fecha, no ha logrado efectivizar no solamente tal acreditación, sino la designación eficiente de recursos humanos y logísticos para tal fin.

Con ello, se hace necesario contar con una fórmula más completa que involucre, incluso, la responsabilidad de los funcionarios que no utilicen los recursos destinados para cumplir con la acreditación y posterior implementación de los equipos interdisciplinarios y la estructura general de las DEMUNAs para lograr el cumplimiento de la meta trazada. Responsabilidad que podría pasar por la tipificación como omisión de actos funcionales o, como causal de vacancia para el caso específico del alcalde.

En cuarto lugar, el establecimiento claro de las competencias de las UPE como entes administrativos del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables con especial actuación en los casos por desprotección, concretamente en cuanto a lo recogido en el artículo

11, numeral 11.2, literal b, que originalmente contaba con la fórmula legislativa que obligaba a este ministerio a “actuar en los procedimientos por riesgo y desprotección familiar”.

Misma que fue modificada mediante la ley 31906 cuyo artículo único complementó la redacción antes indicada, estableciendo, además, como obligación del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables la implementación progresiva de “como mínimo una unidad de protección especial (UPE) en cada distrito judicial del país, con el personal idóneo, suficiente y capacitado para realizar dicha labor”; fórmula que se encuentra todavía con una importante carga de restricción y progresividad en cuanto a la implementación del derecho de los NNA a vivir, crecer y desarrollarse en familia.

Lo que trae como resultado el paralelo de funciones a ser ejercidas tanto por las UPE, donde las hay, y el Poder Judicial donde su competencia territorial no alcanza; esto, a pesar de que el Poder Judicial cuenta con una naturaleza diferente a la de las UPE, como ya fue explicado anteriormente. Con lo dicho, es necesario realizar una nueva modificación al dispositivo normativo invocado estableciendo la obligación de implementación de las UPE en cada provincia de la distribución geopolítica del país.

Finalmente, como ocurre con las competencias paralelas que se han contemplado entre las UPE y, en donde su competencia territorial no

alcanza, para el Poder Judicial, es necesario que se concentren las competencias de atención de los casos por desprotección únicamente en las UPE, no en el Poder Judicial, en un tema tan prioritario como la protección de los derechos de los NNA no debe escatimarse en costos, que es lo que se ha hecho finalmente con este dispositivo

En tal tenor, debe modificarse la primera disposición complementaria transitoria del D.Leg. 1297 en cuanto a la competencia transitoria de los procedimientos por riesgo y desprotección familiar y solicitudes de reconocimiento del acogimiento de hecho que, en tanto las Defensorías del Niño y del Adolescente no se hayan acreditado e implementado, es el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables el asume dicha competencia; lo mismo que es el Poder Judicial el que asume la competencia de los procedimientos por desprotección familiar, en aquellos lugares donde el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables no haya asumido competencia.

Competencia transitoria que deberá ser definida temporal y razonablemente para asegurar que el MIMP concluya con la creación de las UPE en todas las regiones del país y los Gobiernos Locales (Municipalidades) concluyan con la acreditación e implementación de sus DEMUNAS respectivas. Asimismo, debe asegurarse que estas UPE que estarán presentes a nivel nacional, realicen turnos, lo cual debe estar normado.

3.2.2. Medidas administrativas que favorezcan el derecho de vivir y desarrollarse en familia con la implementación de los Banco de Familias Acogedoras y de la Unidad de Adopciones del MIMP, de modo descentralizado en cada región a nivel nacional

La primera y urgente medida administrativa que se desprende de la modificación normativa en cuanto a las competencias únicas y exclusivas de las UPE en el procedimiento por desprotección familiar descrito en el punto anterior, es la creación de una mayor cantidad de UPES teniendo en cuenta la distribución geopolítica de provincias en el país y no la distribución de distritos judiciales.

Esto, debido a que la intervención primaria y oportuna ante los casos de desprotección familiar de los NNA tiene una finalidad extrajurisdiccional, relativa a la tutela inmediata del derecho fundamental de vivir, crecer y desarrollarse en familia, desde la perspectiva del derecho administrativo, pero también del derecho constitucional que busca concretizarse de manera oportuna, virtud de la que no goza el PJ.

En tal sentido, no es necesaria la distribución de UPES teniendo en cuenta el distrito judicial o el fiscal, sino, como entes especializados y autónomos que dependen directamente de un ministerio.

Adicionalmente a esto, queda claro que, según la normatividad vigente, la situación de desprotección familiar de los NNA como una problemática que se origina en las familias debe ser atendida por las entidades normativamente delegadas; sin embargo, estas resultan ineficientes e insuficientes para cumplir con la labor encomendada.

Principalmente en el caso de la Dirección de Protección Especial – DPE que se encarga de temas puntuales como la revisión de los procedimientos para admitir a las familias acogedoras, procedimiento que se encuentra centralizado, así como, la propia elaboración del Banco de Familias Acogedoras.

En tal sentido, las UPE no se encargan de evaluar a las familias que quieren ser admitidas como familias acogedoras en el banco de familias; se limita a priorizar el acogimiento familiar en familia extensa o, teniendo en cuenta el Banco de Familias Acogedoras a cargo de la DPE, a elegir una familia acogedora de la propuesta de familias aptas que le alcanza este órgano, es decir, esta competencia no está descentralizada.

Así, si se revisa el artículo 75 del Reglamento del D. Leg. 1297, aprobado por el DS 001-2018-MIMP, en lo que respecta al procedimiento por acogimiento familiar con calidad de urgente, que se presenta cuando un NNA debe ser separado de inmediato de su familia de origen o requiere de cuidados parentales que son

inexistentes; puede asegurarse su protección en un ambiente familiar de protección y afecto con la intervención de su familia extensa y, de no contar con esta, con una familia acogedora.

El procedimiento en los casos en lo que no se cuenta con familia extensa, según el artículo 76 del mismo cuerpo normativo, requiere de la actuación de la DPE, como único responsable del Banco de Familias Acogedoras, quien “debe comunicar a la UPE la propuesta de familias evaluadas aptas, de acuerdo con el perfil de la niña, niño o adolescente” (numeral 76.2).

Vale decir que, al encontrarse tanto el procedimiento para elección de las familias acogedoras, como el registro y manejo del Banco de Familias centralizado en la DPE; la UPE se sujeta a la comunicación de la DPE con la determinación que, desde Lima, se considera más adecuada al caso concreto.

Es decir que, la decisión de las familias que son consideradas adecuadas para fungir como acogedoras, se realiza con total prescindencia del principio de inmediatez, a través del conocimiento formal, por las comunicaciones que hace la UPE de los estudios realizados, pero con desconocimiento de la realidad acaecida en cada situación concreta que solo puede ser conocida o comprendida mediante la observación directa, no mediante la revisión documental.

Debilidad sumamente importante en la designación de familias acogedoras que, tal vez, influya en su poca utilización y que acarrea otras dificultades, como la posible designación de familias que se encuentran en lugares alejados del radio de arraigo del NNA cuando la situación particular requiere de su permanencia en su lugar de origen, o, cualquier otra situación de iniquidad que podría presentarse por la falta de cercanía con los hechos y necesidades del caso concreto.

Funciones que se desarrollan contando con una barrera burocrática que genera la centralización del banco de familias acogedoras que termina por aletargar el procedimiento y, con ello, favorecer a la institucionalización, así como, a la afectación del derecho a vivir, crecer y desarrollarse en familia de los NNA.

Así, las consideraciones para que el NNA sea sujeto de una medida de protección de acogimiento familiar con terceros, cuando no ha sido posible la reintegración familiar, se hace necesario contar con un manejo descentralizado de los bancos de familia, ya sea a cargo de las mismas UPE, o de las Gerencias de Desarrollo Social de las Municipalidades Provinciales donde debería crearse una unidad específica para ver este tema de la promoción y evaluación de las familias acogedoras, a fin de conformar un banco de familias, con el cual las UPE puedan trabajar sus acogimientos.

Lo que trae como resultado que, a pesar de que se busca privilegiar el acogimiento familiar, sea con familia extensa o con terceros, muchas de las veces no se presenta otra alternativa que optar por el acogimiento residencial cuando los equipos interdisciplinarios, a pesar de los esfuerzos realizados, no han logrado encontrar a familia extensa idónea que pueda hacerse cargo del cuidado provisional de la NNA, y tampoco a una persona o familia del Banco de Familias Acogedoras.

Teniendo en cuenta que este Banco no se encuentra descentralizado, sino que es manejado por la DPE que, difícilmente, busca identificar familias acogedoras en la región Cajamarca dado que pretenden cumplir con este trabajo desde un escritorio en la ciudad de Lima.

Desde hace más de una década, se tiene previsto la asunción progresiva, por parte del ente administrativo, de los procedimientos por desprotección familiar a nivel nacional, lo cual, depende básicamente de que se asigne los recursos presupuestales para la implementación de esta política estatal.

Evidencia de ello es la propia apreciación del Director de la UPE Cajamarca que señaló en relación al Banco de Familias Acogedoras centralizado, que no considera muy gravitante su descentralización,

puesto que esta necesidad podría ser cubierta por una mayor difusión del servicio a la colectividad.

Sin embargo, la difusión del servicio únicamente implica el conocimiento de la población acerca de la existencia del Banco, pero no acerca el servicio a la población, torna en lejano el trámite para las personas, así como, dificulta la labor misma del ente encargado por la sobrecarga que generaría, la posible acción de las familias que pretenden ser acogedoras para el acceso a esta posibilidad.

Entonces, el asunto no pasa por contar con el apoyo de las autoridades locales y regionales para difundir la existencia de un Banco de Familias Acogedoras en la ciudad de Lima; sino, por propiciar que sean los profesionales designados en la propia región de Cajamarca los que se encarguen de evaluar a las familias, hacerles un seguimiento especializado, asegurarse de que sus intenciones sean de colaboración con la protección de los NNA en desprotección y no otros fines distintos; entre otras obligaciones que se desprenden de la propia responsabilidad funcional.

Es decir, ambos extremos que son consecuencia el uno del otro, deben encontrarse dentro de las competencias de las UPE; en primer término, la propuesta de que las autoridades locales tengan asignada la competencia descentralizada del banco de familias acogedoras; y en segundo término, la capacidad de que la

evaluación de las familias esté descentralizado, a fin de nutrir el banco de familias acogedoras a nivel local.

Como se ha desarrollado en la parte del marco teórico, el acogimiento familiar es un tipo de medida de protección dentro de los procedimientos por desprotección familiar, dirigido a asegurar que el niño, niña o adolescente involucrado viva temporalmente en un ambiente familiar, el cual puede ser dentro de la familia extensa o en terceros.

Este tiene como fundamento el derecho a vivir y desarrollarse en familia que se desprende de la doctrina de la protección integral y que, en los casos en los que no pueda ser proporcionado por la familia directa o la familia extensa, bien podría ser asumido por una familia acogedora de terceros; no así por un centro de acogida residencial que no cuenta con las características propias y naturales del ámbito familiar.

Este es un asunto que resulta sumamente relevante porque constituye un hito resaltante para la formación de la personalidad del NNA y, con ello, para tutelar su derecho al libre desarrollo de la personalidad y cautelar el correcto desarrollo de su proyecto de vida; ambos, desprendimientos del derecho a vivir y desarrollarse en familia, dado que es esta institución humana la que cimenta los valores, concepciones, principios, actitudes, entre otros elementos

componentes de la personalidad que ayudará al desarrollo y posterior actuación del NNA como un integrante valioso para la sociedad.

Todo este marco, tiene más ocasión de presentarse con la participación de las familias acogedoras que con el internamiento del NNA en un centro de acogimiento residencial, dado que la primera opción es la que presenta características propias de la familia, estructura definida, entre otras que sirvan de base para la construcción de la personalidad antes referida.

Así, para que un niño pueda ser dado a una familia que no sea la suya en acogimiento, previamente ésta debe estar inscrita en el Banco de Familias Acogedoras, para lo cual tiene que pasar una evaluación sobre su idoneidad donde hay evaluaciones periciales, visitas e informes que debe realizar el equipo interdisciplinario que para el efecto.

En el Perú, el Banco de Familias Acogedoras se encuentra centralizado en el MIMP (Lima), ello trae como consecuencia no sólo la demora de las evaluaciones de las familias que quieren convertirse en acogedoras, más aún cuando éstas radican en provincia; sino que con ello se limita, además, que familias que viven en la misma zona geográfica y cultural del niño, se vean interesados en pedir su evaluación para calificar como familia acogedora.

Circunstancia que se superaría con la existencia del Banco de Familias de forma descentralizada.

Este factor afecta el derecho a vivir y desarrollarse en un ambiente familiar que, además, posibilite una mejor adaptación del niño, niña o adolescente, pues el acogimiento familiar en terceros, en las regiones al interior del país, no es una medida de protección suficientemente utilizada para evitar la institucionalización de los niños, niñas y adolescentes, al depender del Banco de Familias acogedoras único del MIMP.

Difundir el Banco de familias Acogedoras, sus fines y objetivos altruistas como una forma de esa responsabilidad social que tienen todas las personas, debería ser parte de las políticas sociales de las autoridades regionales y locales de cada ciudad, más aún, sabiendo de lo perjudiciales y repercusiones negativas y, a veces, irreversibles, que genera una prolongada institucionalización en las NNA, así como también, de la deficiencia del servicio de Centro de Acogida Residencial (CAR).

Con relación a las Unidades de Adopción, también deberían implementarse, por lo menos, una oficina en cada región, pues eso les permitiría realizar un seguimiento más cercano de los procesos o procedimientos sin previsión de reintegración y que vayan a devenir en una declaración de adoptabilidad de una NNA tutelada.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA NORMATIVA

4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El derecho a vivir y desarrollarse en familia que poseen los niños, niñas y adolescentes, constituye un derecho fundamental al cual se le debe prestar la suficiente atención, por parte del Estado y la sociedad en su conjunto; teniendo una especial consideración, los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en una situación de desprotección familiar, por lo que su grado de vulnerabilidad es mucho mayor al común denominador, pues no sólo afronta la problemática que generó la desprotección en sí, sino que, además, tiene que promoverse mecanismos y estrategias suficientes y eficientes, a fin de lograr su reinserción en un grupo familiar.

En este sentido, el actual procedimiento por desprotección familiar previsto en el D.Leg. 1297 - Decreto legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, posee determinados aspectos que afectan la optimización del derecho fundamental a vivir y desarrollarse en familia, los que se exponen a continuación brevemente:

a) Coexistencia de competencias paralelas asignadas a la UPE y al Poder Judicial en los procedimientos por desprotección familiar

El D. Leg. 1297 – Decreto Legislativo para la protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o riesgo de perderlos, a través de la primera disposición complementaria transitoria, así como su Reglamento aprobado por D.S. 001-2018-MIMP, también a través de su primera disposición complementaria transitoria, han dispuesto como entes competentes para llevar a cabo el procedimiento por desprotección familiar, tanto al Poder Judicial como a la Unidad de Protección Especial - UPE, pues estas últimas al no estar presentes en todas las regiones y provincias del país, normativamente se obliga al Poder Judicial a asumir competencia.

Esta situación genera, entre otros aspectos, afectación al principio de seguridad jurídica y como consecuencia la afectación al principio de predictibilidad o previsibilidad. Ello es así por cuanto la seguridad jurídica se encuentra presente en los llamados Estados Constitucionales de Derecho, donde se debe garantizar los derechos fundamentales del pueblo, de manera individual y colectiva, limitando el poder político y generando un sistema jurídico de normas coherentemente establecidas donde la Constitución sea la norma orientadora y matriz de la cual parten todas las demás.

En este orden de ideas la seguridad jurídica se construye brindando un nivel de certeza suficiente, que permita con ello a las personas conocer o predecir las resultas de un proceso o procedimiento, frente a similares circunstancias o hechos que se investigan (desprotección familiar para el caso).

Siendo esto así, la seguridad jurídica debe estar presente a nivel normativo (seguridad jurídica objetiva), donde frente a un supuesto de hecho le corresponde una consecuencia jurídica (silogismo jurídico) establecido en la norma vigente; como a nivel institucional (seguridad jurídica subjetiva), donde exista un único organismo, judicial o administrativo, que sea competente para asumir el tratamiento de un problema jurídico (nuevamente, para el caso, la desprotección familiar).

En la seguridad jurídica a nivel institucional, es que el factor de la afectación al derecho fundamental, que en estos momentos se trabaja, se corrobora; pues frente a hechos que determinan la necesidad del inicio de un procedimiento por desprotección familiar, la norma ha atribuido competencias paralelas, tanto a la UPE como al Poder Judicial, cuando desde su naturaleza, ambas instituciones son completamente diferentes, empezando porque una pertenece al sistema administrativo, en tanto la otra a la jurisdicción ordinaria de administración de justicia.

Desde que se identifica un caso con características que sugieren la presencia de desprotección familiar, el abordaje es completamente diferente, pues en tanto la resolución que resuelve declarar la desprotección familiar provisional es inimpugnable en la vía administrativa (primer párrafo del artículo 50 del D.Leg. 1297).

A nivel judicial se confronta con el principio de doble instancia, por lo que la resolución de desprotección provisional podría quedar sin efecto, a lo que se suma que el artículo 50, antes mencionado, señala que dicha resolución es inimpugnable en la vía administrativa, es decir, a nivel de UPE, pero siendo el Poder Judicial quien asume competencia en los lugares donde no existe UPE, ya no hablamos de que es inimpugnable en la vía administrativa, pues el ente administrativo no existe, por tanto es la vía judicial única.

No pudiéndose aplicar la analogía ante un vacío normativo, ya que ésta no es aplicable cuando se limita un derecho (inciso 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú), para el caso, el derecho de acudir a una doble instancia (derecho a la pluralidad de instancia contemplado en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución).

A esto se suma el hecho de que cuando el procedimiento de desprotección familiar está a cargo del Poder Judicial, al ser la misma institución que da inicio al procedimiento, al ser la misma institución la que dicta resolución declarando la desprotección familiar provisional; la

norma no ha previsto quién será el encargado de ratificar o no esta declaración provisional.

Por su parte, cuando la UPE asume competencia, el Poder Judicial tiene el rol de ser el supervisor o fiscalizador de que el procedimiento administrativo se haya llevado a cabo de acuerdo a norma, de ahí que puede ratificar o no las decisiones administrativas dictadas u observarlas, con el apoyo del Ministerio Público, quien emite informes (vista de la causa para evaluar la desprotección familiar provisional declarada por la UPE) y dictamina (al final del procedimiento cuando la UPE eleva el expediente administrativo al PJ con informe negativo para la reinserción familiar por parte del equipo interdisciplinario y previo a la emisión de sentencia).

No obstante, cuando es el mismo Poder Judicial quien asume competencia, la norma no ha hecho la salvedad de cómo debe llevarse a cabo el proceso (ya no procedimiento) y qué ente, dentro del mismo Poder Judicial, será el encargado de asumir el rol supervisor y fiscalizador.

De ahí que la seguridad jurídica de cómo se desarrolla un procedimiento en UPE con respecto a un proceso ante el Poder Judicial, frente a casos de la misma naturaleza (desprotección familiar), terminan siendo tratados de distinta manera, afectándose como consecuencia el principio de predictibilidad jurídica.

Y si entramos a la etapa de evaluación que corresponde al equipo interdisciplinario, las UPE se forman con más de un equipo interdisciplinario de profesionales, que permiten que el plazo de 5 días hábiles para realizar la evaluación de la situación socio – familiar del niño, niña y adolescente y así emitir informe, sea cumplido; y ellos se avocan con exclusividad a los procedimientos derivados del D.Leg. 1297 y su Reglamento.

A diferencia de lo que existe en el Poder Judicial, donde los equipos interdisciplinarios son escasos y se avocan a todos los procesos adscritos al poder Judicial en el área de familia (Tenencia, Régimen de Visitas, Patria Potestad, etc.).

Ahora, en qué medida este factor que se ha identificado existe, limita la progresiva optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en situación de desprotección familiar.

Ello se produce por cuanto, si tenemos a dos órganos de naturaleza completamente diferente (UPE y Poder Judicial), que llevan a cabo normativamente el mismo procedimiento, pero con distinta tratativa en los hechos, generando con ello afectación al principio de seguridad jurídica y consecuente afectación a la predictibilidad de las decisiones en el Poder Judicial, quien actúa en defecto de la existencia del ente administrativo, los niños, niñas y adolescentes sometidos a los procedimientos ante este órgano jurisdiccional, tendrán una limitante

mayor de que puedan ser atendidos óptima y oportunamente en la búsqueda de una reinserción familiar, un acogimiento familiar o en el peor de los casos, a que declarándose la desprotección familiar definitiva, puedan ser dados en adopción y con ello hacer efectivo el derecho que poseen a vivir y desarrollarse en familia.

b) Inexistencia de una norma que obligue a las Municipalidades (distritales y provinciales) a lograr la acreditación de sus DEMUNAS ante el MIMP para poder llevar a cabo el procedimiento de riesgo de desprotección familiar

Respecto a este factor identificado, al inicio de la elaboración de la tesis doctoral, se debe mencionar que el D.Leg.1297 y su Reglamento, asignaron competencias a las Defensorías Municipales para el Niño y Adolescente – DEMUNA, dependiente de los gobiernos locales, a fin de que sean éstas las que se hagan cargo de los procedimientos por riesgo de desprotección familiar, previa acreditación que debe hacer de ellas el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables – MIMP, siendo que en principio, no se había establecido un plazo para que estas acreditaciones sean impulsadas por las municipalidades provinciales y distritales, ni mucho menos se había establecido una sanción en caso no hacerlo.

Esta situación generaba que tanto las UPE como el Poder Judicial (en los lugares donde no existen UPE), tenían que asumir, de modo

adicional, la carga de los casos por riesgo de desprotección familiar, en lugar de avocarse, a exclusividad, a los casos de desprotección, que demandan una rigurosidad mayor en su tratamiento, por la gravedad de las causales que se identifiquen en la realidad del entorno familiar.

Por tanto, este factor identificado, también repercutía en el logro de un goce efectivo del derecho de los niños, niñas y adolescentes, en situación de desprotección familiar, a vivir y desarrollarse en familia, ocasionando que los entes competentes de los casos por desprotección saturen, aún más, su carga procesal con los procedimientos por riesgo que no deberían atender.

La necesidad de que la norma sea modificada en este aspecto o se emita otra brindando un plazo máximo para la acreditación que incluya una sanción en caso de no hacerlo, era compartido por funcionarios que tratan el tema de desprotección, como se desprende del desarrollo del cuestionario elaborado para la tesis que ha sido desarrollado por la Fiscal Provincial de Familia de San Marcos; toda vez que desde la vigencia del D.Leg. 1297 (11.02.2018), había transcurrido demasiado tiempo sin que los Gobiernos Locales asuman su responsabilidad social de acreditar sus respectivas DEMUNA.

Esta situación cambió con posterioridad al inicio de tesis, con la emisión del D.U. 001-2020, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 07.01.2020, a través del cual se modifican algunos artículos del D.Leg.

1297, pero además, a través de su artículo 4 se establecen plazos para el inicio de competencia por riesgo de desprotección familiar de los gobiernos locales, brindando un plazo máximo de 3 meses a las Municipalidades de Lima Metropolitana y Callao, así como a las municipalidades provinciales que son capital de departamento, un plazo de 6 meses para las otras municipalidades provinciales que no sean capital de departamento, y un plazo de 12 meses, para todas las demás municipalidades distritales.

Con la emisión de este decreto de urgencia, se convalida o corrobora, aún más, el factor identificado como parte de la hipótesis de la tesis, que habría venido generando una limitación a la progresiva optimización del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes, en situación de desprotección familiar.

No obstante, cabe mencionar que a la fecha, a nivel de la provincia de Cajamarca, sólo la Municipalidad Provincial y las Distritales de Los Baños del Inca, Namora y Asunción, han logrado acreditarse para llevar a cabo el procedimiento por riesgo de desprotección familiar, conforme a sido informado a través del oficio múltiple N.º 001-2022-MIMP-DGNNA-DPEUPE-CAJAMARCA, enviado por la UPE de Cajamarca a las autoridades de la provincia que tratan la problemática de la niñez en desprotección, de fecha 14.03.2022.

Pese a que los plazos otorgados por el decreto de urgencia, ya han vencido en exceso, y como dicha norma no ha dispuesto una sanción o apercibimiento frente al incumplimiento, el factor limitante del derecho no ha desaparecido por completo; por lo que corresponde a las autoridades competentes, analizar otras estrategias jurídicas, que posibiliten el cumplimiento de esta norma, como por ejemplo, el inicio de investigación penal por incumplimiento de funciones de las autoridades municipales.

c) Insuficiente participación de los fiscales de familia como parte en los procedimientos por desprotección familiar

Como se mencionó en el marco teórico desarrollado, el D.Leg. 1297 y su Reglamento, se ha asignado al Ministerio Público un doble rol, el primero de ellos el de ser parte en los procedimientos de desprotección familiar, pero también el rol de ser dictaminadores. Sin embargo, en relación al rol de parte en el procedimiento, es cuando se advierte la insuficiente labor de estos magistrados que se genera a raíz de la falta de normativas o directrices internas que permitan asumir los casos de una manera proactiva.

En principio, los Fiscales de Familia, con la anterior normatividad en la cual se hablaba de los procesos de abandono, tenían una labor esencial en la realización de una investigación preliminar para identificar factores de desprotección que permitieran formular, en su

momento, la demanda de abandono ante el Poder Judicial; por lo que el rol que tenía asignado era de ser un sujeto procesal de investigación, al que también podríamos llamar parte, pero con funciones completamente distintas a las otras partes, como el padre, la madre y el niño, inmersos en el caso.

Sin embargo, con la actual normatividad, el Ministerio Público a través de las Fiscalías de Familia, ya no desempeñan el rol de investigador preliminar, pues la investigación desde inicio compete a la UPE o en su caso, al Poder Judicial, por lo que ya no es el encargado de presentar una demanda o solicitud de inicio del procedimiento por desprotección con los medios de prueba suficientes que haya acumulado en una etapa previa.

Ahora, en principio, cualquier persona o institución (Ministerio Público, Policía, Escuela, Centro de Salud, etc.), está en la obligación de poner en conocimiento de la entidad competente, los casos por desprotección que conozca; con esa puesta en conocimiento, el ente competente decide el inicio o no del procedimiento, sin que previamente el Ministerio Público lleve a cabo una investigación para el efecto, pues esa investigación forma parte del procedimiento abierto por UPE o el Poder Judicial, con apoyo del equipo interdisciplinario a su cargo.

Entonces, si bien el Ministerio Público tiene el rol de ser parte, su participación ya no es la misma a la que anteriormente se daba, donde

incluso podía dictar medidas de protección para asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados. Circunstancia que ha generado que los Fiscales de Familia no tengan las suficientes herramientas normativas de la forma de cómo actuar dentro del procedimiento por desprotección y si a eso se suma que hasta el momento, la Fiscalía de la Nación no ha trabajado un protocolo de actuación frente a la nueva normativa, el ser parte en los procedimientos, se convierte en un lirismo jurídico, pues ni siquiera en los despachos fiscales se trabajan con carpetas o falsos expedientes por cada caso donde son notificados del inicio del procedimiento, para poder darles seguimiento y con ello lograr una participación más activa.

Por otro lado, si bien el Fiscal de Familia es parte en los procedimientos por desprotección familiar, no se lo convoca cuando el niño, niña o adolescente tiene que rendir su declaración o expresar su opinión; simplemente, ésta es recogida por el ente que investiga (UPE o Poder Judicial) sin que por la ausencia del representante del Ministerio Público se genere una sanción de nulidad que la norma debió prever, pues el ente que investiga no está libre en caer en parcializaciones frente a su propia investigación que realiza, y al ser menores de edad los que están inmersos en los casos, el grado de manipulación como consecuencia de su inmadurez puede ser mayor para declarar y expresar sus opiniones que se hace necesario que éstas puedan reunir una mínima exigencia de objetividad y libertad, para lo cual la presencia del Fiscal de Familia es vital.

Esta inexistencia de exigencia de participación del Fiscal de Familia en el D.Leg. 1297 y su Reglamento, sorprende, ya que es el único tipo de procedimiento en el que está involucrado un menor de edad, pero donde para su declaración o expresión de opinión no se necesita de la presencia obligatoria de este magistrado. En todos los demás casos, violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar (Ley N.º 30364), tenencia, régimen de visitas, patria potestad, es necesaria escuchar la declaración, entrevista u opinión de ellos con la presencia del Fiscal de Familia, bajo sanción de nulidad.

Este factor identificado, también limita la efectividad del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes sujetos a un procedimiento por desprotección, pues siendo las Fiscalías de Familia, las que deben encargarse de proteger los derechos de estos niños, a fin de que el procedimiento desde su inicio hasta el final cumpla con el objetivo de lograr la reinserción familiar, el acogimiento o adopción, en el más breve plazo, aún se tienen abarrotados los Centros de Atención Residencial – CAR, donde la institucionalización de los niños, la cual debe ser de última ratio, aún continúa siendo una de las medidas de protección más aplicadas a los casos de desprotección, limitando la posibilidad de estas personas, de desarrollarse en un ambiente familiar, sin conocer su verdadera opinión sobre la real situación que están viviendo.

d) Inexistencia del Banco de Familias Acogedoras y de la Unidad de Adopciones del MIMP, de modo descentralizado en cada región a nivel nacional, muy necesario para la inserción del niño, niña o adolescente, a un ambiente familiar

El acogimiento familiar es un tipo de medida de protección dentro de los procedimientos por desprotección familiar, dirigido a asegurar que el niño, niña o adolescente involucrado viva temporalmente en un ambiente familiar, el cual puede ser dentro de la familia extensa o en terceros.

Para que un niño pueda ser dado a una familia que no sea la suya en acogimiento, previamente ésta debe estar inscrita en el Banco de Familias Acogedoras, para lo cual debe pasar una evaluación sobre su idoneidad donde hay evaluaciones, visitas e informes que debe realizar el equipo interdisciplinario que para el efecto.

En el Perú, el Banco de Familias Acogedoras se encuentra centralizado en el MIMP (Lima), ello trae como consecuencia no sólo la demora de las evaluaciones de las familias que quieran convertirse en acogedoras, más aún cuando éstas radican en provincia; sino que con ello se limita, además, a que familias que viven en la misma zona geográfica y cultural del niño, se vean interesados en pedir su evaluación para calificar como familia acogedora. Circunstancia que se superaría con la existencia del Banco de Familias de forma descentralizada.

Este factor afecta el derecho a vivir y desarrollarse en un ambiente familiar que, además, posibilite una mejor adaptación del niño, niña o adolescente, pues el acogimiento familiar en terceros, en las regiones al interior del país, no es una medida de protección suficientemente utilizada para evitar la institucionalización de los niños, niñas y adolescentes, al depender del Banco de Familias acogedoras único del MIMP.

4.2. EFECTO DE LA NORMA

La presente norma tiene por efecto optimizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes, en situación de desprotección familiar, a vivir y desarrollarse en familia; posibilitando un único ente competente del procedimiento administrativo, el cual debe tener la característica de ser eficiente, donde exista una activa participación del fiscal de familia para proteger los derechos de los tutelados, y se ordenen las medidas de protección oportunas en cada caso. De manera complementaria, es imperativa la adopción inmediata de las competencias de las Municipalidades para la acreditación de las DEMUNA, ya que el no asumir su responsabilidad social, administrativa y legal para hacerse cargo de los procedimientos por riesgo de desprotección, termina por generar sobrecarga en las actuaciones de las UPE y, según la normatividad actual, en las actuaciones del propio PJ.

4.3. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El presente proyecto legislativo no tendría que irrogar mayor gasto al Estado peruano, más que el que ya ha sido contemplado en el presupuesto público para la implementación del D.Leg. 1297, y es que éste ha dispuesto la progresiva implementación de las Unidades de Protección Especial – UPE a nivel nacional, las que deben de asumir competencias para toda la región en la que se encuentran, en los procedimientos por desprotección familiar; sin que en adelante se considere la competencia paralela del Poder Judicial a través de los Juzgados de Familia y Mixtos, los que verán significativamente disminuida su carga procesal, lo cual repercute positivamente, incluso en el presupuesto nacional de la República.

Por su parte, el que las Defensorías Municipales de los Niños, Niñas y Adolescentes – DEMUNA, asuman competencia frente a los procedimientos de riesgo de desprotección familiar, tampoco irrogará para el Estado un presupuesto adicional, ya que las DEMUNA han sido previamente creadas en los gobiernos locales de todo el país; siendo sólo necesario que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables – MIMPV, brinde mayor capacitación a los funcionarios y servidores que las componen, para lograr la acreditación que se requiere, tanto en los distritos como en las provincias, y de este modo exista una mayor y mejor intermediación en el tratamiento de las problemáticas familiares que desencadenan estos riesgos y, además, se permita la descarga de las UPE, los que actualmente vienen haciéndose cargo de los dos tipos de

procedimientos existentes; por lo que el análisis desde este punto de vista, también resulta siendo positivo.

Asimismo, la participación activa de los fiscales de familia a nivel nacional, en los procesos por desprotección familiar, tampoco genera costos adicionales para el Estado, ya que esta fiscalía especializada existe en todas las sedes del Ministerio Público en el país, siendo mayor el beneficio de esta participación más dinámica a la existente con miras a proteger de mejor forma, el derecho de los niños, niñas y adolescentes, involucrados en los procedimientos por desprotección.

Finalmente, en cuanto a la creación del Banco de Familias Acogedoras y Banco de Adopciones, a nivel nacional, tampoco tendría que irrogar un costo adicional para el Estado, ya que sólo se descentralizaría dicha competencia para que pueda ser manejada por las UPE y con ello se obtenga una atención más oportuna de los casos, con una óptica de inmediatez e interculturalidad.

4.4. PROPUESTA LEGISLATIVA: PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 4 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, MODIFICA LOS ARTÍCULOS X Y 8 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, MODIFICA DIFERENTES ARTÍCULOS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1297 – DECRETO LEGISLATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES SIN CUIDADOS PARENTALES O EN RIESGO DE PERDERLOS, DE SU REGLAMENTO APROBADO POR D.S. 001-2018-MIMP Y MODIFICA EL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 27972 - LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES

Artículo 1. Objeto:

El presente proyecto de ley tiene por objeto modificar el artículo 4 de la Constitución, los artículos X y 8 del CNA, así como diferentes artículos del D.Leg. 1297, su Reglamento y el artículo 22 de la LOM, a fin optimizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes, en situación de desprotección familiar, a vivir y desarrollarse en familia.

Artículo 2. Ámbito de aplicación de la ley

La presente norma es de aplicación en todo el territorio nacional.

Artículo 3. Modificación del artículo 4 de la Constitución Política del Perú

Se modifica el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, en los siguientes términos:

“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 y fundamentales de la sociedad. **Así como, reconocen el derecho fundamental de acceder, vivir y desarrollarse en familia de las niñas, niños y adolescentes.**

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.”

Artículo 4. Modificación de los artículos X y 8 la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes

Se modifican el artículo X del Título Preliminar y artículo 8 la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes, en los siguientes términos:

“Artículo X. Derecho fundamental de vivir, crecer y desarrollarse en familia

Toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, debe

tomarse con respeto del derecho fundamental de vivir, crecer y desarrollarse en familia que le asiste a este sector de la población.

Artículo XI.- Proceso como problema humano

El Estado garantiza un sistema de administración de justicia (...)

(...)

Artículo 8.- A vivir, crecer y desarrollarse en una familia

El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.

El niño y el adolescente que, **por cualquier motivo, se encuentra en riesgo de desprotección o desprotección respecto de su familia natural mantiene su** derecho a **vivir, crecer y desarrollarse** en un ambiente familiar adecuado.

Los padres, **de manera prioritaria**, deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral. **El Estado, a través de sus entidades especializadas, tiene la obligación de tutelar el derecho a vivir, crecer y desarrollarse en familia de la niña, niño y el adolescente, quienes solo** por circunstancias especiales definidas en la ley, **de manera muy excepcional y temporal, podrán ser recibidos en**

un centro de acogida residencial, en tanto se asegure su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en familia.”

Artículo 5. Modificación del artículo 1 del Decreto Legislativo 1297, Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos

Se modifica el artículo 1 del Decreto Legislativo 1297, Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, en los siguientes términos:

“Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto brindar protección integral a las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos a fin de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos; priorizando su derecho **fundamental** a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.”

Artículo 6. Modificación del artículo 3, literal h, y el artículo 45 del D.Leg 1297, Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos

Se modifica el artículo 3, literal h, y del artículo 45 del D.Leg. 1297, los que quedan redactados conforme al texto siguiente:

“h) Medidas de protección

Son actuaciones o decisiones que se adoptan a favor de una niña, niño o adolescente en situación de riesgo o desprotección familiar, para garantizar o restituir sus derechos y satisfacer sus necesidades.

Las medidas de protección pueden ser de carácter **urgente**, provisional o permanente. Estas últimas no tienen carácter definitivo, con excepción de la adopción y pueden ser modificadas, en base a su interés superior y el principio de idoneidad.

La declaración de desprotección familiar tiene por finalidad además otorgar una modalidad de cuidado alternativa duradera y estable para la niña, niño o adolescente que garantice su derecho a vivir en una familia o en un entorno familiar.

(...)

Artículo 45.- Inicio del procedimiento en situaciones de urgencia

Frente a una situación de inminente y grave afectación de derechos de la niña, niño y adolescente, la resolución que da inicio al procedimiento, **puede ser dictada por las UPE o supletoriamente por las Fiscalías de Familia o Mixtas con competencia en familia, declarando** excepcionalmente la desprotección familiar provisional y **dictando** la

medida de protección con calidad de urgente. Esta resolución se notifica a la niña, niño y adolescentes, a su familia y las demás partes y se remite para pronunciamiento al Juez de Familia o Mixto.

En estos casos, la **UPE** debe continuar con la etapa de evaluación de la situación socio familiar de la niña, niño o adolescente, que regula el artículo 47 de la presente ley y continuar el procedimiento, según corresponda.”

Artículo 7. Modificación del artículo 7 del D.Leg 1297, Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos

Se modifica el artículo 7 del D.Leg. 1297, el cual queda redactado conforme al texto siguiente:

Antes que se proceda a emitir la decisión sobre la situación de riesgo o desprotección familiar, incluso provisional, la autoridad competente debe escuchar, en su propio lenguaje, la opinión de la niña, niño o adolescente en una diligencia especial, teniendo en consideración su madurez y desarrollo, garantizando su intimidad, seguridad, la ausencia de coacción y el uso de métodos acordes a su edad, dejando constancia de ello en las resoluciones.

Previamente, la niña, niño y adolescente debe recibir la información y asesoramiento necesario que le permita el ejercicio de este derecho en un

lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

Se garantiza que la niña, niño y adolescente pueda ejercitar este derecho por sí mismo o ejercerlo a través de su abogado defensor, si así lo deseara, **y siempre en presencia de fiscal de familia, bajo sanción de nulidad.**”

Artículo 8. Modificación del literal a) del numeral 11.1. del artículo 11 del Decreto Legislativo 1297, Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos

Se modifica el literal a) del numeral 11.1. del artículo 11 del Decreto Legislativo 1297, Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, en los siguientes términos:

“Artículo 11. Funciones de las autoridades en el marco de la presente Ley

Son funciones de:

11.1. Gobiernos locales

- a) Actuar en los procedimientos por riesgo, a través de las defensorías municipales de la niña, niño y adolescente (DEMUNA), acreditadas, capacitadas y supervisadas por el órgano competente del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Para tal efecto, **el alcalde y funcionarios competentes** deberán asegurar la implementación destinada a obtener la acreditación de las defensorías municipales de la niña, niño y adolescente (DEMUNA); **así como, su funcionamiento eficaz y eficiente, incumplimiento que constituye causal de vacancia para el alcalde y responsabilidad penal y administrativa para él y los funcionarios competentes.**

Artículo 9. Modificación del literal b) del numeral 11.2. del artículo 11 del Decreto Legislativo 1297, Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos

Se modifica el literal b) del numeral 11.2. del artículo 11 del Decreto Legislativo 1297, Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, en los siguientes términos:

“Artículo 11. Funciones de las autoridades en el marco de la presente Ley

Son funciones de:

11.2. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

- b) Actuar en los procedimientos por desprotección familiar, para lo cual el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables implementa **en el plazo de un año** una unidad de protección especial (UPE) en cada **provincia geopolítica** del país, con el personal idóneo, suficiente y capacitado para realizar dicha labor”.

Artículo 10. Modificación de la primera disposición complementaria transitoria del D.Leg. 1297, Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos

Modifíquese la primera disposición complementaria transitoria del D.Leg. 1297, el mismo que queda redactado de la siguiente forma:

“Primera.- Competencia transitoria de los procedimientos por riesgo y desprotección familiar y solicitudes de reconocimiento del acogimiento de hecho

A partir de la vigencia de la presente Ley y en tanto las Defensorías del Niño y del Adolescente no inicien competencia respecto al procedimiento por riesgo o no exista en el lugar una acreditada para desarrollar este procedimiento, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables asume dicha competencia.

El Poder Judicial asume la competencia de los procedimientos por desprotección familiar, en aquellos lugares donde el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables no haya asumido competencia, correspondiendo al mismo juzgado pronunciarse por la declaración de estado de desprotección familiar.

Esta competencia transitoria, tendrá vigencia máxima de doce meses, contados a partir de la vigencia de la norma; tiempo en el cual el MIMP deberá concluir con la creación de las UPE en todas las provincias geopolíticas del país y los Gobiernos Locales (Municipalidades) deberán contar con la acreditación e implementación de sus DEMUNAS respectivas; entidades que deberán contar con atención permanente, por turnos, las 24 horas del día, los 7 días de la semana.

Artículo 11. Modificación de los artículos 71, 76, numeral 76.2, 83, 86, 90, 92, 93 y 94 del Reglamento del Decreto Legislativo 1297, aprobado por Decreto Supremo 001-2018-MIMP

Se modifican los artículos 71, 76, numeral 76.2, 83, 86, 90, 92, 93 y 94 del Reglamento del Decreto Legislativo 1297, Decreto Supremo 001-2018-MIMP, en los siguientes términos:

“Artículo 71. Solicitud para ser familia acogedora

Una persona o familia puede solicitar ser familia acogedora mediante solicitud escrita **a la oficina especializada de la UPE con competencia territorial en la provincia en que se ha presentado la situación de desprotección familiar.** De tratarse de un acogimiento familiar en familia extensa, la solicitud podrá ser verbal o escrita y se presenta ante la UPE.

(...)

Artículo 76. Procedimiento para el acogimiento familiar con calidad de urgente

(...)

76.2. En caso la niña, niño o adolescente no cuente en el momento con familia extensa que solicite su acogimiento familiar, en el día, la UPE puede disponer esta medida con una persona o familia acogedora del Banco de Familias Acogedoras **administrado por la propia unidad como parte de sus competencias o, de corresponder, de la jurisdicción de otras provincias aledañas, para lo cual, debe requerir a la Oficina responsable del Banco de Familias Acogedoras** la propuesta de familias evaluadas aptas, de acuerdo al

perfil de la niña, niño o adolescente **y a las circunstancias de cada caso concreto.** (...)

(...)

Artículo 83.- Evaluación y declaración de capacidad para ser persona o familia acogedora

Cuando una persona o familia desea ser familia acogedora presenta su solicitud a **la oficina competente de la UPE**, quien realiza el trámite previsto en los artículos 72 y 73 del presente reglamento, en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles. De resultar favorable, procede a declarar y registrar a la persona o familia como capaz para el acogimiento familiar y dispone su incorporación en el Banco de Familias Acogedoras.

De encontrarse observaciones en las evaluaciones, **la oficina competente de la UPE** comunica a la persona o familia para que las subsane en un plazo de veinte (20) días hábiles. De no subsanar se da por concluido el procedimiento.

De resultar favorable, **la oficina competente de la UPE** acredita a la persona o familia como capaz para el acogimiento familiar en el Banco de Familias Acogedoras.

La persona o familia cuya declaración de capacidad para el acogimiento familiar no fue aprobada, puede presentar nuevamente su solicitud transcurrido el plazo de seis (06) meses.

(...)

Artículo 86.- Declaración de idoneidad de la persona o familia acogedora

Es el procedimiento por el cual la UPE valora entre las personas o familias acogedoras **(texto eliminado)**, la que puede satisfacer las necesidades de una niña, niño o adolescente en particular, de acuerdo con el Plan de Trabajo Individual. La valoración de la idoneidad considera la opinión de la niña, niño o adolescente de acuerdo **con** su edad y grado de madurez, de acuerdo con el procedimiento establecido para tal fin.

Luego de la valoración, la UPE, mediante resolución se pronuncia por la idoneidad de la persona o familia para el acogimiento familiar de una niña, niño o adolescente.

(...)

Artículo 90.- Acogimiento Profesionalizado

El acogimiento familiar profesionalizado es el que se brinda a niñas, niños o adolescentes con necesidades o características especiales, por una/un profesional o técnica/o previamente declarado capaz para el acogimiento familiar e inscrito en el registro del Banco de Familias Acogedoras.

Las niñas, niños o adolescentes a los que se les puede disponer esta medida, tienen las siguientes características:

- a) Niñas, niños o adolescentes con algún tipo de discapacidad física o psíquica y/o problemas de salud que conlleven graves dificultades en la autonomía personal o requieran cuidados especializados para su adecuada atención.
- b) Niñas, niños o adolescentes con problemas de adaptación social y/o emocional que requieran tratamiento psicológico o psiquiátrico.

La determinación de esta medida de protección se realiza en función a los informes técnicos, evaluaciones médicas y otras.

De ser necesario aplicar el acogimiento familiar profesionalizado, la UPE **(texto eliminado) determina** a la persona o familia acogedora profesionalizada del Banco de Familias Acogedoras **bajo su**

competencia territorial y, de ser necesario, de los bancos de competencias territoriales distintas.

(...)

Artículo 92.- Evaluaciones de la persona o familia acogedora profesionalizada

La oficina competente de la UPE realiza la evaluación social, psicológica y legal, con el fin de determinar la capacidad de la persona o familia para el acogimiento familiar profesionalizado, observando previamente los artículos 66 y 67 del Decreto Legislativo, en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles.

Durante el proceso de evaluación debe tenerse en cuenta factores socio familiares, económico, personales y su disposición para el acogimiento familiar profesionalizado.

Artículo 93.- Inscripción de la persona o familia acogedora profesionalizada

De ser favorables las evaluaciones, la UPE declara e inscribe a la persona o familia como capaz para el acogimiento familiar profesionalizado y la inscribe en el Banco de Familias Acogedoras **de su competencia territorial.**

Artículo 94.-Procedimiento de integración del acogimiento familiar profesionalizado

La idoneidad del acogimiento familiar profesionalizado es evaluada en función a las características personales y las necesidades de una niña, niño o adolescente. De ser favorable, se declara en el día la idoneidad y la UPE dispone la medida de acogimiento familiar profesionalizado mediante resolución administrativa, la misma que se notifica a las partes del procedimiento, al Centro de Acogida Residencial, de ser el caso, y a la DPE **para conocimiento y revisión**; a partir de lo cual se suscribe el acta de compromisos de **estos** y se inicia el trámite para la subvención económica ante el MIMP.

Artículo 11. Modificación del artículo 22 de la Ley 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades

“Artículo 22.- Vacancia del cargo de Alcalde o Regidor

El cargo de alcalde o regidor se declara vacante por el concejo municipal, en los siguientes casos:

1. Muerte;
2. Asunción de otro cargo proveniente de mandato popular;
3. Enfermedad o impedimento físico permanente que impida el desempeño normal de sus funciones;
4. Ausencia de la respectiva jurisdicción municipal por más de treinta (30) días consecutivos, sin autorización del concejo municipal;

5. Cambio de domicilio fuera de la respectiva jurisdicción municipal;
6. Condena consentida o ejecutoriada por delito doloso con pena privativa de la libertad;
7. Inconcurriencia injustificada a tres (3) sesiones ordinarias consecutivas o seis (6) no consecutivas durante tres (3) meses;
8. Nepotismo, conforme a ley de la materia;
9. Por incurrir en la causal establecida en el artículo 63 de la presente Ley;
10. Por sobrevenir algunos de los impedimentos establecidos en la Ley de Elecciones Municipales, después de la elección.
- 11. Por la falta de acreditación de la DEMUNA de la municipalidad a su cargo ante el MIMP, para llevar a cabo los procedimientos por riesgo de desprotección familiar, dentro del marco del D.Leg. 1297 – Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, dentro de los tres primeros meses del inicio de su gestión en el cargo.**

Para efecto del numeral 5 no se considera cambio de domicilio el señalamiento de más de un domicilio, siempre que uno de ellos se mantenga dentro de la circunscripción territorial."

CONCLUSIONES

- A. La hipótesis ha sido contrastada.

- B. No existe idoneidad de las medidas normativas actuales que buscan favorecer el derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en desprotección en el país; dado que presentan anomalías respecto de las funciones de las Fiscalías de Familia y Mixtas, competencias paralelas entre el Poder Judicial y las UPE y centralización de funciones básicas.

- C. Las circunstancias fácticas y jurídicas suscitadas en función de la aplicación de la normatividad relativa a los niños, niñas y adolescentes en desprotección familiar denotan situaciones de desprotección por letargo o falta de oportunidad en la atención del derecho a vivir y desarrollarse en familia.

- D. Son necesarias medidas legislativas y reglamentarias suficientes que aseguren la ampliación de recursos para la implementación de las UPE en cada provincia de cada departamento del país, así como, su progresiva implementación en los principales distritos de la distribución geopolítica.

- E. Son necesarias medidas legislativas y reglamentarias suficientes que eliminen la competencia supletoria del Poder Judicial en materia de desprotección.

- F. Son necesarias medidas legislativas y reglamentarias suficientes que establezcan la participación directa de las Fiscalías de familia en el procedimiento tutelar.
- G. Son necesarias medidas administrativas que favorezcan el derecho de vivir y desarrollarse en familia con la implementación descentralizada de los Banco de Familias Acogedoras y de la Unidad de Adopciones del MIMP en cada región del país.
- H. Las Municipalidades cuentan con responsabilidad social, administrativa y penal en relación con el riesgo de desprotección, por lo que las DEMUNAS deben ser acreditadas e implementadas bajo apercibimiento de vacancia o denuncia penal por omisión de actos funcionales.

RECOMENDACIONES

- A. Al MIMP, para que implemente la creación de las UPE en cada provincia de todo el país, a fin de que se haga cargo de los procedimientos por desprotección familiar, erradicando la competencia del Poder Judicial de forma paralela.
- B. Al Poder Legislativo, para que apruebe un proyecto de ley, previamente trabajado, respecto a la modificatoria de la Ley Orgánica de Municipalidades, incluyendo como causal de revocatoria de los alcaldes distritales y provinciales, la falta de implementación de la DEMUNA debidamente acreditada por el MIMP para llevar a cabo los procedimientos por riesgo de desprotección familiar.
- C. Al Poder Legislativo y al MIMP, para modificación del D.Leg. 1297 y su Reglamento aprobado por D.S. 001-2018-MIMP, permitiendo una activa participación de los fiscales de familia en los procedimientos por desprotección familiar, donde la ausencia de estos magistrados en las declaraciones y toma de opinión de los niños, niñas y adolescentes involucrados, sea causal de nulidad.
- D. A la Fiscalía de la Nación, para implementar un protocolo de actuación de los fiscales de familia actualizado, para cada uno de los tipos de investigaciones o competencias que actualmente poseen.

- E. Al MIMP, para que genere la creación de Bancos de Familias Acogedoras y la creación de la Unidad de Adopciones, en todas las regiones del país.
- F. A los alcaldes y funcionarios de los gobiernos locales para que aseguren la acreditación e implementación de las DEMUNA bajo apercibimiento de vacancia o denuncia penal por omisión de actos funcionales.

LISTA DE REFERENCIAS

- Acosta Bentancor, M. L. (2016). *De la Doctrina de la Situación Irregular a la Protección Integral: una aproximación crítica a los cambios en la orientación de la atención pública a la infancia y la adolescencia en Uruguay*. Montevideo: Universidad de la República.
- Adjuntía para la Niñez y Adolescencia. (09 de junio de 2018). *Demunas no cuentan con acreditación para atender situaciones de riesgo en varios puntos del país*. Obtenido de Defensoría del Pueblo:
<https://acortar.link/sgkKCX>
- Aguiló Regla, J. (2001). Sobre la constitución del Estado constitucional. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 429–457. Obtenido de Sobre la Constitución del Estado Constitucional: <https://acortar.link/w7losb>
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Aramburú, S. R. (2017). *¿Del enfoque tutelar al niño como sujeto de derechos? Análisis de la concepción de niñez en los discursos legislativos*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Arévalo, J. (setiembre de 2022). *En el Perú 400 Demunas se encuentran acreditadas de las más de 1 800 existentes*. Obtenido de Inversión en la Infancia: <https://acortar.link/98hLLV>
- Arias Ruelas, S. F. (2011). La reforma constitucional de derechos humanos y la transversalización de los derechos. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 68-84.

- Arias Vanegas, B. E. (2017). La infancia como sujeto de derechos. un análisis crítico. *Revista Ratio Juris Vol. 12 N.º 24*, 127-142.
- Atienza Rodríguez, M., & Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho (10)*, 101–120.
- Atienza, M. (2005). Entrevista de Manuel Atienza a Robert Alexy. Departamento de filosofía del derecho Universidad de Alicante. *Doxa*, 671-687.
- Bardazano, G. (2015). *La relación entre Derecho y Moral en el Positivismo Jurídico de Joseph Raz*. Montevideo: Universidad de la República de Uruguay.
- Barrera Dávila, S. (2014). *De la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral en el Perú. El caso de los hogares del INABIF*. Lima: Universidad Mayor de San Marcos.
- Bechara Llanos, A. Z. (2011). Estado Constitucional de Derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy. *Saber, Ciencia y Libertad*, 63-76.
- Betegón, G. (1997). *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid: McGraw Hill.
- Bizkaiko Foru Aldundia. Gizarte Ekintza Saila. (2011). *Manual. Intervención en situaciones de desprotección infantil*. Bilbao: Elkar-mccgraphics.
- Buaiz, Y. E. (2023). *La doctrina de la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones*. San José: Ministerio de Salud de Costa Rica.

- Cabrales López, J. A., & Rodríguez Falcón, M. (2021). El sistema patriarcal ¿Existe en el siglo XXI? Un análisis desde la sociología. *Ecosociales*, 1620-1629.
- Campos García, S. (2009). La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. *Revista IIDH. Vol 50*, 351-377.
- Cardozo, G., & Michalewicz, A. (2017). El paradigma de la Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: en la búsqueda de la plena implementación. *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 1-12. Obtenido de <https://acortar.link/hWug3j>
- Coleman, J. (1998). Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. *Legal Theory*, 381-426.
- Cuervo Martínez, Á. (2010). Pautas de crianza y desarrollo socioafectivo en la infancia. *Revista Diversitas - Perspectivas en Psicología*, 111-121.
- De Jongh Sarmiento, F. A. (2023). *Antecedentes de la Doctrina de Protección Integral de Niños y Adolescentes*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- De la Fuente-Hontañón, R. (2014). *¿Es la familia una institución natural? Algunas reflexiones en torno a la jurisprudencia nacional e internacional*. Piura: Universidad de Piura.
- Defensoría del Pueblo. (2011). *Informe Defensorial n.º 153. Niños, niñas y adolescentes en abandono – Aportes para un nuevo modelo de atención*. Lima: Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia de la Defensoría del Pueblo.

- Del Rosario Rodríguez, M. F. (2011). La supremacía constitucional: naturaleza y alcances. *Díkaion*, 97-117.
- Diéguez Méndez, Y. (12 de abril de 2023). *El Derecho y su correlación con los cambios de la sociedad*. Obtenido de Derecho y Cambio Social - Dialnet: <https://acortar.link/CCCu6p>
- Fernández Aguirre, S. L. (2022). *Desprotección familiar de menores de edad en el Perú y los efectos en la institución de la tutela*. Lima: Universidad Tecnológica del Perú.
- Ferrajoli, L. (2003). Sobre la definición de "democracia". Una discusión con Michelangelo Bovero. *Isonomía no.19*, 227-241.
- Fiscalía de la Nación - Ministerio Público. (2006). Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia. *Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et Punir*. Paris: Gallimard.
- Gamarra Arellano, J. E., & Rodríguez Lozano, E. A. (2022). *Protocolo de atención a las usuarias y los usuarios de las Unidades de Protección Especial*. Lima: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.
- García Méndez, E. (1994). *Derecho de la infancia-Adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral*. Santa fe de Bogotá: Ediciones Forum Pacis.
- García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: ADRUS S.R.L.

- García Villegas, M. (1989). El Derecho como instrumento de cambio social. *Revista Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, 31-44.
- Garzón Valdés, E. (1993). La naturaleza de la cosa (1970). *Derecho, ética y política*, 40-68.
- Garzón Valdés, E. (1998). Derecho y Moral: ensayos sobre un debate contemporáneo. En R. Vásquez, *Derecho y Moral* (págs. 19-58). Madrid: Gedisa.
- Giménez Mercado, C., & Valente Adarme, X. (2010). El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: ideas para un debate en ciernes. *CDC v.27 n.74*, 51-79.
- Gómez Bengoechea, B., & Berástegui Pedro-Viejo, A. (2009). El derecho del niño a vivir en familia. *Miscelánea Comillas*, vol. 67, 175-198.
- Gonzales Barbadillo, M. Á. (2013). *La Doctrina de la protección integral de los derechos del niño y adolescente y la aplicación de la remisión en los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal en el distrito judicial de Lima Norte 2010-2011*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Güendel, L. (4 de noviembre de 2023). *La política pública y la ciudadanía desde el enfoque de los derechos humanos: La búsqueda de una nueva utopía*. Obtenido de Universidad de Costa Rica y Oficial de la sede en San José de UNICEF: <https://acortar.link/7HLJGA>

- Himma, K. E. (2014). Positivismo Jurídico Incluyente. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 353-430.
- Kapustiansky, F. E. (2015). *Acogimiento Familiar. Guía de Estándares para las prácticas*. Montevideo: RELAF (Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar y UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia).
- Loli Espinoza, S. (24 de diciembre de 2020). MIMP implementa nuevas Unidades de Protección Especial para niñas, niños y adolescentes. (Elperuano.com, Entrevistador)
- Lopera Mesa, G. P. (2004). Los Derechos Fundamentales como Mandatos de Optimización. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, 211-243.
- Martínez Gómez, J. A. (2011). La relación derecho-moral en los fundamentos del iuspositivismo. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*.
- Monje Álvarez, C. A. (2011). *Metodología de la Investigación Cuantitativa y Cualitativa. Guía didáctica*. Neiva: Universidad Surcolombiana.
- Morales Gómez, S. M. (2015). La familia y su evolución. *Perfiles de las Ciencias Sociales, Año 3, Núm. 5*, 127-155.
- Nikken, P. (2010). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH. Vol. 52*, 55-140.
- Niño Rojas, V. M. (2011). *Metodología de la Investigación*. Bogotá: Ediciones de la U.

- Novo, M., Arce, R., Seijo, D., & Fariña, F. (2002). Situaciones de desprotección infantil: el maltrato a menores. En J. P. Arana, & R. Arce, *Multilingüismo y diversidad cultural* (págs. 95-132). Melilla: Marfeme.
- Núñez Vaquero, Á. (2014). Dogmática jurídica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. ISSN 2253-6655, 245-260.
- O'Donnell, D. (12 de abril de 2013). *La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas vigentes en relación a la Familia*. Obtenido de Organización de los Estados Americanos: www.iin.oea.org/badaj/docs
- Pérez Luño, A. (1994). *La seguridad jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Pérez Luño, A. E. (1997). Estado constitucional y derechos de la tercera generación. *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, 545-570.
- Petrino, R. (2013). Art. 11. Protección de la honra y la dignidad. En E. Alonso Regueira, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino* (págs. 203-217). Buenos Aires: La Ley.
- Pogge, T. (2000). The International Significance of Human Rights. *The Journal of Ethics*, 45-69.
- Pogge, T. (2012). ¿Estamos violando los derechos humanos de los pobres del mundo? *Eidos*, 1-56.
- Pogge, T. (2017). *Moral, justicia y derechos humanos*. Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

- Prieto Cruz, O. (2012). Doctrina de protección integral y contexto para el análisis de la población adolescente en condición de calle en Costa Rica. *Rev. Ciencias Sociales* 138, 61-75.
- Prieto Cruz, O. (2012). Doctrina de Protección Integral y contexto para el análisis de la población adolescente en condición de calle en Costa Rica. *Revista de Ciencias Sociales*, 61-75.
- Quicios García, M. d., & Lebrero Baena, M. P. (2011). LA desprotección invisible, nueva raíz del riesgo social infantil y juvenil. *Pedagogía Social. Revista Interuniversitaria*, 117-129.
- Ramírez Morera, M. (2015). *Un acercamiento al lenguaje inclusivo en género y discapacidad*. Belén: Universidad de Costa Rica.
- Redacción BBC News Mundo. (2 de diciembre de 2018). *Kindertransport, la misión secreta que salvó a 10.000 niños judíos del holocausto nazi*. Obtenido de BBC News Mundo: <https://acortar.link/NBuU7Y>
- Reed, E. (2005). *La evolución de la mujer. Del clan matriarcal a la familia patriarcal*. Coyoacán: Fontamara.
- Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*. CIDH y UNICEF.
- Robles, G. (1993). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Debate.
- Ruiz Miguel, A. (1997). Derecho y punto de vista moral. *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, 571-597.

- Salazar Blanco, G. (2004). La naturaleza jurídica de la adopción y reflexiones acerca de su irrevocabilidad: una visión desde los derechos humanos específicos del niño. *Foro Jurídico*, 234-243.
- Serrano Gómez, E. (2012). Teoría de la Constitución, Positivismo y Derechos Fundamentales. *Andamios*, volumen 9, número 18, 59-87.
- Spitz, R. A. (1945). *Hospitalism: Psychoanalytic study of the child*. New York: International University Press.
- Tam Málaga, J., Vera, G., & Olveros Ramos, R. (2008). Tipos, métodos y estrategias de investigación científica. *Pensamiento y acción*, 145-154.
- Taylor, F. M. (1891). The Law of Nature. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 559-560.
- Torres Mendez, M. (2019). *Tratado sobre el poder político reforzado con sociología jurídica y literatura*. Lima: Grijley.
- Vargas Quecaño, D. A., Morales Zárate, D. M., & Abanto Merino, P. (2022). *Informe Especial N.º 003-2022-DP, "Informe sobre los resultados de la supervisión nacional a unidades de protección especial - UPE"*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Varsi, E. (2011). *Tratado de derecho de familia – La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Varsi, E., & Chaves, M. (2010). Paternidad socio afectiva – La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto. *Actualidad Jurídica N.º 200. Gaceta Jurídica*, 57-64.

Vigo, R. (1998). Aproximaciones a la seguridad jurídica. *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, 495-516.

ANEXOS



**ENTREVISTA APLICADA A LOS FUNCIONARIOS O ESPECIALISTAS DE LA
UNIDAD DE PROTECCIÓN ESPECIAL – UPE CAJAMARCA**

Estimado Funcionario o Especialista de la Unidad de Protección Integral de Cajamarca, mediante la presente entrevista se pretende obtener información objetiva y relevante eficiente para el cumplimiento de los objetivos de la investigación doctoral titulada “El efectivo goce del niño, niña y adolescente, en situación de desprotección familiar, a vivir y desarrollarse en familia en el Perú”; en tal sentido, dada la importancia de su participación en la tutela del derecho antes señalado bajo el contexto de desprotección familiar, le agradecería aportar con el conocimiento adquirido con motivo de la experiencia adquirida en el ejercicio de sus funciones.

Nombre* : _____

Cargo ** : _____

Pregunta 1. Para cumplir con su finalidad, la UPE requiere de la intervención de un equipo interdisciplinario con los conocimientos y preparación suficiente para cumplir con los fines normativamente establecidos, bajo este contexto, ¿Cuáles son las especialidades que integran el/los equipo/s interdisciplinario/s especializado/s de la UPE Cajamarca?

Pregunta 2. ¿Considera usted que las especialidades y número de profesionales, con los que cuenta el equipo interdisciplinario de la UPE Cajamarca, son suficientes para atender las necesidades y tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación de desprotección atendidos?

* La consignación del nombre del entrevistado se consignará únicamente bajo su autorización.

** La consignación del cargo del entrevistado se consignará únicamente bajo su autorización.



Pregunta 3. Los profesionales que integran el equipo interdisciplinario, ¿poseen funciones diferenciadas y autónomas o integradas y complementarias entre sí?

Pregunta 4. ¿Cuál es el protocolo de actuación del equipo multidisciplinario ante la presentación de un caso por desprotección familiar?

Pregunta 5. ¿Cuál es el porcentaje de éxito en el cumplimiento de metas establecidas para la UPE Cajamarca desde el punto de vista del derecho a vivir y desarrollarse en familia que poseen los niños en los procedimientos por desprotección familiar?

Pregunta 6. ¿Cuál es el porcentaje de casos en los que se ha privilegiado el acogimiento familiar por terceros frente al internamiento en un centro de acogida residencial, en un caso de desprotección familiar?



Pregunta 7. La descentralización del banco de familias acogedoras y de la unidad de adopciones en todas las regiones del país, ¿considera que favorecería la efectividad del derecho a vivir y desarrollarse en familia, de los NNA en situación de desprotección familiar?

Pregunta 8. Las normas y las disposiciones administrativas reguladas en torno a la desprotección familiar ¿son suficientes y eficientes para asegurar el ejercicio del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en situación de desprotección?

Pregunta 9. ¿Considera que las competencias paralelas existentes, para el tratamiento de casos de desprotección familiar, de la UPE y del Poder Judicial (en aquellos lugares donde no existe UPE), genera consecuencias negativas en el tratamiento de la niñez en esta situación? Por favor explique. Se agregó esta pregunta por considerarla pertinente para los fines de la tesis.

Pregunta 10. ¿Considera que, el D.Leg. 1297 y su Reglamento, posibilitan que los fiscales de familia, en su rol de ser parte en los procedimientos por



desprotección familiar, proteja activamente el derecho a vivir y desarrollarse en familia de los NNA, que se encuentran en esta situación?

Pregunta 11. ¿Considera usted que los Fiscales de Familia deben estar posibilitados expresamente, por la norma de la materia, para dictar medidas de protección en el caso de NNA en situación de desprotección familiar?

Pregunta 12. ¿Considera que debiera existir una norma compulsiva que obligue, de manera efectiva, a que las municipalidades distritales y provinciales, tengan acreditadas a sus DEMUNAS ante el MIMP, para hacerse cargo del procedimiento por riesgo de desprotección familiar?

Pregunta 13. ¿La falta de acreditación de las DEMUNAS por parte del MIMP para llevar a cabo los procedimientos de riesgo de desprotección familiar, repercute directamente en la adecuada atención de los casos de desprotección familiar que atiende la UPE o el Poder Judicial, en aquellos lugares donde no existe una UPE?



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAJAMARCA
ESCUELA DE POSGRADO
UNIDAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO



Pregunta 14. ¿Qué sugerencias de cambio, modificación o adecuación normativa y procedimental podrían ser planteadas desde su experiencia para optimizar el ejercicio del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en situación de desprotección?



ENTREVISTA APLICADA A LOS RESPONSABLES DE LOS CENTROS DE ACOGIDA RESIDENCIAL DE CAJAMARCA

Estimada Responsable del Centro de Acogida Residencial – CAR “Hogar San Antonio” de Cajamarca, mediante la presente entrevista se pretende obtener información objetiva y relevante, eficiente para el cumplimiento de los objetivos de la investigación para la tesis doctoral titulada “El efectivo goce del niño, niña y adolescente, en situación de desprotección familiar, a vivir y desarrollarse en familia en el Perú”; en tal sentido, dada la importancia de su participación en la tutela del derecho antes señalado bajo el contexto de desprotección familiar, le agradecería aportar con sus conocimientos, con motivo de la experiencia adquirida en el ejercicio de sus funciones.

Nombre* : _____

Cargo ** : _____

Pregunta 1. Teniendo en cuenta el cambio de la normativa en lo que respecta a la desprotección familiar que privilegia a la acogida familiar sobre la residencial, ¿Considera que las disposiciones del Decreto Legislativo 1297 han tenido éxito en la reducción de población beneficiaria de este centro de acogida residencial?

Pregunta 2. Dentro de su experiencia, ¿la labor desplegada por la UPE Cajamarca, ha privilegiado el derecho a vivir y desarrollarse en familia priorizando el acogimiento familiar, por encima del acogimiento residencial?

* La consignación del nombre del entrevistado se consignará únicamente bajo su autorización.

** La consignación del cargo del entrevistado se consignará únicamente bajo su autorización.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAJAMARCA
ESCUELA DE POSGRADO
UNIDAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO



Pregunta 3. Dentro de su experiencia, ¿la labor desplegada en las provincias y distritos en los que no existe UPE, por el Poder Judicial de Cajamarca, ha privilegiado el derecho a vivir y desarrollarse en familia priorizando el acogimiento familiar por encima del acogimiento residencial?

Pregunta 4. Dentro de su experiencia, ¿existe la posibilidad real en la región Cajamarca de implementar procedimientos de acogimiento familiar por familias extensas o por terceros?

Pregunta 5. ¿Qué circunstancias ha podido presenciar que determinan la posibilidad o imposibilidad de implementar procedimientos de acogimiento familiar por familias extensas o por terceros?



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAJAMARCA
ESCUELA DE POSGRADO
UNIDAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO



Pregunta 6. En el CAR que dirige, respecto a los tutelados, ¿a podido advertir diferencias en el tratamiento procesal de aquellos NNA que han sido internados por el Poder Judicial, de los que han sido internados por la UPE? Por favor explique.

Pregunta 7. ¿Qué sugerencias puede usted aportar a nivel normativo o ejecutivo para optimizar la tutela del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en desprotección de la región Cajamarca?



**ENTREVISTA APLICADA A LOS FUNCIONARIOS O ESPECIALISTAS DE
LOS JUZGADOS DE FAMILIA O MIXTOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CAJAMARCA**

Estimado Sr/a. Funcionario (Juez/a) o Especialista de los Juzgados de Familia, que atienden casos de desprotección familiar, del Distrito Judicial de Cajamarca, mediante la presente entrevista se pretende obtener información objetiva y relevante eficiente para el cumplimiento de los objetivos de la investigación doctoral titulada “El efectivo goce del niño, niña y adolescente, en situación de desprotección familiar, a vivir y desarrollarse en familia en el Perú”. En tal sentido, dada la importancia de su participación en la tutela del derecho antes señalado bajo el contexto de desprotección familiar, le agradecería aportar con el conocimiento adquirido con motivo de la experiencia adquirida en el ejercicio de sus funciones.

Nombre* : _____

Cargo ** : _____

Pregunta 1. Para cumplir con el encargo del D.Leg. 1297 y su Reglamento, hecho hacia el Poder Judicial en los distritos de la región en los que no existe una UPE, se requiere de la intervención de un equipo interdisciplinario con los conocimientos y preparación suficiente para tutelar los derechos de los NNA en desprotección, bajo este contexto, ¿Cuáles son las especialidades que integran el equipo interdisciplinario especializado del Poder Judicial en el Distrito Judicial de Cajamarca?

Pregunta 2. ¿Considera usted que las especialidades y número de profesionales, con los que cuenta el equipo interdisciplinario del Poder Judicial

* La consignación del nombre del entrevistado se consignará únicamente bajo su autorización.

** La consignación del cargo del entrevistado se consignará únicamente bajo su autorización.



en el Distrito Judicial de Cajamarca son suficientes para atender las necesidades y tutelar los derechos de los NNA en situación de desprotección que atienden?

Pregunta 3. Los profesionales que integran el equipo interdisciplinario del Poder Judicial en el Distrito Judicial de Cajamarca, ¿cuentan con funciones diferenciadas y autónomas o integradas y complementarias entre sí?

Pregunta 4. ¿Conoce cuál es el protocolo de actuación del equipo multidisciplinario ante la presentación de un caso por desprotección familiar en el Poder Judicial en el Distrito Judicial de Cajamarca? Explique por favor.

Pregunta 5. ¿Cuál es el porcentaje de éxito en el cumplimiento de metas, desde la óptica del derecho a vivir y desarrollarse en familia, establecidas para el Poder Judicial en el Distrito Judicial de Cajamarca, en el tratamiento de casos de desprotección familiar de NNA, dentro de su ámbito competencial?



Pregunta 6. ¿Cuál es el porcentaje de casos conocidos por el Juzgado de Familia donde labora, en los que se ha privilegiado la tutela familiar ejercida por terceros frente al internamiento en un centro de acogida residencial frente a un caso de desprotección familiar?

Pregunta 7. Considera usted que, las normas jurídicas existentes que regulan la desprotección familiar ¿son suficientes y eficientes para asegurar el ejercicio del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en situación de desprotección?

Pregunta 8. ¿Considera que las competencias paralelas existentes, para el tratamiento de casos de desprotección familiar, de la UPE y del Poder Judicial (en aquellos lugares donde no existe UPE), genera consecuencias negativas en el tratamiento de la niñez en esta situación? Por favor explique.

Pregunta 9. ¿Considera que, el D.Leg. 1297 y su Reglamento, posibilitan que los fiscales de familia, en su rol de ser parte en los procedimientos por desprotección familiar, proteja activamente el derecho a vivir y desarrollarse en familia de los NNA, que se encuentran en esta situación?



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAJAMARCA
ESCUELA DE POSGRADO
UNIDAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO



Pregunta 10. ¿Considera usted que los Fiscales de Familia deben estar posibilitados expresamente, por la norma de la materia, para dictar medidas de protección en el caso de NNA en situación de desprotección familiar?

Pregunta 11. ¿Cuál cree sea la razón por la que, hasta el momento, no todas las municipalidades distritales y provinciales, tengan acreditadas a sus DEMUNAS ante el MIMP, para hacerse cargo del procedimiento por riesgo de desprotección familiar?

Pregunta 12. ¿La falta de acreditación de las DEMUNAS por parte del MIMP para llevar a cabo los procedimientos de riesgo de desprotección familiar, repercute directamente en la adecuada atención de los casos de desprotección familiar que atiende la UPE o el Poder Judicial, en aquellos lugares donde no existe una UPE?

Pregunta 13. ¿Qué sugerencias de cambio, modificación o adecuación normativa y procedimental podrían ser planteadas desde su experiencia para



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAJAMARCA
ESCUELA DE POSGRADO
UNIDAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO



optimizar el ejercicio del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en situación de desprotección?



ENTREVISTA APLICADA A LOS FISCALES ESPECIALIZADOS EN FAMILIA DEL DISTRITO FISCAL DE CAJAMARCA

Estimado Sr. Fiscal Especializado en Familia del Distrito Fiscal de Cajamarca, mediante la presente entrevista se pretende obtener información objetiva, relevante y eficiente, para el cumplimiento de los objetivos de la investigación doctoral titulada “El efectivo goce del niño, niña y adolescente, en situación de desprotección familiar, a vivir y desarrollarse en familia en el Perú”. En tal sentido, dada la importancia de su participación en la tutela del derecho antes señalado bajo el contexto de desprotección familiar, le agradecería aportar con el conocimiento adquirido con motivo de la experiencia adquirida en el ejercicio de sus funciones.

Nombre* : _____

Cargo ** : _____

Pregunta 1. Dada la variación de facultades de las Fiscalías de Familia en materia de desprotección familiar, bajo los alcances del D.Leg 1297 ¿Cuál es el diagnóstico que realiza usted respecto del éxito o fracaso que se ha tenido con las modificaciones normativas impuestas por la norma aludida?

Pregunta 2. ¿Considera usted eficaz la regulación de funciones para que las Fiscalías de Familia puedan interactuar con las UPE, a fin de atender las necesidades y tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación de desprotección familiar?

* La consignación del nombre del entrevistado se consignará únicamente bajo su autorización.

** La consignación del cargo del entrevistado se consignará únicamente bajo su autorización.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
ESCUELA DE POSGRADO
UNIDAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO



Pregunta 3. ¿Considera que, el D.Leg. 1297 y su Reglamento, posibilitan que los fiscales de familia, en su rol de ser parte en los procedimientos por desprotección familiar, proteja activamente el derecho a vivir y desarrollarse en familia de los NNA, que se encuentran en esta situación?

Pregunta 4. ¿Considera usted que los Fiscales de Familia deben estar posibilitados expresamente, por la norma de la materia, para dictar medidas de protección en el caso de NNA en situación de desprotección familia?

Pregunta 5. ¿La Fiscalía de la Nación, ha actualizado los protocolos de actuación, directivas, lineamientos y/o sistemas de registro de casos, de las Fiscalías de Familia, a los alcances del D.Leg. 1297 y su Reglamento?

Pregunta 6. ¿Cuál cree sea la razón por la cual, hasta el momento, no todas las municipalidades distritales y provinciales, tengan acreditadas a sus DEMUNAS ante el MIMP, para hacerse cargo del procedimiento por riesgo de desprotección familiar?



Pregunta 7. ¿La falta de acreditación de las DEMUNAS por parte del MIMP para llevar a cabo los procedimientos de riesgo de desprotección familiar, repercute directamente en la adecuada atención de los casos de desprotección familiar que atiende la UPE o el Poder Judicial, en aquellos lugares donde no existe una UPE?

Pregunta 8. Tal y como se desarrollan los procedimientos por desprotección familiar en la actualidad, ¿considera que se cumple con la finalidad de tutela del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes, con tal condición en la región Cajamarca?

Pregunta 9. ¿Qué opinión le merece la centralización del banco de familias acogedoras, así como el procedimiento para la selección de familias acogedoras, para que tengan la condición de “elegibles” a fin de hacer efectiva la medida de protección de acogimiento familiar en terceros?



Pregunta 10. ¿Considera usted que las normas, mecanismos o actuaciones relativas a los niños, niñas y adolescentes en desprotección familiar, son suficientes para asegurar la tutela efectiva del derecho a vivir y desarrollarse en familia en la región Cajamarca?

Pregunta 11. ¿Considera que las competencias paralelas existentes, para el tratamiento de casos de desprotección familiar, de la UPE y del Poder Judicial (en aquellos lugares donde no existe UPE), genera consecuencias negativas en el tratamiento de la niñez en esta situación? Por favor explique.

Pregunta 12. ¿Qué sugerencias de cambio, modificación o adecuación normativa y procedimental podrían ser planteadas desde su experiencia para optimizar el ejercicio del derecho a vivir y desarrollarse en familia de los niños, niñas y adolescentes en situación de desprotección?
