



**UNIVERSIDAD NACIONAL
SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

TESIS

**PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL NIÑO Y
ADOLESCENTE Y DERECHO DE TENENCIA DE LOS
PADRES EN EL PERÚ**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
Abogado**

Presentado por:

Bach. Valenzuela Menacho, Waldir Julinho

Asesor:

Mag. Demetrio Moisés Ordeano Vargas

Sublínea de Investigación:

Instituciones de derecho civil

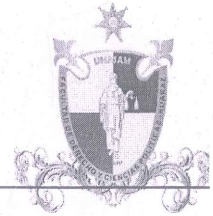
Huaraz – Ancash - Perú

2025





FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SECCION DE GRADOS Y TITULOS



ACTA DE SUSTENTACION PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

TOMO I - FOLIO 007 - AÑO 2025 - FDCCPP

MODALIDAD: TESIS

En la ciudad de Huaraz, siendo las catorce con treinta minutos del día jueves veintinueve de mayo del dos mil veinticinco. Se reunieron en la Sala de Audiencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas el Jurado Calificador, integrado por los siguientes docentes:

MAG. YUL ALEXANDER NEIRE ROBLES : **PRESIDENTE**
DRA. MARIA DEL CARMEN SEGURA CORDOVA : **SECRETARIA**
MAG. DEMETRIO MOISES ORDEANO VARGAS : **VOCAL**

Con el objeto de examinar la Sustentación de Tesis, titulada: "PROTECCION DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL NIÑO Y ADOLESCENTE Y DERECHO DE TENENCIA DE LOS PADRES EN EL PERÚ", del bachiller: VALENZUELA MENACHO WALDIR JULINHO, para OPTAR el Título Profesional de Abogado.

Acto seguido, el bachiller fue llamado por su nombre e invitado a ocupar el podio a efectos de su exposición, luego de lo cual, fue examinada en relación a la tesis sustentada. Culminado el acto, el Presidente invitó a los asistentes a retirarse para la deliberación. Obteniéndose la siguiente calificación:

PROMEDIO : DIECISEIS (16)
 RESULTADO : APROBADO POR UNANIMIDAD

En mérito de lo cual, el **Jurado Calificador** lo **Declara:** APTO
 para que se le otorgue el Título Profesional de Abogado. Con lo que concluye el Acto, siendo las 3:40 horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.

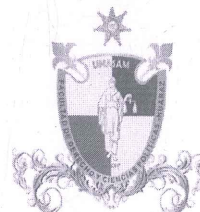
 MAG. YUL ALEXANDER NEIRE ROBLES
 PRESIDENTE

 DRA. MARIA DEL CARMEN SEGURA CORDOVA
 SECRETARIA

 MAG. DEMETRIO MOISES ORDEANO VARGAS
 VOCAL



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



“Año de la Recuperación y Consolidación de la Economía Peruana”.

AUTORIZACIÓN DE EMPASTADO

Habiendo participado en el acto de sustentación del Bachiller: **WALDIR JULINHO VALENZUELA MENACHO**, como jurado de la investigación jurídica titulada: **“PROTECCION DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL NIÑO Y ADOLESCENTE Y DERECHO DE TENENCIA DE LOS PADRES EN EL PERÚ”**, conforme consta en el Acta de Sustentación de fecha **29 DE MAYO DE 2025**; para la obtención del Título Profesional de Abogado. Teniendo a la vista la referida investigación y habiéndose examinado se procede a firmar **LA AUTORIZACIÓN PARA EL EMPASTADO**, toda vez que reúne los requisitos teóricos, metodológicos y formales exigidos por el Reglamento de la Unidad de Investigación y la Sección de Grados y Títulos de la FDCCPP, así como con la conformidad de su asesor el **MAG. DEMETRIO MOISES ORDEANO VARGAS**

En señal de asentimiento se procede a firmar la autorización:

MAG. YUL ALEXANDER NEIRE ROBLES	:	PRESIDENTE
DRA. MARIA DEL CARMEN SEGURA CORDOVA	:	SECRETARIA
MAG. DEMETRIO MOISES ORDEANO VARGAS	:	VOCAL

Huaraz, 03 de junio de 2025.



MAG. YUL ALEXANDER NEIRE ROBLES
PRESIDENTE



DRA. MARIA DEL CARMEN SEGURA CORDOVA
SECRETARIA

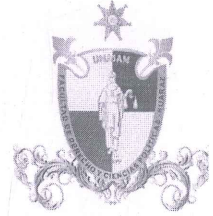


MAG. DEMETRIO MOISES ORDEANO VARGAS
VOCAL

REGISTRO N° 032



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



“Año de la Recuperación y Consolidación de la Economía Peruana”

EL DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACION DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL “SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO”.

CERTIFICADO DE SIMILITUD

Que, el Bachiller: **WALDIR JULINHO VALENZUELA MENACHO**, autor de la tesis jurídica titulada: “**PROTECCION DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL NIÑO Y ADOLESCENTE Y DERECHO DE TENENCIA DE LOS PADRES EN EL PERÚ**”, ha sido aprobada en acto publico de sustentación, conforme consta en el acta correspondiente de fecha **29 DE MAYO DE 2025**, suscrito por los miembros de jurado. Asimismo, su expediente CUENTA CON EL REPORTE E INFORME DE SIMILITUD presentado por su asesor el **MAG. DEMETRIO MOISES ORDEANO VARGAS**, el cual se encuentra dentro del porcentaje igual o menor al 25% de similitud exigidos a los Programas de Estudio del Pregrado de la UNASAM.

Se otorga la presente certificación a solicitud del interesado para los efectos de Registro y Publicación de la tesis en el Repositorio Institucional.

Huaraz, 04 de junio de 2025.




Dr. Fabel Bernabe Robles Espinoza
DIRECTOR
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN
FDCPPC - UNASAM

REGISTRO N° 032

Anexo de la R.C.U N° 126 -2022 -UNASAM
ANEXO 1
INFORME DE SIMILITUD.

El que suscribe (asesor) del trabajo de investigación titulado:

Protección del derecho a la defensa del niño y adolescente y derecho de tenencia de los padres en el Perú.

Presentado por: Valenzuela Menacho Waldir Julinho

con DNI N°: 70610287

para optar el Título Profesional de:

Abogado.

Informo que el documento del trabajo anteriormente indicado ha sido sometido a revisión, mediante la plataforma de evaluación de similitud, conforme al Artículo 11° del presente reglamento y de la evaluación de originalidad se tiene un porcentaje de : 18% de similitud.

Evaluación y acciones del reporte de similitud de los trabajos de los estudiantes/ tesis de pre grado (Art. 11, inc. 1).

Porcentaje		Evaluación y acciones	Seleccione donde corresponda
Trabajos de estudiantes	Tesis de pregrado		
Del 1 al 30%	Del 1 al 25%	Esta dentro del rango aceptable de similitud y podrá pasar al siguiente paso según sea el caso.	<input checked="" type="radio"/>
Del 31 al 50%	Del 26 al 50%	Se debe devolver al estudiante o egresado para las correcciones con las sugerencias que amerita y que se presente nuevamente el trabajo.	<input type="radio"/>
Mayores a 51%	Mayores a 51%	El docente o asesor que es el responsable de la revisión del documento emite un informe y el autor recibe una observación en un primer momento y si persistiese el trabajo es invalidado.	<input type="radio"/>

Por tanto, en mi condición de Asesor/ Jefe de Grados y Títulos de la EPG UNASAM/ Director o Editor responsable, firmo el presente informe en señal de conformidad y adjunto la primera hoja del reporte del software anti-plagio.

Huaraz, 02/06/2025



FIRMA
Apellidos y Nombres: Ordeano Vargas Demetrio Moises

DNI N°: 31667497

Se adjunta:

1. Reporte completo Generado por la plataforma de evaluación de similitud

WALDIR JULINHO VALENZUELA MENACHO

PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL NIÑO Y ADOLESCENTE Y DERECHO DE TENENCIA DE LOS PADRES EN...

 My Files

 My Files

 Universidad Nacional Santiago Antunez de Mayolo

Detalles del documento

Identificador de la entrega

trn:oid:::8100:450429406

Fecha de entrega

18 abr 2025, 9:54 p.m. GMT-5

Fecha de descarga

18 abr 2025, 10:01 p.m. GMT-5

Nombre de archivo

tesis final - revisada.docx

Tamaño de archivo

302.0 KB

145 Páginas

38.339 Palabras

209.107 Caracteres




18% Overall Similarity

The combined total of all matches, including overlapping sources, for each database.

Filtered from the Report

- ▶ Bibliography
- ▶ Quoted Text
- ▶ Cited Text
- ▶ Small Matches (less than 8 words)

Top Sources

- 13%  Internet sources
- 11%  Publications
- 15%  Submitted works (Student Papers)

Integrity Flags

0 Integrity Flags for Review

No suspicious text manipulations found.

Our system's algorithms look deeply at a document for any inconsistencies that would set it apart from a normal submission. If we notice something strange, we flag it for you to review.

A Flag is not necessarily an indicator of a problem. However, we'd recommend you focus your attention there for further review.

AGRADECIMIENTO

A Dios, que es mi guía y fortaleza en cada paso de este camino.

A mis docentes, padres, hermano, abuelos y familia, cuya fe inquebrantable en mí ha sido mi mayor inspiración.



INDICE

RESUMEN	v
ABSTRACT	vi
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	4
PROBLEMA Y LA METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN	4
1.1 Descripción del problema.....	4
1.2 Formulación del problema.....	7
1.3 Importancia del Problema.....	8
1.4. Justificación y Viabilidad	9
1.5 Objetivos.....	13
1.6 Hipótesis	14
1.7 Categorías	15
1.8 Metodología de la investigación.....	16
CAPÍTULO II.....	27
MARCO TEORICO	27
2.1 Antecedentes de la investigación.....	27
2.2 Bases teóricas	34
2.3 Definición de términos	46
CAPÍTULO III	48

RESULTADOS Y DISCUSIÓN	48
4.1 Resultados.....	48
4.2 Discusión	80
CAPITULO IV	111
VALIDACIÓN O CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	111
4.1 Hipótesis materia de validación o contrastación	111
4.2 Validación o contrastación de las hipótesis.....	112
CONCLUSIONES.....	128
RECOMENDACIONES	130
Referencias bibliográficas	131
Anexos.....	136
1-A Matriz de consistencia.....	136
1-B Anexo – Proyecto de Ley	137

RESUMEN

La tesis se denomina "Protección del derecho a la defensa del niño y adolescente y derecho de tenencia de los padres en el Perú", enfocado en el avance de protección de los derechos del niños y adolescentes garantizando una defensa legal en todo ámbito y proceso y no necesariamente en la temática penal. El propósito del estudio fue analizar cómo se protege el derecho a la defensa de los niños y adolescentes y garantizando su participación efectiva en conflictos sobre derecho de tenencia de los padres en el Perú. La hipótesis planteada se enfoca en la mejor protección del derecho de los niños y adolescentes y como esto puede afectar su participación directa.

La metodología empleada es eminentemente cualitativa, bajo investigación dogmático-jurídico y documental. Los resultados muestran la poca protección del derecho a la defensa de los niños y adolescentes. Las conclusiones sugieren que es necesario fortalecer las disposiciones jurídicas que tratan sobre la defensa legal de los niños y adolescentes involucrados en las decisiones sobre procesos de tenencia. Se recomienda una reforma concreta sobre el artículo 146 del Código de los Niños y Adolescentes, en donde se debe optimizar la participación obligatoria de un abogado defensor otorgando más precisión y detalle.

Palabras clave: Defensa del niño, Tenencia de los padres, Derecho a ser escuchado, Interés superior del niño.

ABSTRACT

The thesis is titled "Protection of the Right to Defense of Children and Adolescents and the Parental Custody Rights in Peru," focusing on the progress in protecting the rights of children and adolescents by guaranteeing legal defense in all areas and processes, not limited to criminal matters. The purpose of the study was to analyze how the right to defense of children and adolescents is protected, ensuring their effective participation in conflicts over parental custody rights in Peru. The hypothesis focuses on the enhanced protection of the rights of children and adolescents and how this may affect their direct participation.

The methodology employed is primarily qualitative, under a dogmatic-legal and documentary research approach. The results show limited protection of the right to defense for children and adolescents. The conclusions suggest the need to strengthen legal provisions regarding the legal defense of children and adolescents involved in custody decision-making processes. A concrete reform of Article 25 of the Code of Children and Adolescents is recommended, where the mandatory participation of a defense attorney should be optimized, providing more precision and detail.

Keywords: Child defense, Parental custody, Right to be heard, Best interests of the child.



INTRODUCCIÓN

La tesis sobre la "Protección del derecho a la defensa del niño y adolescente y el derecho de tenencia de los padres en el Perú", identifica vacíos normativos en el Código de los Niños y Adolescentes, específicamente en cuanto a la obligatoriedad de la participación de un abogado defensor en los procesos de tenencia, lo cual es importante para garantizar que el interés superior de los niños y adolescentes. Es así, que se hace necesario enfocarse en reformas concretas enfocados en el interés superior del niño y la administración de justicia inclusiva.

El propósito de este estudio es analizar críticamente el marco normativo, doctrinal y jurisprudencial que regula la defensa técnica del niño y adolescente en los procesos de tenencia en el Perú, con el fin de proponer una reforma legislativa orientada a garantizar su participación efectiva. La investigación reviste especial importancia porque aborda una zona de tensión entre dos derechos fundamentales: el derecho a la defensa técnica especializada y el derecho de tenencia ejercido por los progenitores, en contextos donde el interés superior del menor debe prevalecer como principio rector. El estudio se realizó bajo un enfoque cualitativo, de tipo dogmático-jurídico, utilizando el análisis documental como técnica principal de recolección y procesamiento de información.

En este primer capítulo se presenta la problemática de la protección del derecho a la defensa de los niños y adolescentes en el Perú frente al derecho de tenencia de los padres, en donde se enfatiza la tensión entre ambos derechos. Este capítulo introduce la necesidad de una regulación adecuada que garantice una defensa técnica eficiente para los niños y adolescentes, mediante la formulación del problema precisando en la defensa y participación legal activa de los niños y adolescentes. También se destacan los objetivos, metodología cualitativa y dogmático-jurídico y documental, permitiendo un

análisis profundo de las disposiciones jurídicas actuales en el sistema jurídico peruano en relación a los niños y adolescentes.

El segundo capítulo trata sobre el marco teórico. Desarrolla los antecedentes nacionales e internacionales del derecho a la defensa de los niños y adolescentes, en la otra orilla el derecho de los padres a la tenencia. Se precisan bases teóricas que sostienen el estudio, así como los términos que se utilizan. Por último, se desarrolla la metodología jurídica dogmática, cualitativa, documental sobre las diversas disposiciones jurídicas de los derechos de los niños y adolescente en el Perú, como de la tenencia. Es así, que este capítulo contiene los pilares del estudio para establecer la criticidad y análisis de este tema.

El tercer capítulo recoge los resultados y discusión de los hallazgos del estudio. Se profundiza en el derecho a la defensa de los niños y adolescentes y en los procesos de tenencia en el Perú, pues estas muestran vacíos en las disposiciones jurídicas. Los resultados revelan la institución del abogado defensor del niño y adolescentes a través de la doctrina y disposiciones comparadas que recogen estas instituciones que priorizan la defensa legal bajo el interés superior de los niños y adolescentes. Adicionalmente, se contrasta en la discusión la situación de la defensa legal de los niños y adolescentes, estableciendo los pro y contras de los diversos argumentos.

El cuarto capítulo detalla la validación y contrastación de las hipótesis. Las hipótesis sostienen los vacíos en las disposiciones jurídicas sobre la asesoría y defensa legal y participación de los niños y adolescentes en los procesos de tenencia. Se destaca el aseguramiento de la defensa técnica de los niños y adolescentes en disputas de tenencia en el Perú. El capítulo propone modificar el artículo 146 del Código de los Niños y

Adolescentes para garantizar la presencia del abogado defensor especializado para protección de los derechos de los niños y adolescentes en procesos de tenencia.

La conclusión de la tesis, precisa el vacío jurídico detectado sobre el abogado y defensa legal de los niños y adolescentes en los procesos de tenencia de los padres. Las recomendaciones sugieren la modificación del artículo 146 del Código de los Niños y Adolescentes desarrollando esta temática que optimiza la participación y defensa.

El tesista

CAPÍTULO I

PROBLEMA Y LA METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema

El diagnóstico

El derecho a la defensa del niño y adolescente y la tenencia de los padres en el Perú es complejo y multifacético. Este conflicto aparente entre derechos fundamentales ha generado un intenso debate en la sociedad peruana, poniendo de relieve la necesidad imperiosa de encontrar un equilibrio ético y justo entre la salvaguarda de los derechos del menor y el respeto a los derechos parentales. En el núcleo de esta problemática se encuentra la delicada tarea de garantizar el bienestar y el desarrollo óptimo del niño o adolescente, al tiempo que se reconoce el vínculo natural y los derechos legítimos de los progenitores.

El derecho a la defensa del menor constituye un principio inviolable consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la legislación peruana, que busca asegurar su integridad física, emocional y psicológica. Como bien señala Lansdown (2005), los niños son individuos con derechos propios y sujetos de derechos humanos. Este principio fundamental se basa en el reconocimiento de que los niños y adolescentes son personas vulnerables que requieren una protección especial y la priorización de su interés superior, tal como lo expresa la Ley N° 27337 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú (1992).

El derecho de tenencia de los padres se fundamenta en el vínculo biológico y el papel primordial que desempeñan en el desarrollo y la crianza de sus hijos. Según Fariña et al. (2017), los padres tienen la responsabilidad natural de velar por el bienestar de sus hijos y tomar decisiones en su nombre, siempre y cuando no se ponga en riesgo su

seguridad o integridad. Este derecho se sustenta en la premisa de que los progenitores son los principales garantes del cuidado y la protección de sus hijos.

La complejidad de este dilema radica en encontrar un equilibrio adecuado entre ambos derechos fundamentales, evitando situaciones en las que uno se imponga sobre el otro de manera desproporcionada o injustificada. En algunos casos, como bien advierte Cillero (1999), el ejercicio del derecho de tenencia de los padres puede entrar en conflicto con el interés superior del niño o adolescente, especialmente cuando se presentan circunstancias como maltrato, negligencia o entornos familiares disfuncionales.

Pronóstico

Si no se aborda esta problemática de manera efectiva y se establece un marco legal y procedimental claro, las consecuencias podrían ser devastadoras tanto para los niños y adolescentes como para la sociedad en su conjunto. Un desequilibrio prolongado entre estos derechos fundamentales podría dar lugar a situaciones de vulneración de derechos, daños emocionales y psicológicos en los menores, así como a la perpetuación de patrones de violencia y disfuncionalidad familiar.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, 2017), la falta de protección adecuada de los derechos del niño puede tener consecuencias negativas a largo plazo, tanto para el individuo como para la sociedad. En ausencia de una regulación y aplicación adecuadas, los niños y adolescentes podrían verse expuestos a entornos perjudiciales o privados del acceso a una defensa efectiva de sus derechos, socavando su desarrollo óptimo y generando traumas duraderos y problemas de salud mental a largo plazo.

Como señala Beloff (2004), la falta de una solución equilibrada podría erosionar la confianza pública en el sistema legal y judicial, socavando la credibilidad de las

instituciones encargadas de proteger los derechos humanos y de velar por el interés superior del niño. Esto, a su vez, podría conducir a una mayor desconfianza en las autoridades y a una mayor polarización social en torno a este tema sensible.

Control del tema

Para abordar de manera efectiva este desafío y establecer un equilibrio justo y ético entre el derecho a la defensa del niño y adolescente y el derecho de tenencia de los padres, se requiere una combinación de esfuerzos legislativos, judiciales, sociales y educativos.

En primer lugar, es fundamental que el marco legal peruano se actualice y se fortalezca para brindar una protección integral a los derechos del niño y adolescente, sin menoscabar indebidamente los derechos parentales. Esto podría lograrse mediante la revisión y enmienda de las leyes y reglamentos pertinentes, con el fin de establecer criterios claros y procedimientos transparentes para determinar el interés superior del menor en situaciones de conflicto. Como sugiere Beloff (2004), es necesario armonizar la legislación nacional con los estándares internacionales en materia de derechos del niño.

En segundo lugar, es importante que el sistema judicial peruano cuente con los recursos y la capacitación adecuada para abordar estos casos complejos de manera justa y eficiente. La formación especializada de jueces, abogados y trabajadores sociales en cuestiones relacionadas con los derechos del niño y la familia, así como la implementación de mecanismos de resolución de disputas alternativos y enfocados en la mediación y la conciliación, son elementos clave para garantizar una adecuada administración de justicia en este ámbito.

Se debe fomentar una mayor concienciación social y educación sobre los derechos y responsabilidades de los padres y los derechos fundamentales de los niños y

adolescentes. Como señala Lansdown (2005), esto puede lograrse a través de campañas de sensibilización, programas educativos en las escuelas y la promoción de una cultura de respeto y protección de los derechos humanos en todas las esferas de la sociedad.

Finalmente, es importante que exista una colaboración estrecha entre las autoridades gubernamentales, las organizaciones de la sociedad civil, los expertos en derechos humanos y las comunidades locales para abordar esta problemática de manera integral y sostenible. Sólo mediante un enfoque multidimensional que combine esfuerzos legislativos, judiciales, educativos y comunitarios, se podrá alcanzar un equilibrio justo y ético entre el derecho a la defensa del niño y adolescente y el derecho de tenencia de los padres en el Perú. Este equilibrio permitirá garantizar el bienestar y el desarrollo óptimo de los menores, al tiempo que se respetan los derechos y responsabilidades legítimas de los progenitores, contribuyendo así a la construcción de una sociedad más justa y respetuosa de los derechos humanos fundamentales.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema Principal.

¿Cuál es la protección del derecho a la defensa del niño y al adolescente frente al derecho de tenencia de los padres en el Perú?

1.2.2 Problemas Específicos

¿Cuáles son las consecuencias de la falta de regulación de la protección de los derechos de los niños y adolescentes para asegurar su participación directa y a través de su abogado defensor en los casos de tenencia solicitados por los padres?

¿Qué fundamentos jurídicos sustentan la regulación de la figura del abogado defensor en los procesos de tenencia para asegurar el derecho a la defensa del niño y adolescente en el Perú?

¿Cómo se solucionará la falta de regulación de la protección de los derechos de los niños y adolescentes para asegurar su participación directa y a través de su abogado defensor en los casos de tenencia solicitados por los padres?

1.3 Importancia del Problema

La protección del derecho a la defensa de los niños y adolescentes en los procesos de tenencia es un imperativo ético y legal. Los niños y adolescentes son titulares de derechos humanos fundamentales, y su dignidad debe ser respetada en todas las circunstancias. La falta de una adecuada protección de su derecho a la defensa puede llevar a vulneraciones graves de sus derechos y a situaciones injustas que afectan su bienestar emocional y psicológico.

El principio del interés superior del niño es un pilar fundamental en el derecho internacional de los derechos humanos y en las legislaciones nacionales. Garantizar que los menores tengan la oportunidad de expresar sus deseos y preocupaciones en los procesos de tenencia es importante para determinar lo que realmente es mejor para ellos. Sin una defensa adecuada, este principio podría quedar en entredicho, y las decisiones judiciales podrían alejarse del verdadero interés de los menores.

La etapa de la niñez y adolescencia es importante para el desarrollo integral de los individuos. Los procesos de tenencia pueden influir de manera significativa en su desarrollo emocional, social y psicológico. Garantizar una protección efectiva de su derecho a la defensa no solo se trata de cumplir con las obligaciones legales, sino también de contribuir al bienestar y desarrollo de futuros ciudadanos.

Los procesos de tenencia pueden ser altamente conflictivos y traumáticos tanto para los menores como para sus familias. Una protección inadecuada del derecho a la defensa puede exacerbar estos conflictos y traumas, dejando secuelas emocionales que

perduran en el tiempo. La resolución justa y equitativa de estos casos es fundamental para evitar traumas a largo plazo en los menores involucrados.

La confianza en el sistema de justicia es importante para el funcionamiento de una sociedad democrática. Cuando los menores no tienen acceso a una defensa adecuada en los procesos de tenencia, se socava la confianza en el sistema legal. Esto puede llevar a una percepción de injusticia y a la desconfianza en las instituciones, lo que a su vez puede tener efectos negativos en la cohesión social y en el respeto por el Estado de Derecho.

La protección del derecho a la defensa de los niños y adolescentes es también una cuestión de igualdad y no discriminación. Garantizar que todos los menores, sin importar su origen socioeconómico, género, orientación sexual o cualquier otra característica, tengan acceso a una defensa efectiva es importante para prevenir la discriminación y promover la igualdad de oportunidades.

El Perú, al igual que otros países, ha ratificado tratados internacionales que establecen la obligación de proteger los derechos de los niños y adolescentes. Cumplir con estos compromisos internacionales es un deber moral y legal. La falta de protección del derecho a la defensa de los menores en los procesos de tenencia podría poner en entredicho el cumplimiento de estos compromisos.

El estudio y la resolución efectiva de este problema no solo benefician a la generación actual de niños y adolescentes, sino que también sientan las bases para futuras generaciones. Establecer precedentes y normativas sólidas en esta área contribuye a una sociedad más justa y respetuosa de los derechos humanos en el largo plazo.

1.4. Justificación y Viabilidad

1.4.1 Justificación de la investigación

1.4.1.1 La justificación jurídica o teórica

La protección del derecho a la defensa del niño y adolescente frente al derecho de tenencia de los padres en el Perú se enmarca en la teoría de los derechos humanos y la doctrina de la protección integral de la infancia. Esta problemática pone de manifiesto la tensión existente entre dos derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico peruano y en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por un lado, el derecho a la defensa del niño y adolescente, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley N° 27337 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú, busca garantizar el interés superior del menor y su desarrollo integral. Como señala Cillero (1999), el interés superior del niño es un principio fundamental que debe orientar la interpretación y aplicación de todas las disposiciones legales relacionadas con la infancia.

Por otro lado, el derecho de tenencia de los padres se fundamenta en la teoría del vínculo familiar y la responsabilidad parental. Según Mella (2014), los padres tienen el derecho y la obligación de velar por el bienestar de sus hijos y tomar decisiones en su nombre, siempre y cuando no se ponga en riesgo su seguridad o integridad. Esta tensión entre derechos fundamentales plantea un desafío para el sistema jurídico peruano, que debe encontrar un equilibrio justo y ético entre la protección del niño y el respeto a los derechos parentales.

1.4.1.2 La justificación metodológica

Esta investigación se enmarca dentro de un enfoque cualitativo, dogmático-jurídico y documental, ya que busca analizar y comprender en profundidad la problemática desde una perspectiva jurídica y teórica. Según Ramos (2018), el enfoque cualitativo en la investigación jurídica permite una comprensión holística y contextualizada de los fenómenos legales, a través del análisis de fuentes documentales,

jurisprudencia y doctrina. El método dogmático-jurídico, como explica Courtis (2006), consiste en el análisis sistemático y crítico de las normas jurídicas, su interpretación y aplicación, con el fin de desentrañar su sentido y alcance. Este enfoque es fundamental para examinar el marco legal y jurisprudencial relacionado con los derechos del niño y la tenencia de los padres en el Perú.

1.4.1.3 La justificación social

El tema de investigación tiene una relevancia social significativa, ya que aborda una problemática que afecta directamente el bienestar y los derechos fundamentales de uno de los grupos más vulnerables de la sociedad: los niños y adolescentes. La protección de los derechos del niño es un factor clave para el desarrollo humano sostenible y la construcción de sociedades más justas e inclusivas. Asimismo, esta investigación contribuirá a generar conciencia y promover el respeto por los derechos humanos de los menores, fomentando una cultura de protección integral de la infancia. Como expresa Lansdown (2005), la promoción de los derechos del niño no solo beneficia a los niños y adolescentes, sino que también fortalece el tejido social y el Estado de Derecho.

1.4.1.4 La justificación práctica

Los hallazgos y propuestas derivados de esta investigación tendrán implicaciones prácticas para diversos actores involucrados en la protección de los derechos del niño y adolescente, así como en la administración de justicia en materia familiar. Los jueces, abogados, trabajadores sociales, autoridades gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil podrán utilizar los aportes de este estudio para mejorar sus prácticas y políticas relacionadas con la defensa del menor y la tenencia de los padres. Esta investigación servirá como una herramienta de referencia para los operadores jurídicos y

los tomadores de decisiones, brindándoles un análisis exhaustivo y fundamentado sobre esta problemática.

1.4.1.5 La justificación jurídica-legal

El derecho a la investigación y a la realización de tesis se encuentra respaldado por diversos instrumentos legales y normativos en el Perú. La Ley Universitaria N° 30220 reconoce la importancia de la investigación y la producción de conocimiento en las instituciones de educación superior. Por lo tanto, esta investigación se enmarca dentro del marco legal vigente y responde a la necesidad de generar conocimiento y análisis crítico sobre una problemática jurídica relevante para la sociedad peruana.

1.4.1.6 Viabilidad

La presente investigación es viable y factible desde diferentes perspectivas. En primer lugar, se cuenta con los recursos bibliográficos y documentales necesarios para llevar a cabo una revisión exhaustiva de la literatura existente sobre el tema. Esto incluye el acceso a bases de datos académicas, repositorios digitales y bibliotecas especializadas en derecho y derechos humanos. En segundo lugar, se dispone de los recursos humanos adecuados para realizar la investigación. El equipo investigador está conformado por expertos en derecho, metodología de la investigación jurídica y derechos del niño y adolescente, con amplia experiencia en el análisis y la redacción de trabajos académicos de alta calidad. En cuanto a los recursos financieros, se cuenta con un presupuesto suficiente para cubrir los gastos asociados a la investigación, tales como la adquisición de materiales, la asistencia a eventos académicos y la publicación de los resultados.

1.4.2 Delimitación.

1.4.2.1 Delimitación teórica

La delimitación teórica se enmarca dentro del ámbito del derecho, específicamente en las disciplinas del derecho civil, procesal civil y derecho de familia. Estas áreas del derecho son las que regulan los procesos de tenencia y los derechos de los menores en el contexto de las disputas familiares. El problema de investigación se centrará en la protección del derecho a la defensa de los niños y adolescentes en estos procesos y cómo se aplica en la práctica legal peruana.

1.4.2.2 Delimitación temporal

El estudio se llevará a cabo en el año 2023. Esta delimitación temporal se justifica por la necesidad de analizar la situación actual de la protección del derecho a la defensa de los menores en los procesos de tenencia en el Perú. El año 2023 permite obtener datos y casos recientes que reflejen la situación legal y práctica en este momento, lo que contribuirá a una investigación actualizada y relevante.

1.4.2.3 Delimitación social

La delimitación social se centra en el sector de la sociedad peruana afectado por el problema. En este caso, el problema afecta principalmente a las familias y, más específicamente, a los niños y adolescentes involucrados en procesos de tenencia. Estos menores, junto con sus padres o tutores, son los actores principales afectados por la falta de una protección adecuada de su derecho a la defensa en estos procesos legales.

1.5 Objetivos

1.5.1 Objetivo general.

Determinar cuál es la protección del derecho a la defensa del niño y al adolescente frente al derecho de tenencia de los padres en el Perú.

1.5.2 Objetivos específicos.

Analizar cuáles son las consecuencias de la falta de regulación de la protección de los derechos de los niños y adolescentes para asegurar su participación directa y a través de su abogado defensor en los casos de tenencia solicitados por los padres.

Explicar qué fundamentos jurídicos sustentan la regulación de la figura del abogado defensor en los procesos de tenencia para asegurar el derecho a la defensa del niño y adolescente en el Perú.

Exponer cómo se solucionará la falta de regulación de la protección de los derechos de los niños y adolescentes para asegurar su participación directa y a través de su abogado defensor en los casos de tenencia solicitados por los padres.

1.6 Hipótesis

1.6.1 Hipótesis general.

La protección del derecho a la defensa del niño y al adolescente frente al derecho de tenencia de los padres en el Perú, no se encuentra regulado para garantizar una etapa de participación directa y mediante su abogado defensor.

1.6.2 Hipótesis específica.

Las consecuencias de la falta de regulación de la protección de los derechos de los niños y adolescentes para asegurar su participación directa y a través de su abogado defensor en los casos de tenencia solicitados por los padres, son las vulneraciones al interés superior del niño y el derecho a la defensa.

La regulación adecuada y específica de la figura del abogado defensor en los procesos de tenencia es fundamental para garantizar el derecho a la defensa del niño y adolescente en el Perú, debido a que los fundamentos jurídicos actuales no proveen las garantías necesarias para proteger de manera integral sus derechos en este ámbito.

Se solucionará la falta de regulación de la protección de los derechos de los niños y adolescentes para asegurar su participación directa y a través de su abogado defensor en los casos de tenencia solicitados por los padres, mediante la modificatoria del artículo 146 del Código de los niños y adolescentes para garantizar su participación en los procesos por sí y por su abogado defensor.

1.7 Categorías

1.7.1 Identificación de categorías.

Categoría 1

Derecho a la defensa del niño y adolescente

Dimensión: Componentes

Sub categorías:

- Derecho a ser escuchado.
- Abogado defensor.

Categoría 2

Tenencia

Dimensión: Tipos

Sub categorías:

- Tenencia exclusiva.
- Tenencia compartida.

1.8 Metodología de la investigación

1.8.1 Tipo y diseño de investigación

1.8.1.1 Tipo de investigación.

La investigación en el ámbito jurídico es importante para comprender y analizar cuestiones importantes que afectan a la sociedad, especialmente en lo que respecta a la protección de los derechos de los niños y adolescentes. En el Perú, al igual que en muchos otros países, se encuentra en constante evolución la relación entre el derecho a la defensa de los menores y el derecho de tenencia de los padres. Este tema se convierte en una preocupación importante, ya que se busca garantizar el bienestar de los niños y adolescentes en situaciones de disputa familiar. En esta investigación, abordaremos la cuestión desde una perspectiva dogmática, profundizando en el análisis jurídico de los derechos humanos, el derecho del niño y adolescente, y el derecho de familia en el contexto peruano. Para lograr un enfoque original, creativo e innovador, examinaremos los principios fundamentales que rigen esta problemática y exploraremos las distintas dimensiones que influyen en la toma de decisiones judiciales.

1.8.1.2 Diseño de investigación.

El diseño de investigación no experimental y transversal se presenta como un enfoque adecuado y efectivo para abordar la protección del derecho a la defensa del niño y adolescente frente al derecho de tenencia de los padres en el Perú. Este diseño permite obtener una visión auténtica de la situación, identificar desafíos y tendencias, y contribuir al desarrollo de políticas y reformas legales que promuevan el bienestar de los menores en situaciones de disputa familiar. La combinación de un enfoque no experimental y un diseño transversal garantiza la pertinencia y la validez de los resultados de la investigación en este importante ámbito del derecho.

1.8.2 Métodos de Investigación

La metodología de investigación jurídica es fundamental para el avance del conocimiento en el ámbito del Derecho. A través de diferentes enfoques y técnicas, los investigadores pueden profundizar en la comprensión de las normas, instituciones y procesos legales, así como analizar críticamente su impacto en la sociedad. A continuación, se exploran algunos de los métodos más relevantes en este campo:

1. Método dogmático-jurídico:

Este método se centra en el estudio sistemático y riguroso del Derecho positivo, es decir, de las normas jurídicas vigentes en un determinado ordenamiento. El método dogmático-jurídico busca comprender, interpretar y sistematizar el Derecho vigente, con el objetivo de brindar soluciones a los problemas jurídicos concretos". A través de este enfoque, los investigadores analizan la coherencia y consistencia de las normas legales, identificando posibles lagunas o contradicciones, y ofreciendo propuestas de mejora o modificación. La dogmática jurídica no solo describe las normas, sino que también las reconstruye y depura, convirtiéndose en una herramienta indispensable para la aplicación e interpretación del Derecho.

2. Método hermenéutico:

Este método se enfoca en la interpretación y comprensión del sentido y alcance de las normas jurídicas, así como de los fenómenos sociales y culturales que las rodean. La hermenéutica es el arte de comprender, especialmente la comprensión de textos, pero no sólo de textos escritos, sino también de toda manifestación de la vida humana. En el ámbito jurídico, este método implica analizar el contexto histórico, social y cultural en el que se crearon y se aplican las normas, con el fin de captar su verdadero significado y alcance.

3. Método exegetico:

Este método se basa en el análisis minucioso y detallado del texto legal, con el objetivo de determinar su significado y alcance a partir de su interpretación literal. El método exegetico se centra en el estudio exhaustivo de las fuentes del Derecho, especialmente la ley, con el fin de desentrañar su verdadero sentido y aplicarlo correctamente. Este enfoque implica el análisis gramatical, lógico y sistemático de las normas, así como el estudio de su evolución histórica y de los precedentes jurisprudenciales.

4. Método de argumentación jurídica:

Este método se enfoca en el análisis y construcción de argumentos jurídicos sólidos y coherentes, con el fin de justificar y fundamentar las decisiones legales. La argumentación jurídica es el corazón del Derecho, pues es a través de ella que se resuelven los conflictos y se construyen las soluciones jurídicas. Este enfoque implica el uso de técnicas y estrategias argumentativas, como la ponderación de principios, la analogía, la interpretación sistemática y la valoración de pruebas, entre otras.

1.8.3 Plan de recolección de la información

Técnica de Recolección: Análisis Documental

El análisis documental es una técnica importante en la investigación jurídica que implica la revisión y examen crítico de documentos escritos, textos legales, jurisprudencia, doctrina y otros materiales relevantes para el tema de estudio. Esta técnica es particularmente valiosa en el ámbito del derecho, ya que permite acceder a la legislación vigente, casos judiciales previos y opiniones de expertos.

Pasos en el Análisis Documental:

Selección de documentos: En primer lugar, se identifican y seleccionan los documentos pertinentes para la investigación, como leyes, reglamentos, sentencias judiciales, artículos académicos, libros y otros recursos relacionados con los derechos del niño y adolescente, así como el derecho de familia en el contexto peruano.

Evaluación crítica: Cada documento seleccionado se somete a una evaluación crítica para determinar su relevancia, confiabilidad y pertinencia para la investigación. Se busca determinar si los documentos son apropiados y sólidos como fuentes de información.

Extracción de información: Se extrae información clave de los documentos, incluyendo datos sobre la legislación aplicable, casos relevantes, opiniones de expertos y argumentos legales.

Organización y clasificación: La información recopilada se organiza y clasifica sistemáticamente para facilitar su posterior análisis y referencia en la investigación.

Instrumentos de Recolección: Fichas Textuales y Fichas de Resumen

Para llevar a cabo el análisis documental de manera efectiva, es común utilizar instrumentos de recolección de información, como las fichas textuales y las fichas de resumen:

1. Fichas Textuales: Las fichas textuales son instrumentos que permiten registrar fragmentos de texto relevantes de los documentos analizados. Estas fichas incluyen la cita textual, la fuente, la página y una breve descripción del contenido. Las fichas textuales son útiles para preservar la integridad de la información y citar correctamente las fuentes en el trabajo de investigación.

2. Fichas de Resumen: Las fichas de resumen son instrumentos que sintetizan la información relevante de los documentos de manera concisa. Estas fichas incluyen una

breve descripción del contenido, los puntos clave, las conclusiones y las implicaciones para la investigación. Las fichas de resumen ayudan a organizar la información de manera más clara y a identificar patrones y tendencias.

Fuentes e Informantes

Las fuentes de información y los informantes desempeñan un papel importante en la recopilación de datos y la obtención de conocimiento en la investigación jurídica. En el contexto de la protección del derecho a la defensa del niño y adolescente frente al derecho de tenencia de los padres en el Perú, las fuentes e informantes pueden incluir:

1. Libros: Los libros especializados en derechos humanos, derecho del niño y adolescente, y derecho de familia son fuentes fundamentales de información. Estos libros proporcionan una visión integral de los temas y su evolución a lo largo del tiempo.

2. Revistas académicas: Las revistas académicas jurídicas suelen publicar artículos de expertos en el campo, lo que ofrece perspectivas actualizadas y análisis críticos de cuestiones jurídicas relevantes.

3. Jurisprudencia: La jurisprudencia, que incluye sentencias judiciales y precedentes legales, es una fuente importante para entender cómo se aplican las leyes en casos concretos relacionados con la protección de los derechos del niño y adolescente.

4. Portales de Internet: Los portales de internet proporcionan acceso a documentos legales, informes de organizaciones internacionales, y otros recursos en línea relacionados con la legislación y los derechos de los menores en el Perú y a nivel global.

5. Informantes expertos: También se pueden considerar expertos en el campo como fuentes de información, a través de entrevistas o consultas para obtener perspectivas y conocimientos adicionales.

1.8.5 Plan de procesamiento y análisis de información

El éxito de una investigación jurídica depende en gran medida de la efectividad del procesamiento y análisis de la información recopilada. En el contexto de la protección del derecho a la defensa del niño y adolescente frente al derecho de tenencia de los padres en el Perú, es importante contar con un plan claro y organizado para manejar la información de manera adecuada. En este artículo, se desarrollará un plan de procesamiento y análisis de la información, dividiéndolo en tres componentes clave: la estrategia de recopilación de la información, el análisis y evaluación de la información, y los criterios de la investigación para el trato de la información.

1. Estrategia de Recopilación de la Información

La estrategia de recopilación de la información se refiere a la planificación de cómo se obtendrá la información necesaria para la investigación. En este caso, dado que estamos investigando sobre la protección de los derechos del niño y adolescente en el contexto de la tenencia de los padres en el Perú, la estrategia debe ser precisa y cuidadosamente diseñada.

Pasos en la Estrategia de Recopilación:

a. Selección de Fuentes: Identificar las fuentes de información relevantes, como legislación, jurisprudencia, documentos gubernamentales, libros académicos, revistas especializadas y estudios previos relacionados con el tema.

b. Definición de Métodos: Determinar los métodos específicos para recopilar la información, como la revisión de documentos legales, la consulta de jurisprudencia, la realización de entrevistas a expertos en el campo y la búsqueda en línea de recursos actualizados.

c. Diseño de Cuestionarios y Protocolos: Si se planea realizar entrevistas o encuestas, diseñar cuestionarios o protocolos estructurados que aborden preguntas clave

sobre la protección de los derechos del niño y adolescente en casos de tenencia de los padres.

d. Recopilación de Datos: Llevar a cabo la recopilación de datos de acuerdo con la estrategia definida, asegurándose de registrar cuidadosamente todas las fuentes y mantener un registro organizado de la información obtenida.

2. Análisis y Evaluación de la Información

Una vez que se ha recopilado la información, es fundamental realizar un análisis exhaustivo y una evaluación crítica de los datos obtenidos. Este proceso permite extraer conclusiones sólidas y fundamentadas sobre la situación de los derechos del niño y adolescente en casos de tenencia de los padres en el Perú.

Pasos en el Análisis y Evaluación de la Información:

a. Identificación de Patrones: Buscar patrones y tendencias en los datos recopilados, como casos recurrentes de vulneración de derechos o prácticas legales comunes en disputas de tenencia.

b. Comparación de Fuentes: Comparar la información obtenida de diferentes fuentes para identificar discrepancias o concordancias en la legislación, jurisprudencia o prácticas legales.

c. Aplicación de Marco Teórico: Utilizar el marco teórico y conceptual de los derechos humanos, el derecho del niño y adolescente, y el derecho de familia para evaluar la coherencia de la información recopilada con los estándares internacionales y nacionales.

d. Evaluación de la Credibilidad de las Fuentes: Evaluar la credibilidad y autoridad de las fuentes de información utilizadas, dando prioridad a documentos legales y estudios de expertos reconocidos.

e. Interpretación de Resultados: Interpretar los resultados del análisis en el contexto de la investigación y determinar cómo respaldan o refutan las hipótesis de investigación.

3. Criterios de la Investigación para el Trato de la Información

Los criterios de la investigación son principios éticos y metodológicos que guían el tratamiento de la información. En el contexto de la investigación jurídica, es fundamental mantener altos estándares de integridad y rigor en el manejo de los datos.

Criterios de la Investigación:

a. Confidencialidad: Respetar la confidencialidad de la información obtenida, especialmente en el caso de entrevistas o datos personales que puedan identificar a las partes involucradas en casos judiciales.

b. Veracidad y Precisión: Garantizar la veracidad y precisión de la información recopilada, evitando la manipulación o distorsión de datos.

c. Transparencia: Ser transparente sobre las fuentes de información, los métodos de recopilación y los criterios de selección de datos, lo que permite a otros investigadores evaluar y replicar el estudio.

d. Ética de la Investigación: Respetar los principios éticos de la investigación, incluyendo el consentimiento informado en caso de entrevistas y el respeto a los derechos de los participantes.

e. Imparcialidad: Mantener una postura imparcial y objetiva en el análisis de la información, evitando sesgos o prejuicios que puedan influir en los resultados.

1.8.6 Unidad de análisis y muestra

Unidad de análisis

La unidad de análisis estará constituida por las disposiciones normativas, jurisprudencia y doctrina referidas a la protección del derecho a la defensa y representación legal de los niños y adolescentes en procesos judiciales y administrativos, en contraste con las normas y lineamientos jurisprudenciales sobre el derecho de tenencia de los padres.

Se analizarán así las siguientes fuentes: la Constitución Peruana, el Código de los Niños y Adolescentes, el Código Civil, la Ley de Proceso de Familia y su jurisprudencia vinculante, así como los principales aportes doctrinarios en materia de derechos del niño, patria potestad, tenencia y régimen de visitas. El enfoque interdisciplinario permitirá identificar tensiones, vacíos u omisiones normativas en la correlación entre estas instituciones jurídicas.

Muestra

Respecto a la muestra, por la naturaleza cualitativa y crítico-propositiva de la investigación, la misma será intencional y no probabilística. Se seleccionarán así las disposiciones legales, lineamientos jurisprudenciales y planteamientos doctrinarios más relevantes y representativos en torno al objeto de estudio.

Esta muestra documental será definida mediante un riguroso proceso de filtrado, que descarte aquellas fuentes que no aporten elementos indispensables para el análisis. Los criterios serán la vigencia normativa, la vinculación temática y la solvencia argumentativa de las unidades seleccionadas. Por su carácter no probabilístico, el tamaño de la muestra no permite hacer inferencia estadística, pero sí alcanzar un grado de saturación y representatividad cualitativa de las categorías en estudio.

El proceso de muestreo se llevará hasta que se logre una comprensión profunda del problema y sus aristas jurídicas centrales. Esto permitirá cumplir con el propósito

interpretativo y crítico de la investigación, en miras a esclarecer aspectos controversiales y mejorar la protección efectiva de los derechos fundamentales en juego.

1.8.7 Técnica de validación de la hipótesis

La validación de hipótesis en esta investigación cualitativa y crítico-propositiva se realizará principalmente mediante la técnica de cristalización. Esta permite abordar el objeto de estudio desde múltiples enfoques jurídicos, contrastándolos entre sí para identificar facetas controversiales del problema. El proceso implica analizar las disposiciones constitucionales, legales y lineamientos jurisprudenciales referidos a la defensa y representación legal del niño, frente a las normas sobre patria potestad y tenencia. Se identificarán omisiones, vacíos e inconsistencias entre estos cuerpos normativos.

Luego, el contraste crítico con los aportes doctrinarios locales e internacionales aportará luces sobre las tensiones detectadas. Finalmente, usando como referencia los estándares internacionales en derechos humanos, se evaluará si el ordenamiento jurídico nacional brinda una protección adecuada al derecho de defensa de niños y adolescentes. Esta cristalización permitirá validar o refutar las hipótesis sobre posibles deficiencias en la correlación entre las instituciones analizadas, y la necesidad de realizar ajustes normativos, jurisprudenciales o de política pública. Revelará también vacíos argumentativos que requieran mayor investigación.

Adicionalmente, se utilizará la argumentación jurídica, desplegando un razonamiento lógico y crítico sobre las fuentes, para confirmar o no las hipótesis y responder las preguntas que orientan esta investigación. Se argumentará sobre la base de principios generales del derecho, garantías constitucionales, disposiciones legales e instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Perú. La aplicación

rigurosa de estas técnicas otorgará validez a los hallazgos, proporcionando sólidos sustentos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios a las conclusiones y propuestas finales para mejorar la protección de los derechos fundamentales en juego en este ámbito.



CAPÍTULO II

MARCO TEORICO

2.1 Antecedentes de la investigación

2.1.1 Antecedentes Internacionales

Maradiegue (2023), en el artículo “Derechos del menor versus derechos de los padres: revisión de las cuestiones legales en la atención médica de los adolescentes”. El propósito fue examinar el panorama legal respecto al derecho de los adolescentes a acceder a atención médica confidencial, especialmente en temas sensibles como el aborto y la contracepción. La hipótesis fue establecer que el estudio presupone que los desafíos legales actuales están erosionando las protecciones establecidas, limitando las opciones de atención médica para los adolescentes. La metodología se basó en la revisión de literatura utilizando palabras clave identificadas previamente en CINAHL y MEDLINE, y LexisNexis para identificar leyes y estatutos relevantes. Los resultados se destacan en la la erosión de protecciones legales como las afirmadas por la decisión Roe v. Wade, evidenciando la reducción de opciones de atención para adolescentes debido a desafíos legales. Las recomendaciones precisan que es importante que los proveedores de atención médica comprendan las complejidades legales para navegar eficazmente el entorno y asegurar una atención adecuada a este grupo vulnerable.

Gonzales (2019) en la Tesis: “El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la defensa técnica: el abogado del niño, una tarea pendiente en Chile”. La investigación tiene como objetivo analizar la figura del abogado del niño como mecanismo de representación judicial en Argentina y Estados Unidos, evaluando su aplicabilidad en Chile. Se plantea la hipótesis de que el ordenamiento jurídico chileno no contempla una estructura de defensa judicial ni un marco jurídico integral que garantice la participación de los NNA

en los procedimientos judiciales de familia, vulnerando el derecho a la defensa y a la igualdad ante la ley de los NNA. Se realiza un análisis comparado de la legislación de Argentina y Estados Unidos para evaluar la figura del abogado del niño y su aplicabilidad en Chile. Se examinan los fundamentos legales que posicionan a los NNA como sujetos de derecho con garantías procesales. Se analiza la participación de los NNA en los procedimientos de familia en Chile y la representación judicial a través del curador ad litem. Se proponen categorías y funciones para la regulación de la figura del abogado del niño en Chile. Se concluye que la figura del curador ad litem en Chile es defectuosa, ya que su función no está claramente definida y en ocasiones no representa los intereses manifiestos de los NNA. Se propone la implementación de la figura del abogado del niño como una forma de reconocer y garantizar la participación de los NNA en los procedimientos judiciales de familia. Se argumenta que la intervención del abogado del niño no debe limitarse a ciertas situaciones, sino ser aplicada en todos los casos donde se afecten los intereses de los NNA. Se enfatiza la importancia de equilibrar la autonomía progresiva y la protección de los NNA en el modelo de representación judicial.

Díaz (2019) en la tesis: “La figura del abogado del niño, su incorporación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Su implementación en la justicia de la Provincia de Entre Ríos”. El propósito de la investigación es analizar el proceso de incorporación de la figura del Abogado del Niño en la justicia de Entre Ríos, conociendo los proyectos, instituciones y agentes intervinientes en su implementación. La hipótesis planteada es que a través de la figura del Abogado del Niño se respeta el derecho del niño a contar con un abogado de su elección, que represente sus intereses en los procesos en los que es parte. La metodología utilizada es descriptiva-explicativa, se recopila información sobre la cuestión investigada y se realiza una descripción del objeto de

estudio. Los resultados obtenidos muestran que la figura del Abogado del Niño ha sido incorporada en la legislación nacional e internacional, pero su implementación en la justicia de Entre Ríos ha sido lenta y con limitaciones. Las conclusiones finales indican que el derecho del niño a contar con un abogado de su elección aún no se encuentra plenamente garantizado, pero se han dado avances en su reconocimiento y se reconoce la importancia de su participación activa en los procesos judiciales. Es necesario seguir trabajando para asegurar su efectivo cumplimiento.

Velásquez (2020), en el artículo de investigación “Niñas y niños migrantes no acompañados. Una defensa a su derecho a participar como nuevos actores sociales”. El estudio explora la importancia de la participación de niños y niñas migrantes no acompañados en procedimientos de protección infantil, subrayando su autonomía y necesidad de reconocerlos como actores sociales con derechos. La investigación postula que los sistemas de protección deben adaptarse para considerar las particularidades de estos niños como actores sociales, lo que contribuiría a una protección más efectiva de sus derechos. La hipótesis central sostiene que la inclusión activa de los niños y niñas migrantes en los procesos que los afectan podría mejorar significativamente la protección y respeto de sus derechos en el contexto migratorio. Metodológicamente, el estudio adopta un enfoque cualitativo, analizando casos y legislaciones relevantes para entender mejor la posición de estos menores dentro de los sistemas de protección existentes y cómo podrían ser mejorados. Los resultados revelan una falta general de participación significativa de los niños en sus procesos de protección, a menudo tratados como objetos de protección más que como participantes activos. Las conclusiones enfatizan la necesidad de reformas en los sistemas de protección infantil que reconozcan la autonomía y capacidad de los niños y niñas migrantes no acompañados para participar en decisiones

que los afectan directamente, asegurando que sus voces sean escuchadas y tenidas en cuenta en el diseño e implementación de medidas de protección y políticas migratorias.

2.1.2 Antecedentes Nacionales.

Reyes (2021), en la tesis “La tenencia compartida y la afectación del interés superior del niño y adolescente en el distrito de Villa El Salvador – 2019”. El propósito de la presente investigación es determinar si la tenencia compartida afecta el interés superior del niño y adolescente en el distrito de Villa El Salvador. Para ello, se plantea la siguiente hipótesis: "Es probable que la tenencia afecte el desarrollo del interés superior del niño y adolescente en el distrito de Villa El Salvador-2019". En términos metodológicos, el trabajo se enmarca en una investigación de tipo básico puro, con un enfoque cuantitativo. Se utilizó un diseño descriptivo correlacional, con una muestra de 70 abogados del distrito de Villa El Salvador. Se aplicaron técnicas de investigación como la elaboración de encuestas y se analizaron los resultados utilizando el software estadístico SPSS. Los resultados obtenidos indican una correlación entre la variable de tenencia compartida y el interés superior del niño y adolescente. Además, se obtuvo un coeficiente de fiabilidad de los resultados mediante el cálculo del alfa de Cronbach. En cuanto a las conclusiones, se puede afirmar que existe una afectación en el desarrollo del interés superior del niño y adolescente debido a la tenencia compartida en el distrito de Villa El Salvador. Estos hallazgos tienen relevancia tanto teórica como práctica, ya que contribuyen al conocimiento en el campo jurídico y pueden servir de base para futuras investigaciones y para la toma de decisiones en casos de tenencia compartida.

Ponce (2022) “Aplicación de la tenencia compartida a partir del interés superior de los niños y adolescentes, Arequipa, 2021”. El propósito de la investigación fue determinar cómo la aplicación de la tenencia compartida vulnera el interés superior de los

niños y adolescentes en Arequipa en el año 2021. La hipótesis planteada podría ser que la aplicación de la tenencia compartida perjudica la estabilidad emocional y el desarrollo integral de los niños y adolescentes, debido a la falta de una vivienda permanente y la necesidad de adaptarse constantemente a diversas rutinas y normas de conducta. Para la investigación, se utilizó un enfoque cualitativo y un diseño de teoría fundamentada. Se emplearon técnicas como la entrevista, el análisis documental y el análisis normativo. Estas técnicas se aplicaron a especialistas en Derecho, utilizando guías de preguntas de entrevista, guías de análisis documental y guías de análisis normativo. Los datos recopilados fueron procesados mediante técnicas de análisis de datos e interpretación jurídica. Los resultados obtenidos indicaron que la aplicación de la tenencia compartida vulnera el interés superior de los niños y adolescentes, ya que afecta su estabilidad emocional y su desarrollo integral. Esto se debe a que no tienen una vivienda permanente y deben adaptarse constantemente a diferentes hábitos, rutinas y normas de conducta. En conclusión, la investigación encontró evidencia de que la aplicación de la tenencia compartida perjudica el interés superior de los niños y adolescentes. Estos resultados tienen implicancias importantes para la protección integral de los niños y adolescentes en situaciones de separación de sus progenitores.

Pariasca (2022), en su artículo de investigación “La congruencia procesal en la tenencia del niño, niña o adolescente”. Este estudio aborda la congruencia procesal en la tenencia de menores, enfatizando la interpretación integral del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes para resolver disputas familiares sobre custodia. La hipótesis central sugiere que la flexibilización del principio de congruencia procesal podría beneficiar la resolución de estas disputas, promoviendo decisiones más adaptativas y equitativas que atiendan el interés superior del menor. La metodología jurídica empleada

analiza decisiones judiciales y normativas relevantes, complementando con un enfoque doctrinal que respalda la interpretación y aplicación práctica de las leyes en contextos familiares específicos. Los resultados indican una tendencia en la jurisprudencia y la doctrina hacia la flexibilización del principio de congruencia, permitiendo al juez considerar elementos implícitos en las demandas para resolver de manera más completa y justa las cuestiones de tenencia. En conclusión, la investigación propone una interpretación integral del derecho procesal familiar que permita a los jueces abordar de manera holística los conflictos de tenencia, asegurando que las decisiones judiciales reflejen las necesidades reales y el bienestar de los menores involucrados, evitando procesos prolongados y litigios innecesarios.

2.1.3 Antecedentes Locales.

Chávez (2022), en la tesis “Las redes sociales y el derecho fundamental a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes en el Perú”. La presente tesis investigó cómo las redes sociales afectan la intimidad de menores en Perú, utilizando un enfoque descriptivo y transversal. La investigación teórica y no experimental centró su análisis en las fuentes formales del derecho, como la doctrina, jurisprudencia y normativas. La metodología empleada incluyó técnicas de fichaje y análisis de contenido. Los resultados indican que las redes sociales presentan riesgos para la intimidad de niños y adolescentes debido a su nivel de desarrollo y madurez. Los menores son vulnerables a influencias externas, lo que compromete el principio del interés superior del niño. En conclusión, aunque los niños y adolescentes tienen derechos, la sociedad y las tecnologías actuales, a menudo, infringen su intimidad y datos personales, haciendo necesario imponer limitaciones al uso de redes sociales para proteger sus derechos fundamentales.

Obispo (2018), en la tesis “La tenencia compartida y vulneración al interés superior del menor en el derecho de familia peruano”. El estudio realizado aborda la tenencia compartida y su posible vulneración al interés superior del menor en el contexto jurídico peruano, desde una perspectiva dogmática-jurídica. La hipótesis central sugiere una posible vulneración de dicho interés en las decisiones judiciales relacionadas con la tenencia compartida, introducida por modificaciones legislativas en el Código de los Niños y Adolescentes. La metodología empleada es descriptiva y específicamente jurídico-dogmática, utilizando el método hermenéutico para interpretar la legislación relevante. Se adopta un enfoque cualitativo para analizar jurisprudencia y determinar las implicaciones de la tenencia compartida, enfocándose en cómo estas pueden afectar el desarrollo integral del niño desde la óptica del principio del interés superior del niño. Los resultados indican que, aunque la tenencia compartida busca equilibrar los derechos y responsabilidades de los padres, en la práctica puede generar conflictos que afecten el bienestar del menor. Las conclusiones destacan la necesidad de revisar y ajustar las prácticas judiciales y legislativas para garantizar que el interés superior del niño prevalezca en todas las decisiones relacionadas con la tenencia compartida, asegurando su desarrollo integral y bienestar en un ambiente estable y armonioso.

Huerta (2019), en la tesis “Interés superior del niño en la adopción judicial de menores en abandono con acogimiento Familiar”. El estudio analizado busca determinar el cumplimiento del principio del Interés Superior del Niño en la adopción judicial de menores en abandono con acogimiento familiar, según la legislación peruana. La hipótesis planteada sugiere que existen vacíos legales en la normativa vigente que impiden una adecuada aplicación de este principio. Utilizando una metodología dogmático-jurídica, que incluye el análisis de normas y una aproximación hermenéutica,

argumentativa, dogmática y exegética, se recopiló información mediante técnicas de análisis documental y revisión bibliográfica. Los resultados revelan que la legislación actual no se ajusta completamente a la doctrina de Protección Integral, lo que dificulta la aplicación efectiva del Interés Superior del Niño en los procesos de adopción judicial. Los análisis normativos, doctrinarios y jurisprudenciales indican que, aunque los jueces tienen la capacidad de aplicar este principio, los vacíos legales limitan su eficacia práctica. Como conclusión, se recomienda una reforma legislativa para llenar estos vacíos y asegurar una protección más efectiva del bienestar de los menores en procesos de adopción. Se propone modificar específicamente la Ley 30162 y el Decreto Legislativo 1297 para alinearlos con los estándares internacionales y las necesidades prácticas de protección de menores, asegurando así que el Interés Superior del Niño prevalezca en todas las decisiones relativas a su adopción y bienestar.

2.2 Bases teóricas

2.2.1 Derecho a la defensa del niño y adolescente

2.2.1.1 Concepto

Los derechos humanos son inherentes a todas las personas, independientemente de su edad. Desde la perspectiva de Encarnación-Díaz et al. (2020),

“el derecho a la defensa engloba una serie de garantías, como son: contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, prohibición de ser interrogado sin la presencia de un abogado defensor, en procedimientos judiciales ser asistido por un abogado defensor de confianza o que se le designe un abogado del Estado” (p. 517).

De acuerdo con Medina. (2001), durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: letra e) Derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley (p. 4).

Sin embargo, la vulnerabilidad de los niños y adolescentes hace que su protección sea de máxima importancia como lo menciona Acuña (2019). Los derechos humanos de los niños y adolescentes se basan en la Convención sobre los Derechos del Niño, un tratado internacional que reconoce la necesidad de salvaguardar los intereses superiores del niño en todas las decisiones y acciones que los afecten. Uno de los derechos fundamentales en este contexto es el derecho a la defensa. Este derecho se entiende como la capacidad de los niños y adolescentes para participar activamente en los procedimientos judiciales o administrativos que los involucren, según lo mencionado por Novella (2020). La defensa adecuada garantiza que se respeten sus derechos y se tomen en cuenta sus opiniones y necesidades, de acuerdo con su edad y madurez.

Uno de los componentes importantes del derecho a la defensa del niño y adolescente es la asesoría legal especializada. Esto implica que los niños y adolescentes deben tener acceso a abogados o defensores legales con experiencia en cuestiones relacionadas con la infancia y la adolescencia como precisa Connell et al. (2021). Estos profesionales deben comprender las necesidades específicas de los menores y abogar por su interés superior en todas las etapas del proceso legal. El derecho a la defensa implica la participación activa de los niños y adolescentes en todas las decisiones que los afecten. Esto significa que deben tener la oportunidad de expresar sus opiniones, deseos y

preocupaciones en un entorno que les permita comprender el proceso legal y sus implicaciones. Su voz debe ser tomada en serio y considerada en la toma de decisiones.

La defensa del niño y adolescente debe adaptarse a su edad y madurez. Esto significa que se deben utilizar métodos de comunicación y enfoques que sean apropiados para su nivel de desarrollo. La comprensión de un niño de cinco años es diferente a la de un adolescente de quince, y la defensa debe reflejar esta diferencia como precisa Olmos (2021). El derecho a la defensa también implica garantizar el debido proceso legal. Esto incluye el derecho a un juicio justo, la presunción de inocencia y la protección contra la autoincriminación. Los niños y adolescentes deben ser tratados con dignidad y respeto en todos los procedimientos legales. El derecho a la defensa debe garantizar que los niños y adolescentes no sean discriminados en función de su género, origen étnico, orientación sexual, discapacidad u otras características personales. Todos los menores deben tener igualdad de oportunidades para ejercer su derecho a la defensa.

2.2.1.2 Componentes

2.2.1.2.1 Derecho a ser escuchado.

El derecho a ser escuchado es un componente importante de la participación activa de los niños y adolescentes en todas las decisiones que los afectan. Desde la perspectiva de Bustos (2017),

¿Qué es el derecho a ser escuchado? Aristóteles distinguía tres principios activos en la retórica: el logos, que es el argumento, la idea que se defiende; el pathos, que es el estado de ánimo de la audiencia que debe pulsar el buen orador; y el ethos, que es el carácter reconocible o autoridad natural del orador: su derecho a ser escuchado (p. 29).

Según Bernuz (2015), "el derecho del niño a ser escuchado se extiende a cualquier intervención que le pueda afectar, incluida la que procede desde la justicia de menores " (p. 67). En el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, este derecho se encuentra firmemente establecido en su numeral 1 del Artículo 12, que establece que "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". Dentro del ámbito del derecho de familia, el derecho a ser escuchado cobra especial relevancia. Los asuntos familiares, como la custodia, el régimen de visitas y la adopción, a menudo involucran decisiones que tienen un impacto significativo en la vida de los niños y adolescentes desde la perspectiva de Cárdenas (2021). Por lo tanto, es importante que se les otorgue la oportunidad de expresar sus puntos de vista y preocupaciones en estos contextos. Como hace notar Bernuz Beneitez (2015),

“la Convención exige empezar a pensar en este como sujeto de derecho que tiene algo que decir sobre su presente y su futuro. Además, centrándonos en el ámbito de la justicia penal de menores, se tratará de profundizar en la importancia que tiene la forma en que se realiza el propio derecho a ser escuchado, por su trascendencia en la percepción de la justicia por los menores y por la influencia en la obediencia espontánea de las normas y decisiones judiciales” (p. 71).

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que la capacidad de los niños para formarse un juicio propio y expresar sus opiniones varía según su edad y madurez. Esto significa que la aplicación del derecho a ser escuchado debe ser flexible y adaptarse a las circunstancias individuales de cada niño o adolescente. Es importante que

se tengan en cuenta estos factores para garantizar una participación efectiva y significativa como menciona Granados (2022). Para garantizar la implementación efectiva del derecho a ser escuchado, es necesario que existan mecanismos adecuados para que los niños y adolescentes puedan expresar sus opiniones de manera segura y confidencial. Los profesionales de la psicología y el trabajo social desempeñan un papel importante en la facilitación de este proceso, asegurando que los menores se sientan cómodos y respaldados al expresar sus puntos de vista.

En el contexto judicial, es importante que los jueces y magistrados estén capacitados para comprender la importancia del derecho a ser escuchado y cómo aplicarlo de manera efectiva. Esto implica escuchar a los niños y adolescentes de manera respetuosa y considerar sus opiniones al tomar decisiones que los afecten. Además, se deben tomar medidas para proteger a los menores de cualquier forma de represalia o intimidación por parte de las partes involucradas en los procedimientos legales.

2.2.1.2.2 Abogado defensor.

El abogado defensor es un pilar fundamental en la protección de los derechos humanos en el sistema legal. Su tarea principal es asegurarse de que se respeten las garantías procesales de sus clientes, independientemente de su edad o situación. Según Canales et al. (2005),

Una de esas garantías es el derecho a la defensa que tiene el imputado o acusado de un delito para defenderse valiéndose para ello de un abogado defensor, siendo este a quien le corresponde demostrar la inocencia del imputado utilizando los términos de derecho y las herramientas que la ley le dota para tal fin (p. 2).

Desde la perspectiva de Silvestroni (2011), En el proceso penal el imputado siempre está en situación de desventaja. La defensa no está en pie de igualdad con

la acusación. Lo que se impone entonces es desarrollar técnicas jurídicas para poner un freno al avance de un aparato procesal que, si se lo deja avanzar por su cuenta, terminará con una condena (p. 25)

Cuando se trata de niños y adolescentes, esta labor adquiere una dimensión aún más importante, ya que los menores pueden ser especialmente vulnerables en el sistema legal como mencionan Jaramillo-Ayala & Salazar-Orozco (2023). El derecho del niño y adolescente es un campo especializado que se centra en la protección de los derechos de los menores en diversos contextos legales, como el derecho de familia, el derecho penal juvenil y la adopción. El abogado defensor que trabaja en estos ámbitos debe ser especialmente consciente de las necesidades y preocupaciones únicas de sus jóvenes clientes.

Uno de los derechos humanos fundamentales es el derecho a una defensa adecuada. Este derecho garantiza que todas las personas tengan acceso a un abogado competente que los represente de manera efectiva en el proceso legal desde la visión de Olmos (2021). Cuando se trata de niños y adolescentes, este derecho se convierte en un imperativo aún mayor, ya que los menores pueden no comprender completamente el sistema legal y sus implicaciones. El abogado defensor también desempeña un papel importante en la protección de la privacidad y confidencialidad de sus clientes jóvenes. Los niños y adolescentes pueden tener preocupaciones sobre la divulgación de información personal o embarazosa en el proceso legal. El abogado debe asegurarse de que se respete su derecho a la privacidad y que se evite cualquier exposición innecesaria.

La comunicación efectiva es importante en la relación entre el abogado defensor y el cliente joven. El abogado debe adaptar su enfoque para garantizar que el menor comprenda completamente su situación legal y las posibles consecuencias. Esto implica

explicar de manera clara y comprensible los procedimientos legales y las opciones disponibles. El abogado defensor que trabaja con niños y adolescentes debe tener en cuenta el principio del "interés superior del niño". Esto significa que su principal consideración debe ser el bienestar del cliente joven. Debe abogar por soluciones que beneficien al menor y promuevan su desarrollo saludable.

2.2.2 Tenencia

2.2.2.1 Concepto

La tenencia, en el contexto del derecho de familia, se refiere a la responsabilidad de cuidar y tomar decisiones importantes sobre los hijos menores de edad cuando los padres no viven juntos. Como expone Aguilar (2009),

“Se traduce la tenencia en la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad, pues si el padre o madre no ejerce la llamada tenencia, cómo podría estar al frente del proceso educativo, cómo podría representarlo legalmente, o cómo podría ejercer una corrección moderada” (p. 192).

Tradicionalmente, este concepto estaba vinculado a la custodia física de los niños, es decir, con quién vivirían después de una separación como precisa Aguilar (2014). Sin embargo, en la actualidad, el enfoque se ha ampliado para incluir aspectos de toma de decisiones y responsabilidad compartida.

Históricamente, la tenencia de los hijos solía otorgarse automáticamente a uno de los padres (generalmente a la madre) en casos de divorcio o separación. Esta práctica

reflejaba una visión tradicional de los roles de género y la crianza de los hijos como menciona Varsi (2014). Sin embargo, a medida que la comprensión de los derechos humanos y el interés superior del niño evolucionaron, también lo hizo la percepción de la tenencia. Hoy en día, la mayoría de los sistemas legales reconocen que la tenencia debe decidirse en función del interés superior del niño. Esto implica considerar factores como la estabilidad emocional, la relación con ambos padres, la capacidad de cuidado y el entorno más adecuado para el niño. El enfoque se ha desplazado hacia la búsqueda de soluciones que promuevan el bienestar del niño y adolescente en lugar de basarse en roles de género preestablecidos.

El principio del "interés superior del niño" es fundamental en la determinación de la tenencia en la actualidad. Este principio reconoce que la toma de decisiones debe priorizar el bienestar físico, emocional y psicológico del niño, sin importar el género de los padres como establece Reyes (2021). Los tribunales y los profesionales del derecho de familia deben evaluar cuidadosamente las circunstancias individuales de cada caso y tomar decisiones que promuevan el interés superior del niño.

2.2.2.2 Tipos.

2.2.2.2.1 Tenencia exclusiva.

La tenencia exclusiva, también conocida como custodia exclusiva, implica que uno de los padres tiene la responsabilidad principal de cuidar y tomar decisiones importantes sobre el hijo menor, mientras que el otro padre tiene un acceso limitado al menor, generalmente a través de visitas supervisadas u otros acuerdos específicos. Este tipo de custodia se otorga en situaciones en las que el tribunal determina que es en el mejor interés del niño o adolescente que uno de los padres tenga la responsabilidad principal de su cuidado, desde la perspectiva de Mella (2014). La determinación de la

tenencia exclusiva es una decisión legal que debe basarse en el interés superior del niño. Los tribunales considerarán una serie de factores, como la estabilidad del hogar, las relaciones con cada uno de los padres, la capacidad de cuidado y otros aspectos relacionados con el bienestar del menor. La decisión no debe basarse en prejuicios de género o suposiciones automáticas sobre quién debe tener la custodia. Existen varias razones por las cuales un tribunal puede otorgar la tenencia exclusiva a uno de los padres. Algunas de estas razones pueden incluir:

- **Abuso o negligencia:** Si uno de los padres ha abusado o descuidado al niño o adolescente, el tribunal puede determinar que la tenencia exclusiva es necesaria para proteger al menor.
- **Falta de cooperación parental:** Cuando los padres no pueden comunicarse ni cooperar de manera efectiva en la toma de decisiones relacionadas con el menor, la tenencia exclusiva puede ser una solución para garantizar que el niño reciba un cuidado adecuado.
- **Problemas de salud mental o adicciones:** Si uno de los padres enfrenta problemas de salud mental o adicciones que puedan afectar negativamente al niño, el tribunal puede otorgar la tenencia exclusiva al otro padre.
- **Mejor interés del niño:** En última instancia, el tribunal debe considerar lo que es mejor para el niño o adolescente en términos de su bienestar emocional, físico y psicológico.

En las últimas décadas, ha habido una evolución significativa en la percepción de la tenencia exclusiva en el contexto de los derechos humanos y el derecho del niño y adolescente. Tradicionalmente, la tenencia exclusiva se otorgaba a la madre en la mayoría de los casos, reflejando estereotipos de género arraigados. Sin embargo, esta práctica ha

evolucionado para reconocer la importancia de evaluar cada caso de manera individual y considerar el interés superior del niño por encima de cualquier otra consideración.

El principio del "interés superior del niño" es un pilar fundamental en la evolución de la tenencia exclusiva. Este principio, establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, establece que todas las decisiones relacionadas con los niños y adolescentes deben basarse en lo que sea mejor para su bienestar. Esto significa que la asignación de la tenencia exclusiva debe centrarse en la evaluación objetiva de las circunstancias individuales de cada caso y no en prejuicios de género. La evolución hacia una comprensión más centrada en el interés superior del niño también ha llevado a un mayor énfasis en la promoción de la coparentalidad positiva. Incluso cuando uno de los padres tiene la tenencia exclusiva, se fomenta la colaboración entre los padres en cuestiones relacionadas con el menor. Esto puede incluir la facilitación de visitas y la toma de decisiones conjuntas en asuntos importantes para el niño o adolescente.

2.2.2.2.2 Tenencia compartida.

La tenencia compartida, también conocida como custodia compartida, implica que ambos padres tienen la responsabilidad de cuidar y tomar decisiones importantes en la vida de sus hijos de manera equitativa. Como hace notar Espinoza (2019),

La tenencia compartida se gestó inicialmente en el Derecho anglosajón en el año 1925, cuando se promulgó en Inglaterra la *The guardianship of Infants Act*, siendo el primer texto legal que reconoce a la madre los mismos derechos sobre los hijos que ostentaba históricamente el progenitor a través de una potestad suprema, exclusiva y excluyente (p. 218).

Esto significa que los niños pasan tiempo significativos con ambos progenitores, y las decisiones clave, como la educación y la atención médica, se toman en conjunto

según Ponce (2022). La tenencia compartida presenta una serie de beneficios tanto para los niños como para los padres:

- **Mantenimiento de la relación con ambos padres:** La tenencia compartida permite a los niños mantener una relación cercana y significativa con ambos progenitores, lo que es importante para su bienestar emocional y desarrollo.
- **Participación activa de ambos padres:** Este modelo fomenta la participación activa y la toma de decisiones conjuntas de ambos padres en la vida de los niños, lo que puede conducir a una crianza más equitativa y colaborativa.
- **Reducción del conflicto parental:** Al promover la cooperación entre los padres, la tenencia compartida puede reducir el conflicto y las disputas legales prolongadas, lo que beneficia a los niños al brindarles un entorno más estable.
- **Apoyo financiero equitativo:** En muchos casos, la tenencia compartida también implica una contribución financiera equitativa de ambos padres para el sustento de los niños, lo que puede aliviar la carga económica de uno de los progenitores.
- **A pesar de los beneficios, la tenencia compartida también presenta desafíos y consideraciones importantes:**
- **Necesidad de cooperación:** La tenencia compartida requiere que los padres sean capaces de cooperar y tomar decisiones conjuntas en el mejor interés de los niños. Esto puede ser difícil en casos de alta conflictividad.

- Distancias geográficas: En situaciones en las que los padres viven a largas distancias, la logística de la tenencia compartida puede ser complicada y costosa.
- Adaptación de los niños: Algunos niños pueden enfrentar dificultades para adaptarse a la alternancia entre los hogares de sus padres, lo que puede generar estrés y ansiedad.

La tenencia compartida se alinea con los principios de los derechos humanos y el bienestar del niño y adolescente de varias maneras:

- Derecho a mantener relaciones familiares: Según la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, los niños tienen el derecho de mantener relaciones familiares con ambos padres, a menos que sea contrario a su interés superior.
- Derecho a ser escuchado: La participación de los niños en decisiones que los afectan es un derecho fundamental. La tenencia compartida promueve este derecho al dar a los niños la oportunidad de expresar sus preferencias y opiniones sobre su situación de vida.
- Interés superior del niño: El principio del interés superior del niño, también establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, es un pilar fundamental en la tenencia compartida. Este enfoque coloca el bienestar del niño en el centro de todas las decisiones relacionadas con su cuidado y crianza.

2.3 Definición de términos

Adolescente. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2022), "la adolescencia es un periodo de transición entre la niñez y la edad adulta, donde se producen importantes transformaciones a nivel biológico, psicológico y social" (p. 1)

Defensa jurídica. Según Naciones Unidas (2003), "el derecho a la defensa jurídica es un elemento importante del debido proceso y un requisito indispensable para garantizar la equidad y la justicia en el sistema legal" (p. 5).

Derechos humanos. Los derechos humanos son un conjunto de principios y valores inherentes a la dignidad humana, que se consideran universales, inalienables e indivisibles (ACNUDH, 2018).

Interés superior del niño. Según UNICEF (2021), "el interés superior del niño es un concepto complejo que debe evaluarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias específicas y los derechos del niño involucrado" (p. 10).

Niño. El término "niño" se refiere a todo ser humano menor de 18 años, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1989).

Patria potestad. Según Aguilar (2008), "la patria potestad comprende el deber de los padres de cuidar de sus hijos, educarlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente" (p. 189).

Tenencia. Según Mejía (2018), "la tenencia implica la convivencia física y diaria del hijo con uno de los padres, pero no excluye el derecho del otro progenitor a mantener una relación cercana y a participar en su crianza" (p. 45).

Tutela. Según Aguilar (2008), "la tutela es una institución destinada a suplir la falta de poder familiar, a fin de proteger y representar a los menores de edad no emancipados y a los mayores incapacitados" (p. 269).

Vulnerabilidad. Según el Comité de los Derechos del Niño (2005), "la vulnerabilidad de los niños se debe a su dependencia física, emocional y económica de los adultos, así como a su limitada capacidad para proteger sus propios derechos" (p. 7).

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 Resultados

4.1.1 Resultados doctrinales

4.1.1.1 El derecho a ser escuchado como parte del principio del interés superior del niño

El derecho de los niños a ser escuchados es considerado un estándar internacional en materia de derechos de la infancia. El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 12, resalta que el derecho a ser escuchado no debe ser visto como una simple formalidad procesal, sino como una participación significativa del niño en la toma de decisiones que lo afecten (Granados, 2022). El derecho a ser escuchado se enmarca dentro de una perspectiva de autonomía progresiva. En definitiva, los niños, a medida que crecen deben ser capaces de influir en las decisiones que impactan su vida, deben tener la capacidad para opinar y también deben ser tomados en cuenta al momento de resolver asuntos relacionados con su bienestar. El reconocimiento internacional impone a los Estados una serie de obligaciones en términos de adaptar sus sistemas judiciales y administrativos para permitir que los niños sean escuchados de manera adecuada y en condiciones que respeten su dignidad y desarrollo psicológico. En este sentido, el derecho a ser escuchado está directamente vinculado a la noción del niño como sujeto de derechos y no como objeto de protección (Novella, 2020). Este cambio de paradigma es importante, ya que implica que el niño no es simplemente un receptor pasivo de decisiones, sino un participante activo en el proceso que afecta su vida.

El interés superior del niño, consagrado en el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es el principio fundamental que debe guiar cualquier decisión que

afecte a un niño o adolescente. Este principio implica que el bienestar del niño debe ser la consideración primordial en todas las decisiones y acciones que lo involucren, ya sea en el ámbito judicial, legislativo o administrativo (Cillero Bruñol, 1999). La relación entre el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado es directa y profunda. No se puede determinar el verdadero interés del niño si este no tiene la oportunidad de expresar sus deseos y preocupaciones. De hecho, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que escuchar la voz del niño es una parte indispensable del proceso de evaluación del interés superior del menor. Esto no solo asegura que la decisión sea la más adecuada para el bienestar del niño, sino que también refuerza el respeto por sus derechos y su dignidad como persona (Granados, 2022).

La doctrina ha argumentado que ignorar la voz del niño en los procesos de familia, como la tenencia, puede dar lugar a decisiones judiciales que, aunque bien intencionadas, no siempre responden a las necesidades reales del menor (Lansdown, 2005). Por ejemplo, imponer una solución de tenencia que no tenga en cuenta las opiniones y deseos del niño podría generar sentimientos de frustración y desamparo, afectando negativamente su desarrollo emocional y psicológico. El Código de los Niños y Adolescentes en el Perú reconoce en su artículo 9 el derecho de los niños a ser escuchados en cualquier procedimiento que los afecte. Sin embargo, existen varios desafíos en cuanto a su implementación efectiva. En muchos casos, el derecho a ser escuchado no se ejerce plenamente, ya sea por la falta de mecanismos adecuados para garantizar la participación del niño o por la falta de capacitación de los operadores judiciales (Ponce, 2022).

En la práctica, la opinión del niño a menudo es relegada a un papel secundario, especialmente en contextos de alta conflictividad familiar. Como lo indica Mella (2014), en muchos casos, los jueces toman decisiones basadas exclusivamente en evaluaciones

externas sobre el bienestar del niño, sin necesariamente escuchar o considerar de manera suficiente las opiniones del menor. Esta omisión no solo vulnera el derecho del niño a ser escuchado, sino que también puede generar decisiones judiciales que no reflejan sus verdaderas necesidades. El Informe de UNICEF (2021) sobre la participación infantil en los procesos judiciales en América Latina señala que uno de los principales obstáculos para garantizar el derecho a ser escuchado en países como el Perú es la falta de un marco normativo claro que regule cómo deben ser llevadas a cabo estas audiencias. Además, muchos operadores judiciales carecen de la formación adecuada para interactuar con los niños de manera que se sientan seguros para expresar libremente sus opiniones.

La falta de implementación efectiva del derecho a ser escuchado tiene repercusiones profundas en el desarrollo emocional y psicológico de los niños y adolescentes. Según Cárdenas (2021), uno de los principales riesgos es que los niños puedan sentir que no tienen control sobre decisiones importantes en sus vidas, lo que puede generar sentimientos de impotencia y desconfianza en el sistema judicial. Este tipo de experiencias pueden tener efectos duraderos en la salud mental de los menores, quienes pueden desarrollar traumas o resentimientos hacia el sistema judicial o incluso hacia los progenitores involucrados. La falta de escucha activa en los procesos judiciales puede agravar la conflictividad familiar, especialmente en casos de tenencia compartida o visitas. Fariña et al. (2017) subrayan que las decisiones judiciales que no toman en cuenta las opiniones de los niños pueden generar regímenes de convivencia que no se ajustan a sus verdaderas necesidades, lo que provoca tensiones adicionales entre los padres y el menor. Estas tensiones pueden tener un impacto directo en el bienestar emocional y el desarrollo social del niño, quien puede sentirse obligado a vivir en un entorno que no considera óptimo para su bienestar.

Garantizar que el derecho de los niños a ser escuchados se cumpla de manera efectiva. Una de las propuestas más relevantes es la inclusión de abogados especializados en la representación de niños y adolescentes. Tal como lo señala Gonzales (2019), contar con un abogado del niño que esté capacitado para representar los intereses del menor en los procesos judiciales es una forma efectiva de asegurar que su voz sea escuchada y tomada en cuenta. La creación de audiencias privadas con los jueces, donde los niños puedan expresar sus opiniones sin sentirse intimidados por la presencia de los padres o de otros adultos. Esta medida, que ya se aplica en varios países, permite que los jueces tengan una mejor comprensión de los deseos y preocupaciones del menor, garantizando que su opinión sea debidamente considerada en las decisiones que se tomen (Díaz, 2019).

La capacitación continua de jueces y operadores judiciales en temas de derechos de la infancia. Como lo menciona Ponce (2022), la falta de formación especializada es uno de los principales obstáculos para garantizar una implementación adecuada del derecho a ser escuchado en los procesos judiciales de tenencia. Una formación integral en derechos de la infancia, combinada con conocimientos en psicología infantil, puede ayudar a los jueces a interpretar y aplicar este derecho de manera más efectiva.

4.1.1.2 El abogado defensor como garante del derecho a la defensa del niño y adolescente

El derecho a la defensa del niño y adolescente en los procesos judiciales y administrativos es un componente importante del debido proceso y de la garantía de derechos en cualquier sistema legal. Este derecho adquiere una dimensión particular en el contexto de las disputas de tenencia, donde las decisiones que se tomen pueden tener un impacto profundo y duradero en el desarrollo y bienestar de los menores. El abogado defensor cumple un rol fundamental como garante del acceso efectivo a la justicia para

los niños y adolescentes, y su participación es importante para asegurar que los intereses y derechos de los menores sean debidamente representados.

El Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece que los niños tienen el derecho a ser escuchados en cualquier procedimiento judicial o administrativo que les afecte. Sin embargo, para que este derecho se ejerza de manera efectiva, es fundamental que los niños y adolescentes cuenten con representación legal especializada. Según Sepúlveda (2017), la representación legal en este contexto no solo implica la defensa de los derechos de los niños, sino también la traducción de sus intereses y opiniones en términos jurídicos que sean comprensibles y aplicables dentro del marco del proceso legal.

El Comité de los Derechos del Niño ha subrayado la importancia de contar con defensores especializados que comprendan tanto los aspectos técnicos del derecho como las particularidades del desarrollo infantil. Esto asegura que la voz del niño no solo sea escuchada, sino que también sea adecuadamente representada y defendida dentro del contexto legal, donde la complejidad técnica puede opacar sus intereses (López, 2018).

La necesidad de una representación legal especializada se basa en la comprensión de que los niños y adolescentes se encuentran en una posición de vulnerabilidad frente al sistema judicial. Como señala Muñoz (2019), la capacidad de los niños para comprender y participar activamente en los procedimientos legales es limitada debido a su edad, desarrollo cognitivo y falta de experiencia. Por esta razón, es importante que cuenten con un abogado que no solo represente sus intereses, sino que también les explique de manera comprensible el proceso y las posibles implicaciones de las decisiones que se tomen en su nombre.

El derecho a la defensa especializada también está consagrado en la normativa nacional peruana, donde el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337) reconoce la necesidad de una representación adecuada para los menores en situaciones judiciales y administrativas. Sin embargo, la implementación de este derecho en la práctica sigue siendo deficiente en muchos casos, ya que no siempre se asigna un abogado especializado o los operadores del sistema judicial carecen de formación adecuada en derechos de la infancia (García & Rivera, 2020).

El principio de autonomía progresiva, reconocido tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la jurisprudencia internacional, también refuerza la importancia de la representación legal de los menores. Este principio establece que, a medida que los niños crecen y adquieren más madurez, deben tener una participación más activa en las decisiones que les afectan. En este contexto, el abogado defensor no solo actúa como representante legal, sino también como facilitador del ejercicio de la autonomía del menor, ayudándolo a comprender y ejercer sus derechos de manera efectiva (Lamas, 2016).

En los procesos de tenencia, la participación del abogado defensor es fundamental para asegurar que los derechos e intereses de los niños y adolescentes sean protegidos de manera efectiva. Como señala Ferrer (2018), el papel del abogado defensor en estos casos va más allá de la representación técnica de los intereses del menor; también implica un componente de protección y acompañamiento, ya que los procesos de tenencia suelen estar cargados de emociones y conflictos entre los progenitores.

El principio del interés superior del niño, que debe guiar todas las decisiones en los procesos de familia, no puede ser adecuadamente evaluado si el menor no cuenta con un defensor que pueda presentar sus deseos y preocupaciones ante el tribunal. Según Silva

(2019), los abogados defensores tienen la responsabilidad de garantizar que las opiniones del niño sean escuchadas y consideradas por el juez, asegurando que las decisiones se basen no solo en evaluaciones externas, sino también en la participación directa del menor.

Campos (2020) destaca que los procesos de tenencia, al involucrar disputas familiares, son particularmente sensibles y complejos, ya que los niños suelen quedar atrapados en el conflicto entre los progenitores. En estos casos, el abogado defensor debe actuar con sensibilidad y comprensión, protegiendo a los menores de posibles manipulaciones o presiones por parte de los padres y asegurando que el tribunal tome decisiones en función de lo que sea mejor para el desarrollo físico, emocional y psicológico del niño.

A pesar de los avances normativos, la implementación de la figura del abogado defensor en los procesos de tenencia en el Perú enfrenta desafíos importantes. González (2021) señala que uno de los principales problemas es la falta de capacitación especializada para los abogados que asumen la representación de los menores. Si bien existen disposiciones legales que garantizan el acceso a la defensa, en muchos casos los abogados designados no cuentan con la formación adecuada en derechos de la infancia, lo que limita su capacidad para representar eficazmente a los menores en los tribunales.

Otro desafío relevante es la sobrecarga de trabajo en el sistema judicial peruano, que impide que los abogados defensores puedan dedicar el tiempo y la atención necesarios a cada caso. Según Carrión (2022), los defensores públicos en Perú, que son responsables de representar a los niños en muchos casos de tenencia, enfrentan una cantidad excesiva de casos, lo que compromete la calidad de la representación que pueden ofrecer. Esto

tiene un impacto directo en la capacidad de los menores para acceder a una justicia efectiva y equitativa.

Para superar estos desafíos, Martínez (2020) sugiere que el Estado peruano debe fortalecer los programas de formación y especialización en derechos de la infancia para abogados y operadores del sistema judicial. Además, es fundamental que se aumenten los recursos destinados a la defensoría pública, a fin de reducir la carga de trabajo y asegurar que cada menor cuente con una representación adecuada y efectiva en los procesos de tenencia.

Una de las propuestas más relevantes para mejorar la participación del abogado defensor en los procesos de tenencia es la creación de un sistema de defensores especializados en derechos de la infancia, similar a los sistemas implementados en otros países de la región, como Argentina y Chile. Según Díaz (2019), la experiencia de estos países demuestra que la creación de un cuerpo especializado de defensores de niños no solo mejora la calidad de la representación legal, sino que también facilita una mejor comprensión por parte de los tribunales de los derechos e intereses de los menores.

Valverde (2021) propone la creación de protocolos específicos para la intervención del abogado defensor en los procesos de familia. Estos protocolos deben incluir directrices claras sobre cómo el defensor debe interactuar con el niño, cómo debe presentar sus opiniones ante el tribunal y cómo debe evaluar las posibles soluciones en función del interés superior del menor.

La formación continua es una recomendación clave para garantizar que los abogados defensores puedan cumplir con su rol de manera efectiva. López (2020) sugiere que los abogados que representan a niños y adolescentes deben recibir capacitación especializada en áreas como la psicología infantil, el desarrollo emocional y los derechos

humanos, de modo que puedan entender mejor las necesidades y preocupaciones de sus clientes jóvenes.

4.1.3. El principio del interés superior del niño en la resolución de conflictos de tenencia

El principio del interés superior del niño es el eje central de cualquier decisión que involucre a menores de edad en procesos judiciales y administrativos, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y otros instrumentos legales internacionales y nacionales. Este principio, de naturaleza flexible, busca asegurar que todas las acciones, decisiones y políticas que afecten a los niños y adolescentes sean adoptadas en función de su bienestar integral, lo que incluye aspectos físicos, emocionales, sociales y educativos. En este contexto, el conflicto de tenencia se convierte en un espacio clave para la aplicación de dicho principio, con el objetivo de garantizar que las decisiones judiciales no solo resguarden los derechos de los padres, sino que prioricen el bienestar y desarrollo de los menores.

El interés superior del niño es un principio rector que permea todas las decisiones relacionadas con los menores de edad. Según Pavón (2018), este principio tiene como finalidad garantizar que las decisiones que afectan a los niños se adopten considerando sus necesidades específicas y su bienestar integral. Es decir, no se trata solo de un concepto abstracto, sino de una regla operativa que debe guiar el proceso de toma de decisiones en todas las circunstancias en las que los niños se vean involucrados.

Desde una perspectiva doctrinal, Savater (2019) señala que este principio debe ser aplicado con flexibilidad y adaptabilidad, ya que el bienestar de un niño puede variar dependiendo de factores individuales como su edad, nivel de madurez, situación familiar, y las condiciones específicas de su entorno. Esto implica que los tribunales deben realizar

una evaluación detallada de cada caso, evitando soluciones generales o automáticas que no consideren las particularidades del menor.

El Comité de los Derechos del Niño ha subrayado en múltiples oportunidades que el interés superior del niño debe interpretarse como una norma de procedimiento, un derecho sustantivo y un principio interpretativo fundamental, lo que exige que las autoridades competentes consideren todas las dimensiones del bienestar del niño al tomar decisiones que lo afecten (Pérez & Coloma, 2017). Los conflictos de tenencia son, posiblemente, uno de los escenarios más frecuentes donde se pone en práctica el principio del interés superior del niño. La separación o divorcio de los padres genera situaciones en las que los tribunales deben decidir con quién vivirá el menor y qué régimen de visitas será el más adecuado, siempre teniendo en cuenta su bienestar.

Murillo (2020) argumenta que el interés superior del niño en los casos de tenencia no se limita a decidir con qué progenitor debe residir el menor, sino que implica la evaluación de un conjunto de factores que impactan su desarrollo integral. Estos incluyen el entorno emocional y físico que proporcionará cada padre, las relaciones afectivas con ambos progenitores, la estabilidad del hogar, el contexto escolar y social, y las propias preferencias del niño, en función de su capacidad para expresar sus deseos.

Ortiz (2019) sostiene que la tenencia compartida, si bien es una solución frecuentemente adoptada para garantizar que ambos progenitores mantengan un contacto regular con el menor, no siempre se ajusta al interés superior del niño. En algunos casos, este régimen puede generar inestabilidad y dificultades en el desarrollo del menor, especialmente si la relación entre los padres es conflictiva. Por tanto, es importante que los jueces no asuman la tenencia compartida como una solución automática, sino que

evalúen cada caso individualmente para asegurar que las decisiones no perjudiquen el bienestar del menor.

La doctrina también ha destacado que en los conflictos de tenencia es importante escuchar al niño y permitir que participe en el proceso judicial, ya que, como señala Rojas (2018), el interés superior del niño no puede ser determinado sin tomar en cuenta su opinión, siempre que este sea capaz de expresar sus deseos y comprender las implicaciones de las decisiones que se tomen. El papel del juez en los conflictos de tenencia es importante para la correcta aplicación del principio del interés superior del niño. Vega (2020) señala que los jueces deben actuar con sensibilidad y discernimiento, comprendiendo que las decisiones que tomen tendrán un impacto profundo en la vida del niño. Para ello, es importante que los jueces estén debidamente capacitados en derechos de la infancia, psicología infantil y en técnicas de resolución de conflictos, lo que les permitirá evaluar de manera adecuada las circunstancias particulares de cada caso.

La jurisprudencia internacional ha establecido que el interés superior del niño debe ser considerado una prioridad sobre otros intereses en conflicto, incluyendo los de los propios padres. En este sentido, Crespo (2019) señala que los tribunales deben tener cuidado de no caer en la "instrumentalización" del niño, es decir, evitar que los padres utilicen al menor como un medio para lograr sus propios objetivos en el conflicto de tenencia. El juez debe asegurarse de que las decisiones sean adoptadas exclusivamente en función del bienestar del niño y no como resultado de presiones o manipulaciones por parte de los progenitores. El interés superior del niño implica un análisis integral de su bienestar físico, emocional y psicológico, es indispensable que los jueces cuenten con herramientas adicionales para fundamentar sus decisiones. En este sentido, Zambrano (2018) destaca la importancia de los informes psicológicos y periciales que proporcionan

una visión experta sobre el estado emocional del menor, la calidad de la relación con sus progenitores y las posibles consecuencias de las decisiones judiciales.

Los informes psicológicos permiten a los jueces tomar decisiones mejor informadas y ajustadas a la realidad emocional del niño. Sin embargo, Fuentes (2020) advierte que estos informes no deben ser utilizados como una justificación automática para la decisión judicial, sino que deben ser considerados como un elemento más en la valoración global del caso. Es fundamental que el juez mantenga una postura crítica y reflexiva frente a los informes periciales, integrándolos en un análisis más amplio que incluya las demás pruebas y el testimonio del menor. Uno de los desafíos más complejos en la aplicación del principio del interés superior del niño en los casos de tenencia es equilibrar este principio con los derechos legítimos de los padres. Sánchez (2019) señala que, aunque el interés superior del niño debe prevalecer en todas las decisiones relacionadas con su bienestar, los derechos de los progenitores también deben ser considerados, especialmente cuando ambos están comprometidos con el bienestar del menor.

El conflicto surge cuando los intereses del niño y los de los padres no coinciden. Por ejemplo, un padre puede buscar la custodia exclusiva bajo el argumento de que es lo mejor para el menor, mientras que el otro progenitor defiende la tenencia compartida para mantener una relación más equitativa con el hijo. En estos casos, el juez debe sopesar ambos derechos, pero siempre con la convicción de que el bienestar del menor debe ser la consideración predominante (Ramos, 2019). Para abordar este conflicto, Marín (2020) sugiere que los jueces deben priorizar soluciones que fomenten la corresponsabilidad parental y la cooperación entre los progenitores, siempre y cuando estas medidas no comprometan el bienestar del menor. En los casos en que la cooperación sea inviable

debido a un alto nivel de conflicto entre los padres, el juez puede optar por soluciones más restrictivas, como la custodia exclusiva, en función de lo que mejor sirva a los intereses del niño.

4.1.1.4. La participación del niño y adolescente en los procesos judiciales

El derecho a la participación del niño en los procesos judiciales que le afectan es un componente fundamental del sistema de protección de los derechos de la infancia. Según la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), los niños no solo son sujetos de protección, sino también titulares de derechos, entre ellos el derecho a ser escuchados y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su edad y madurez. En este sentido, la participación de los niños en los procesos judiciales, con el acompañamiento de un abogado defensor, es importante para garantizar la protección de sus intereses y su autodeterminación. El Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados deben garantizar que los niños puedan expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afectan, teniéndose en cuenta su edad y madurez. Este derecho no es un mero formalismo, sino una obligación sustantiva que debe ser aplicada en todos los procedimientos judiciales y administrativos. Como afirma Freeman (2020), la participación del niño no se limita a ser escuchado, sino que implica un proceso de diálogo en el cual sus opiniones influyen activamente en la toma de decisiones.

El principio de participación es una expresión del reconocimiento de la capacidad progresiva de los niños para tomar decisiones y defender sus propios intereses. Taylor (2019) argumenta que este derecho forma parte del desarrollo integral del niño y contribuye a su sentido de agencia, ya que les permite comprender y participar en los procesos que afectan sus vidas. De esta manera, la participación activa en los procesos judiciales no solo beneficia al niño en el presente, sino que también fomenta su desarrollo

como ciudadanos responsables y autónomos. En el contexto de los conflictos de tenencia, la participación del niño es especialmente importante, ya que las decisiones sobre con quién vivirá y cómo será su relación con ambos progenitores afectan directamente su bienestar emocional y desarrollo personal. Hart (2018) señala que, en estos casos, el niño debe tener la oportunidad de expresar sus deseos y preocupaciones de manera libre y sin coerción, permitiendo que su voz sea una parte integral del proceso judicial.

La representación del niño a través de un abogado defensor es un componente importante para garantizar su participación efectiva en los procesos judiciales. El abogado defensor del niño no solo representa los intereses del menor desde una perspectiva legal, sino que también actúa como intermediario entre el niño y el sistema judicial, asegurándose de que su voz sea escuchada de manera adecuada. Según Atkin (2021), el abogado defensor debe tener un profundo conocimiento de los derechos de la infancia y de las particularidades del desarrollo emocional y cognitivo de los menores, para poder representar sus intereses de manera efectiva. El caso de Argentina y Chile, la figura del abogado del niño está regulada y forma parte importante del sistema de justicia de familia. En el Perú, aunque el Código de los Niños y Adolescentes contempla la representación del menor, su implementación es limitada, y muchas veces los niños no cuentan con un defensor que pueda representar plenamente sus intereses. Torres (2020) sugiere que para garantizar una protección efectiva de los derechos del niño en los procesos de tenencia, es necesario implementar una regulación más clara y estricta sobre el rol del abogado defensor, asegurando que todos los menores tengan acceso a una representación legal adecuada.

Lee (2019) destaca la importancia de la capacitación continua de los abogados defensores en temas relacionados con la infancia, ya que representar a un menor no solo

implica conocimientos legales, sino también una comprensión profunda de las dinámicas familiares, la psicología infantil y la capacidad para manejar situaciones emocionalmente complejas. Sin esta formación especializada, es difícil que los abogados puedan cumplir adecuadamente con su rol de garantes del derecho a la defensa del menor. Uno de los principios clave en el derecho a la participación de los niños en los procesos judiciales es el concepto de autonomía progresiva, que reconoce que los niños, a medida que crecen y maduran, deben tener un papel cada vez más activo en las decisiones que afectan sus vidas. Este concepto está estrechamente vinculado al principio del interés superior del niño, ya que la capacidad de los menores para participar en el proceso judicial y expresar sus deseos es un factor importante para determinar cuál es su mejor interés en cada caso particular.

López (2021) señala que la autonomía progresiva implica que los tribunales deben considerar seriamente las opiniones de los niños mayores y adolescentes en los casos de tenencia. Si bien los niños más pequeños pueden tener una capacidad limitada para tomar decisiones informadas, los adolescentes, especialmente aquellos en la última etapa de la adolescencia, deben tener una mayor influencia en las decisiones que los afectan. En algunos casos, sus deseos pueden ser determinantes en la decisión final, siempre que estas opiniones no estén condicionadas por presiones externas. Marquez (2019) advierte que los tribunales deben ser cautelosos al interpretar los deseos de los niños y adolescentes, ya que estos pueden estar influidos por conflictos de lealtad o manipulaciones por parte de los progenitores. En este sentido, el papel del abogado defensor es importante para garantizar que las opiniones del menor sean genuinas y reflejen sus verdaderos intereses y deseos, no las presiones de los adultos involucrados en el conflicto.

A pesar del reconocimiento del derecho a la participación del niño en los procesos judiciales en la legislación peruana, existen importantes desafíos en su implementación. Valencia (2020) señala que uno de los principales problemas es la falta de sensibilización y formación de los operadores judiciales sobre la importancia de escuchar y considerar las opiniones de los menores. En muchos casos, los jueces y abogados no tienen la formación adecuada para interactuar con los niños de manera que les permita expresar libremente sus opiniones. El sistema judicial peruano enfrenta limitaciones estructurales que dificultan la implementación efectiva del derecho a la participación. Cruz (2021) argumenta que la falta de recursos y la sobrecarga de trabajo en los tribunales de familia impiden que los jueces dediquen el tiempo necesario para escuchar y evaluar adecuadamente las opiniones de los niños. En muchos casos, las decisiones se toman sin la participación directa del menor, lo que genera una sensación de exclusión y puede llevar a decisiones que no reflejan su verdadero interés.

Otra barrera importante es la falta de acceso a defensores especializados en derechos de la infancia. Aunque el Código de los Niños y Adolescentes establece que los menores tienen derecho a ser representados en los procesos judiciales, en la práctica este derecho no siempre se garantiza. Morales (2019) sugiere que es necesario reforzar la defensoría pública y crear programas especializados en derechos de la infancia, para asegurar que todos los niños y adolescentes tengan acceso a una representación adecuada en los procesos de tenencia y otros asuntos relacionados con su bienestar. Para mejorar la implementación del derecho a la participación del niño en los procesos judiciales en el Perú, es necesario adoptar una serie de medidas tanto legislativas como operativas. Castro (2019) propone que se refuercen los programas de capacitación para jueces y abogados

en temas relacionados con los derechos de la infancia, la psicología infantil y las técnicas para escuchar y evaluar las opiniones de los menores en los conflictos familiares.

Gómez (2021) sugiere que se adopten protocolos específicos para garantizar la participación del niño en los procesos de tenencia, que incluyan la posibilidad de audiencias privadas con el juez y el uso de mediadores especializados en infancia. Estos protocolos permitirían que los niños expresen sus opiniones en un entorno seguro y sin presiones, asegurando que su participación sea efectiva y que se respeten sus derechos. Es importante mejorar los recursos destinados a la defensoría pública, asegurando que todos los niños y adolescentes tengan acceso a un abogado defensor especializado. Fernández (2020) propone que se establezca un sistema de defensores especializados en derechos de la infancia, similar al modelo adoptado en otros países de la región, como Argentina y Uruguay, donde los menores cuentan con una representación legal adecuada en todos los procesos judiciales que los afectan.

4.1.1.5. La necesidad de disposiciones jurídicas adecuadas para la protección del derecho a la defensa del niño y adolescente en los procesos de tenencia

El derecho a la defensa del niño y adolescente es fundamental para garantizar el respeto de sus derechos en los procesos judiciales, particularmente en los casos de tenencia. Sin embargo, para que este derecho sea efectivo, es indispensable contar con un marco legislativo que lo respalde de manera clara y concreta. En el Perú, la normativa que regula la participación y defensa de los menores en los procesos de tenencia aún presenta vacíos y limitaciones que deben ser abordados para asegurar una protección integral de los derechos de los niños y adolescentes.

El desarrollo de una legislación clara y específica sobre el derecho a la defensa del niño y adolescente en los procesos de tenencia es importante para asegurar la

efectividad de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normativas internacionales. Según Rivadeneyra (2020), una de las principales dificultades en la implementación del derecho a la defensa en el Perú es la falta de disposiciones claras que regulen la participación activa del menor en los procesos judiciales, así como la designación obligatoria de un abogado defensor especializado.

Los sistemas judiciales que han logrado mayores avances en la protección de los derechos del niño, como los de algunos países europeos, han desarrollado legislación específica que obliga a los tribunales a escuchar y tomar en cuenta las opiniones de los menores, así como a garantizar su representación por un defensor especializado en derechos de la infancia (Macarena, 2019). En estos sistemas, la defensa del niño está regulada de manera rigurosa, lo que asegura que no solo se escuche al menor, sino que sus derechos e intereses sean protegidos de manera efectiva en todo el proceso judicial.

En el Perú, el Código de los Niños y Adolescentes es la principal normativa que regula los derechos de los menores. Sin embargo, como señala Salinas (2021), este cuerpo normativo aún presenta lagunas significativas, especialmente en lo que respecta a la protección efectiva del derecho a la defensa del niño en los casos de tenencia. A pesar de que el Código reconoce el derecho de los menores a ser representados, no se establecen mecanismos claros para garantizar que esta representación sea efectiva, ni se dispone de criterios detallados sobre cómo debe desarrollarse la participación del niño en estos procesos.

El Estado peruano, como signatario de la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene la obligación de garantizar la plena protección del derecho a la defensa de los menores en todas las instancias judiciales y administrativas. Según Cordero (2020), uno de los retos más importantes para el Estado es la creación de mecanismos legales que

aseguren que los niños y adolescentes no sean meros espectadores pasivos en los procesos judiciales que les afectan, sino que tengan la oportunidad de participar activamente y de ser representados de manera efectiva.

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 14, señala que los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para asegurar que el principio del interés superior del niño se aplique en todos los procedimientos judiciales. Esto incluye la creación de sistemas que aseguren que los niños tengan acceso a un abogado defensor que los represente de manera adecuada, tal como lo destaca Montoya (2018). En este sentido, el Perú necesita avanzar hacia la creación de un sistema especializado de defensoría de niños, similar a los modelos implementados en otros países de la región.

El Informe de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (2019) resalta que la representación legal de los menores en los procesos de familia es fundamental para asegurar que sus derechos sean protegidos y que sus opiniones sean escuchadas. La falta de un sistema de defensoría especializado en el Perú pone en riesgo la aplicación efectiva de este principio, ya que en muchos casos los menores no tienen acceso a una representación adecuada o carecen de un espacio seguro para expresar sus opiniones y deseos.

Una protección más efectiva del derecho a la defensa del niño y adolescente en los procesos de tenencia. Pérez (2020) propone que el Código de los Niños y Adolescentes sea enmendado para incluir disposiciones más detalladas sobre la representación legal de los menores, estableciendo la obligación de asignar un abogado defensor en todos los casos de tenencia. Asimismo, sugiere que el Código especifique las circunstancias en las que el juez debe escuchar directamente al niño, tomando en cuenta su edad y madurez.

La creación de un sistema de defensoría pública especializado en infancia, que asegure que todos los niños y adolescentes tengan acceso a una representación legal adecuada y especializada. Guerrero (2021) argumenta que este sistema podría estar integrado por defensores capacitados en derecho de familia y derechos de la infancia, quienes tendrían la responsabilidad de representar los intereses de los menores en los procesos judiciales. Este tipo de defensoría ya ha sido implementada con éxito en países como Chile y Argentina, donde los menores cuentan con defensores especializados en todos los procesos relacionados con su bienestar.

Los mecanismos de control y supervisión para garantizar que los defensores de los menores cumplan con su responsabilidad de manera efectiva. Castañeda (2021) sugiere la creación de un órgano de supervisión que se encargue de evaluar el desempeño de los defensores y de garantizar que se respeten los derechos de los menores durante todo el proceso judicial. Uno de los principales obstáculos para la protección efectiva del derecho a la defensa del niño en el Perú es la falta de capacitación adecuada de los operadores judiciales. Vargas (2020) señala que muchos jueces y abogados no cuentan con la formación necesaria en derechos de la infancia, lo que dificulta la correcta aplicación de las normas existentes y limita la participación activa de los menores en los procesos de tenencia.

Para mejorar esta situación, es necesario que se implementen programas de capacitación continua en derechos de la infancia y psicología infantil para todos los operadores judiciales que intervienen en los procesos de familia. Estos programas deben incluir formación sobre cómo escuchar y evaluar las opiniones de los niños, cómo proteger su derecho a la privacidad y cómo manejar situaciones de alta conflictividad familiar sin comprometer el bienestar del menor (Estévez, 2019). La sensibilización de

los jueces y abogados en torno a la importancia del principio del interés superior del niño es fundamental para asegurar que este principio sea realmente el eje central de todas las decisiones judiciales. Como señala Espinosa (2020), el interés superior del niño debe ser interpretado de manera flexible y adaptada a cada caso, y los jueces deben estar preparados para evaluar todas las circunstancias del menor de manera integral, incluyendo sus deseos y opiniones.

4.1.2 Resultados normativos

4.1.2.1 En el Perú

En el Perú, la protección jurídica de los niños y adolescentes en el ámbito judicial está regulada por el Código de los Niños y Adolescentes. En este marco, el Capítulo III del Código, específicamente en su Artículo 146, se refiere a la figura del abogado defensor y la asistencia legal que el Estado debe proporcionar a los menores de edad en situación de vulnerabilidad o cuando están involucrados en procesos judiciales. El Artículo 146 establece que el Estado, a través del Ministerio de Justicia, tiene la responsabilidad de designar un número adecuado de abogados de oficio para que brinden asistencia judicial integral y gratuita a los niños o adolescentes que necesiten defensa legal. Esta disposición refleja el compromiso del Estado peruano de garantizar el acceso a la justicia para los menores de edad, independientemente de su situación económica, tal como lo requiere el principio del interés superior del niño, consagrado en tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este artículo es clave para asegurar que los menores cuenten con una representación adecuada durante todo el proceso judicial, protegiendo sus derechos y garantizando una defensa técnica efectiva. Esto cobra especial importancia en casos donde los menores son víctimas de violencia o abuso, situaciones que suelen requerir una

protección adicional. Una de las disposiciones más importantes del Artículo 146 es que, en los casos de violencia sexual contra niños y adolescentes, la asistencia legal gratuita al agraviado y su familia es obligatoria. Esta normativa refuerza el compromiso del Estado peruano con la protección de las menores víctimas de delitos sexuales, asegurando que cuenten con una representación legal que les permita acceder a la justicia y recibir una adecuada defensa de sus derechos en los procedimientos judiciales.

La obligatoriedad de la asistencia legal en estos casos se sustenta en la alta vulnerabilidad de los menores ante delitos de este tipo, así como en la necesidad de un acompañamiento jurídico especializado que permita la correcta defensa de sus intereses y su protección integral. En la práctica, la Defensoría Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos es la entidad encargada de asignar a los abogados de oficio en casos que involucren a menores de edad. Esta Defensoría tiene como función principal brindar asistencia legal gratuita a las personas de escasos recursos, y en este caso particular, a los menores de edad en procesos que los afecten, especialmente en materia de familia, penal juvenil, y en los casos de violencia y abuso sexual.

El Estado está obligado a garantizar que los abogados designados cuenten con la capacitación especializada en derechos del niño y del adolescente, con el fin de brindar una defensa adecuada y ajustada a las necesidades específicas de estos grupos vulnerables. El rol del abogado defensor dentro del Código de los Niños y Adolescentes se enmarca en la necesidad de brindar un acompañamiento técnico-legal a los menores en situación de vulnerabilidad o en conflictos judiciales. Esto no solo asegura el ejercicio de sus derechos en un proceso equitativo, sino que también responde a la necesidad de proteger la integridad de los niños y adolescentes en procesos judiciales que podrían afectar gravemente su desarrollo emocional y psicológico.

El artículo 146 hace especial énfasis en la importancia de la asistencia letrada en situaciones de abuso o violencia sexual, pues son contextos que demandan una atención especializada y un enfoque de protección integral, para garantizar tanto la seguridad como el bienestar del niño o adolescente afectado. La regulación del abogado defensor en el Código de los Niños y Adolescentes en Perú representa un avance significativo en la protección de los derechos de los menores de edad en el ámbito judicial. El hecho de que la asistencia letrada sea obligatoria y gratuita, especialmente en casos de violencia sexual, asegura que los niños y adolescentes no enfrenten los procedimientos judiciales en soledad y que sus intereses sean representados adecuadamente.

Este marco normativo se alinea con los principios internacionales sobre la protección de la infancia, asegurando que el Estado peruano cumpla con sus obligaciones en materia de derechos humanos y protección de los menores. No obstante, es importante que se sigan fortaleciendo los mecanismos de supervisión y evaluación para garantizar que la aplicación de este derecho sea efectiva en la realidad judicial peruana. Los procedimientos judiciales y administrativos que los afecten. Esta ley surge como una respuesta a la necesidad de adecuar el sistema legal argentino a los estándares internacionales establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por Argentina en 1990), buscando garantizar la participación activa y efectiva de los menores en los procesos que involucren sus derechos.

La Ley 26.061, promulgada en 2005, introduce la figura del abogado del niño como un mecanismo clave para asegurar que los derechos de los menores sean respetados. El artículo 27 de esta ley es fundamental, ya que establece que el niño, niña o adolescente tiene derecho a ser asistido por un abogado especializado desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. Este profesional tiene la

responsabilidad de garantizar que la voz del menor sea escuchada y tenida en cuenta en las decisiones que puedan afectarlo. La ley subraya cinco derechos fundamentales que deben garantizarse en cualquier procedimiento:

1. Derecho a ser oído: El menor tiene derecho a ser escuchado por la autoridad competente cada vez que lo solicite.

2. Derecho a que su opinión sea prioritaria: La opinión del menor debe ser tomada en cuenta al tomar decisiones que lo afecten.

3. Asistencia de un letrado especializado: Los menores tienen derecho a contar con un abogado especializado en temas de niñez y adolescencia. Si el menor no cuenta con los recursos necesarios para contratar un abogado, el Estado debe asignarle uno de oficio.

4. Participación activa en el procedimiento: El menor tiene derecho a participar activamente en todo el proceso judicial o administrativo.

5. Derecho a recurrir: El menor puede impugnar cualquier decisión que lo afecte ante una instancia superior.

Este marco legal es particularmente relevante en casos de familia, como los relacionados con la tenencia, la adopción, y las situaciones de conflicto familiar, donde la voz del niño o adolescente es a menudo ignorada o minimizada. Uno de los aspectos más importantes que introduce la ley es la especialización del abogado del niño en niñez y adolescencia. Esto no solo implica que el abogado debe tener conocimientos en derecho de familia, sino también un entendimiento profundo de los derechos de los niños y adolescentes conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño. Este enfoque especializado asegura que los menores no sean simplemente tratados como "objetos de protección", sino como sujetos de derechos.

El abogado del niño tiene la tarea de traducir las necesidades, intereses y opiniones del menor en términos comprensibles para el sistema judicial, promoviendo su protagonismo en los procesos. La ley busca evitar que los niños sean tratados como partes pasivas en los procesos, especialmente en aquellos donde las decisiones afectan directamente su bienestar físico y emocional. En aquellos casos en los que el niño o adolescente no pueda costear los honorarios de un abogado privado, el Estado argentino está obligado a proveerle un abogado de oficio. Esta garantía está directamente relacionada con el acceso igualitario a la justicia, un principio constitucional que cobra especial relevancia en la protección de los derechos de los menores.

La Ley 26.061 también introduce mecanismos para garantizar que el abogado del niño no solo represente los intereses del menor, sino que también actúe como un defensor de sus derechos, asegurando que todas las decisiones judiciales o administrativas sean tomadas con base en el interés superior del niño, que es el principio rector en todos los asuntos relacionados con menores, según la Convención sobre los Derechos del Niño. A pesar de la claridad que ofrece la Ley 26.061, uno de los principales desafíos que enfrenta la figura del abogado del niño en Argentina es su implementación a nivel nacional. La ley exige que todas las provincias adopten e implementen la normativa, pero en la práctica, hay diferencias significativas entre las jurisdicciones. Algunas provincias han desarrollado programas más robustos para asegurar la presencia de abogados especializados para los menores, mientras que, en otras, la implementación es aún incipiente. Uno de los retos más discutidos es la formación y capacitación de los abogados del niño. Si bien la ley establece que estos abogados deben estar especializados, no siempre se cuenta con los recursos necesarios para garantizar la capacitación continua en

temas de niñez y adolescencia. Esto ha generado un debate sobre la necesidad de fortalecer la capacitación obligatoria de los abogados que deseen desempeñar este rol.

4.1.2.2 En España

La Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor en España regula diversos aspectos del derecho de los menores, incluyendo su derecho a ser escuchados en procedimientos judiciales y administrativos. El artículo 9 es fundamental para asegurar que los menores participen de manera activa y efectiva en los procesos que los involucran, y a su vez regula la figura del abogado del niño, un actor clave para defender sus intereses. El artículo 9 de esta ley garantiza que los menores tienen el derecho de ser escuchados y que sus opiniones sean consideradas adecuadamente según su edad y madurez. Esto significa que, tanto en el ámbito familiar como en procedimientos judiciales o administrativos, la opinión del menor debe ser tomada en cuenta en las decisiones que afecten su vida personal, familiar o social. Además, se establece que la información que reciban los menores debe ser proporcionada en un lenguaje comprensible y adaptado a sus necesidades, para que puedan ejercer este derecho de manera informada.

Una de las garantías clave del artículo es que la comparecencia o audiencia del menor tendrá carácter preferente y debe realizarse con asistencia de profesionales calificados si es necesario, cuidando de su intimidad y utilizando un lenguaje comprensible. Esto subraya la importancia de proteger al menor durante todo el proceso, asegurando que comprendan las preguntas y las posibles consecuencias de sus respuestas. El abogado del niño es el encargado de representar los intereses del menor durante el proceso judicial, asegurando que su voz sea escuchada y defendida. En situaciones donde los menores tienen suficiente madurez, pueden elegir ser representados por una persona designada, incluyendo un abogado, para que defienda sus intereses. Este profesional actúa

como intermediario entre el menor y el tribunal, velando por la protección de sus derechos y garantizando que su opinión sea debidamente considerada.

La ley también prevé que cuando el menor no puede expresarse verbalmente o le resulte difícil, se utilicen medios alternativos de comunicación, como formas no verbales o intérpretes especializados, según sea necesario. Esto incluye situaciones donde el menor tiene alguna discapacidad o condición que afecte su capacidad para expresarse verbalmente. La madurez del menor es otro aspecto importante regulado en el artículo 9. La ley estipula que, si bien cualquier menor puede ser escuchado, se considerará que ha alcanzado la suficiente madurez para participar directamente en los procesos cuando tenga doce años cumplidos. A partir de esta edad, la participación del menor en los procedimientos es prácticamente obligatoria, a menos que el juez considere lo contrario por razones justificadas. Para determinar la madurez, se requiere que la valoración sea realizada por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender el asunto que se está tratando.

No obstante, la ley prevé situaciones excepcionales en las que puede denegarse la audiencia del menor. En estos casos, la denegación debe estar fundamentada en el interés superior del menor y ser debidamente motivada por la autoridad judicial o administrativa. Además, se requiere que la resolución sea notificada tanto al Ministerio Fiscal, como al menor y su representante, asegurando que se informe sobre los recursos legales disponibles para impugnar tal decisión. El interés superior del menor es el principio rector en todos los procesos que involucran a niños y adolescentes, tal como lo establece tanto la Ley Orgánica 1/1996 como la Convención sobre los Derechos del Niño. El abogado del niño tiene un papel importante en garantizar que todas las decisiones que tomen las

autoridades se alineen con este principio, defendiendo siempre lo que sea más beneficioso para el desarrollo integral del menor.

4.1.2.3 En Uruguay

En Uruguay, la protección jurídica de los niños y adolescentes se encuentra regulada en la Ley N.º 17.823 del Código de la Niñez y Adolescencia, la cual establece principios fundamentales para la protección de los menores, incluyendo su derecho a la asistencia letrada. El Artículo 8 de esta ley subraya los principios generales que garantizan los derechos de los niños y adolescentes.

1. Derechos Inherentes: El artículo reconoce que los niños y adolescentes, como personas humanas, gozan de todos los derechos inherentes a la persona. Esto incluye derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por Uruguay, y en la legislación nacional.

2. Derecho a Ser Oído: El artículo especifica que todo niño o adolescente tiene el derecho a ser oído y a recibir una respuesta adecuada en cualquier procedimiento que afecte su vida. Esto se aplica en cualquier decisión administrativa o judicial en la que su bienestar esté involucrado.

3. Acceso a los Tribunales y Asistencia Letrada: Uno de los aspectos más relevantes del artículo es que garantiza el derecho del niño o adolescente a acudir a los tribunales y ejercer actos procesales para defender sus derechos, contando con la asistencia de un abogado. La ley establece que la asistencia letrada es preceptiva (obligatoria), asegurando que todos los menores cuenten con la representación adecuada ante los tribunales.

4. Nombramiento de Curador: En los casos en los que el menor no cuente con una representación adecuada o se considere necesario, el juez tiene la obligación de designar

un curador que represente y asista al menor en la defensa de sus derechos. El curador actúa como el representante legal del menor, asegurando que sus intereses sean protegidos en todo momento.

5. Obligación Judicial: El artículo también establece que los jueces tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de estas disposiciones, y que las actuaciones judiciales que no cumplan con estas garantías serán declaradas nulas.

La asistencia letrada establecida en el artículo 8 del Código de la Niñez y Adolescencia asegura que los menores de edad cuenten con una representación legal adecuada en todos los procedimientos judiciales que los afecten. Este derecho es vital en casos de protección de derechos, adopciones, procesos de guarda y custodia, así como en situaciones de conflicto familiar o en procedimientos penales juveniles. El curador designado por el juez actúa en aquellos casos donde los menores no tienen representación adecuada, protegiendo sus intereses. Este mecanismo busca garantizar que las decisiones judiciales que afectan a los menores se realicen bajo el principio del interés superior del niño, consagrado en los tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual Uruguay es parte. Un aspecto importante de la ley es la obligación de los jueces de garantizar que todas las actuaciones procesales se realicen en conformidad con los principios y derechos establecidos. Si alguna actuación judicial se lleva a cabo sin respetar los derechos del menor (como su derecho a ser oído o la falta de asistencia letrada), dicha actuación será declarada nula, garantizando así la integridad del proceso y la protección de los menores.

4.1.2 Resultados jurisprudenciales

4.1.2.1 En el Perú

En la sentencia recaída en el Expediente N.º 00616-2018-PA/TC, el Tribunal Constitucional del Perú reafirmó la primacía del interés superior del niño como principio rector en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales de los menores. El caso involucró la vulneración del derecho a la educación de un menor debido a la negativa de una institución educativa a reconocer sus estudios previos, lo que afectaba su continuidad educativa. El Tribunal sostuvo que las autoridades deben adoptar medidas que aseguren el respeto y la protección de los derechos de los niños, considerando su especial vulnerabilidad y la necesidad de garantizar su desarrollo integral. Esta sentencia destaca la obligación del Estado de actuar con diligencia y prioridad en la protección de los derechos de los menores, asegurando que sus intereses prevalezcan en cualquier decisión que les afecte.

En el Expediente N.º 01665-2014-HC/TC, el Tribunal Constitucional analizó una demanda de habeas corpus presentada a favor de un menor, alegando la vulneración de su derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. El caso se centró en la ausencia de notificación adecuada y la falta de defensa técnica durante el proceso judicial que involucraba al menor. Aunque el Tribunal concluyó que no se había producido una vulneración de derechos en este caso específico, la sentencia resalta la importancia de garantizar que los menores cuenten con una defensa adecuada y que se respeten estrictamente las garantías procesales en cualquier procedimiento que les afecte. Este enfoque subraya la necesidad de una protección reforzada para los menores en el ámbito judicial, reconociendo su condición de sujetos de derecho con necesidades específicas.

La jurisprudencia peruana ha enfatizado la importancia de proporcionar a los menores en conflicto con la ley una defensa técnica especializada que garantice el respeto de sus derechos y el cumplimiento del debido proceso. En diversas sentencias, el Tribunal

Constitucional ha señalado que los abogados que representan a menores deben estar capacitados en materia de derechos de la niñez y adolescencia, y actuar con una perspectiva que priorice el interés superior del niño. Esta orientación busca asegurar que los menores comprendan el proceso judicial, participen activamente en su defensa y reciban un trato adecuado a su condición de personas en desarrollo. La implementación de una defensa técnica especializada es fundamental para evitar la revictimización de los menores y promover su rehabilitación y reintegración social.

4.1.2.2 En otros países

Uruguay

La jurisprudencia uruguaya ha consolidado la figura del abogado del niño como un pilar esencial en la protección de los derechos de niños y adolescentes en procesos judiciales. La Sentencia Definitiva N.º 177/2023 de la Suprema Corte de Justicia destaca este compromiso. En este caso, el tribunal instruyó a la defensora de los niños a comunicarles, considerando su edad, el contenido de la sentencia que autorizaba su traslado y residencia en Alemania junto a su madre, así como el régimen de visitas con su padre. Este fallo subraya la importancia de la participación activa del abogado del niño para garantizar que los menores comprendan las decisiones judiciales que les afectan y para proteger su derecho a ser oídos en los procesos legales. Además, el tribunal reconoció que la defensa de los menores aportó pruebas relevantes sobre situaciones de violencia y abuso, lo que influyó en la resolución final.

La Sentencia Definitiva N.º 121/2021 también refleja la evolución jurisprudencial en Uruguay respecto al rol del abogado del niño. En este caso de recuperación de tenencia, aunque la defensora del niño no evacuó el traslado del recurso de casación, la Suprema Corte de Justicia enfatizó la necesidad de que los menores cuenten con representación

legal adecuada para asegurar su derecho a ser escuchados y para proteger su interés superior. El tribunal reconoció que la participación activa del abogado del niño es esencial para garantizar que las decisiones judiciales consideren las necesidades y derechos específicos de los menores involucrados.

Estas sentencias reflejan el compromiso del sistema judicial uruguayo con la protección de los derechos de los niños y adolescentes, reconociendo la figura del abogado del niño como esencial para garantizar su participación efectiva en los procesos judiciales que les conciernen. La jurisprudencia uruguaya ha evolucionado para asegurar que los menores no solo sean representados legalmente, sino que también comprendan y participen activamente en los procedimientos que afectan sus vidas. Este enfoque integral fortalece la posición de los niños y adolescentes como sujetos de derecho y promueve decisiones judiciales más justas y equitativas.

Chile

La jurisprudencia chilena ha comenzado a reconocer la importancia de la participación activa de los niños en los procesos judiciales. Un caso emblemático es el fallo del Juzgado de Familia de Osorno, que en agosto de 2024 reconoció la pluriparentalidad de un niño de ocho años, ordenando al Registro Civil incluir a su madre y dos padres legales en su certificado de nacimiento. La jueza Verónica Vymazal destacó que fue fundamental el derecho del niño a ser oído, ya que su opinión manifestaba una identidad y un derecho a una vida familiar. Este caso resalta la necesidad de contar con mecanismos que aseguren la representación legal de los menores en los procesos que les conciernen.

Este fallo no solo representa un avance en la jurisprudencia chilena, sino que también pone de relieve la necesidad de contar con mecanismos que aseguren la representación legal de los menores en los procesos que les conciernen. La participación activa de los niños en los procedimientos judiciales es esencial para garantizar que sus derechos e intereses sean plenamente considerados. Este caso resalta la importancia de que los menores cuenten con una defensa técnica especializada que les permita expresar su voluntad y ser escuchados de manera efectiva en los tribunales.

4.2 Discusión

4.2.1 Discusión doctrinaria

4.2.1.1 Posturas a favor

El derecho a la defensa del niño y adolescente es fundamental para asegurar su participación activa en procesos judiciales, especialmente en los casos de tenencia, donde su bienestar puede verse afectado. Según el Comité de los Derechos del Niño (1989), los menores tienen el derecho a ser escuchados y representados por un abogado especializado en cualquier proceso que les afecte directamente, lo que refuerza el principio del interés superior del niño (ONU, 1989). En el contexto de los procesos de tenencia, este derecho cobra una relevancia crítica, ya que permite que los menores puedan expresar sus opiniones y que estas sean tomadas en cuenta en la decisión judicial (Gonzales, 2019). Con una adecuada defensa legal, se promueve la protección integral de los menores, asegurando que se priorice su bienestar y se respeten sus derechos a lo largo del proceso judicial.

El derecho de los niños a ser escuchados en los procesos de tenencia es importante para asegurar que se tomen decisiones que realmente favorezcan su bienestar. Lansdown (2005) subraya que los niños no deben ser tratados como objetos de protección pasiva,

sino como sujetos activos con derechos propios, entre ellos, el derecho a participar en decisiones que impacten sus vidas. En los casos de tenencia, esta participación es importante, ya que permite que los jueces consideren los deseos y necesidades de los menores, lo que facilita decisiones más ajustadas a su bienestar emocional y psicológico (Cillero, 1999). Sin una adecuada representación y participación, los menores corren el riesgo de quedar marginados en un proceso en el que sus intereses deberían ser primordiales. Este enfoque refuerza el desarrollo de una justicia más equitativa y sensible hacia los derechos infantiles.

La falta de una representación legal adecuada en los casos de tenencia puede dar lugar a la vulneración de los derechos fundamentales de los menores. Según Fariña et al. (2017), la ausencia de una defensa técnica eficiente puede llevar a decisiones que ignoren el interés superior del niño, en especial cuando el conflicto entre los padres es intenso. Esto puede generar situaciones en las que los menores sean expuestos a entornos familiares inadecuados o sean apartados de relaciones que contribuyen a su desarrollo integral. Contar con un abogado especializado permite que los niños no solo sean escuchados, sino que sus derechos sean protegidos de manera efectiva, evitando que las decisiones judiciales se enfoquen exclusivamente en los intereses de los progenitores (ONU, 1989).

El papel del abogado defensor del niño es importante para garantizar un equilibrio entre los derechos del menor y los derechos parentales en los casos de tenencia. Cillero (1999) destaca que, en ocasiones, el derecho de tenencia de los padres puede entrar en conflicto con el interés superior del niño, especialmente en contextos donde hay maltrato o negligencia. El abogado defensor actúa como mediador entre estos intereses, asegurando que el tribunal priorice el bienestar del niño por encima de las disputas entre

los padres (López, 2018). De esta forma, se evita que el menor se vea atrapado en un conflicto que pueda afectarlo emocional y psicológicamente, garantizando que sus derechos sean el eje central en la toma de decisiones.

La representación legal de los niños en los casos de tenencia no solo protege sus derechos, sino que también puede reducir la conflictividad entre los padres. Fariña et al. (2017), señalan que cuando los niños tienen acceso a un abogado que los represente, se promueve una mayor claridad y transparencia en el proceso judicial, lo que reduce la posibilidad de litigios prolongados y conflictivos. Esto es especialmente relevante en contextos de alta conflictividad familiar, donde los menores pueden ser utilizados como herramientas en las disputas entre los padres. Con una adecuada defensa, se facilita una resolución más rápida y justa, lo que beneficia tanto a los menores como a los progenitores.

El principio del interés superior del niño, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), debe ser el eje central de cualquier decisión relacionada con la tenencia. Este principio implica que las decisiones deben priorizar el bienestar físico, emocional y psicológico del menor, sin que los intereses de los padres prevalezcan sobre los suyos (ONU, 1989). Un abogado especializado asegura que este principio se aplique de manera rigurosa, presentando argumentos que reflejen los deseos y necesidades del menor (López, 2018). Así, las decisiones judiciales son más equilibradas y centradas en el bienestar del niño, reduciendo el riesgo de daño emocional o psicológico.

En Perú, la falta de una regulación clara y específica sobre la figura del abogado defensor de niños y adolescentes en los casos de tenencia deja un vacío en la protección de sus derechos. Beloff (2004) argumenta que sin una regulación adecuada, los niños quedan expuestos a ser representados de manera inadecuada o, en el peor de los casos, a

no tener ninguna representación. Esto representa una grave vulneración del derecho a la defensa y del principio del interés superior del niño. Es fundamental que el sistema legal peruano evolucione hacia la regulación de esta figura, tal como se ha hecho en otros países, para garantizar una defensa efectiva que resguarde los derechos de los menores.

En situaciones de alta conflictividad entre los padres, es común que los menores sean utilizados como herramientas de manipulación emocional. Fariña et al. (2017) señalan que la intervención de un abogado especializado permite reducir esta práctica, ya que el abogado actúa como defensor imparcial de los derechos e intereses del niño. Al garantizar que el menor tenga una voz propia y no esté sujeto a presiones externas, se evita que el conflicto entre los padres tenga un impacto negativo en su bienestar emocional y psicológico. Además, se asegura que el proceso judicial sea más justo y transparente, evitando que los menores sean instrumentalizados en el conflicto familiar.

El derecho de los niños a ser escuchados es fundamental en los procesos de tenencia, y la figura del abogado defensor garantiza que esta participación sea efectiva. Lansdown (2005) resalta que los niños deben tener la oportunidad de expresar sus opiniones en las decisiones que afectan sus vidas, especialmente en cuestiones tan importantes como la tenencia. Sin un abogado que los represente, es probable que sus deseos sean ignorados o mal interpretados. El abogado especializado asegura que el niño pueda expresar sus opiniones de manera segura y que estas sean consideradas seriamente en la toma de decisiones judiciales, contribuyendo a un proceso más justo y equitativo.

Implementar la figura del abogado defensor en los casos de tenencia no solo beneficia a los menores, sino que también fortalece el sistema de justicia en su conjunto. Beloff (2004) sostiene que la falta de regulación sobre esta figura genera desconfianza en el sistema judicial, lo que puede llevar a una mayor polarización y conflictividad en los

procesos familiares. Regular adecuadamente la defensa de los menores contribuiría a mejorar la eficiencia y transparencia del sistema judicial, garantizando que las decisiones se tomen de manera justa y que los derechos de los más vulnerables sean protegidos. Esto no solo beneficia a los menores, sino también a la sociedad en general, que deposita su confianza en un sistema de justicia equitativo.

4.2.1.2 Posturas en contra

El abogado del niño, aunque tiene un rol protector, puede aumentar las tensiones familiares. Álvarez (2020) argumenta que la presencia de un abogado defensor puede poner al niño en una posición de mayor estrés, ya que se le obliga a tomar partido en las disputas familiares, lo que puede generar conflictos de lealtad entre sus progenitores. Esta intervención puede acentuar el conflicto, en lugar de mitigar las tensiones, generando una carga emocional adicional para el menor. Jiménez (2018) también menciona que los niños pueden sentir que traicionan a uno de sus padres al tener un abogado que represente sus deseos, lo que puede tener efectos adversos en su bienestar emocional. En lugar de reducir el conflicto, la representación legal puede intensificar las dinámicas familiares problemáticas.

Aunque los niños tienen derecho a ser escuchados, sus opiniones no siempre reflejan lo que es mejor para su bienestar. Martínez (2019) señala que, debido a su inmadurez emocional y dependencia hacia los padres, los niños pueden verse influenciados por las opiniones de los progenitores y no expresar sus verdaderos deseos. En algunos casos, el niño puede repetir lo que un padre le ha inculcado, sin entender las implicaciones de su decisión. Cordero (2021) enfatiza que esta influencia puede distorsionar la toma de decisiones judiciales, al llevar a los jueces a basarse en deseos que no necesariamente representan lo que es mejor para el desarrollo del niño. Como

resultado, la participación del menor en el proceso puede ser contraproducente si no se manejan adecuadamente sus influencias.

El costo de los abogados especializados en derechos de los niños puede generar inequidades en el acceso a la defensa. Sánchez (2017) destaca que, en muchos casos, los padres no pueden permitirse contratar un abogado especializado para sus hijos, lo que coloca a los menores en situaciones de desventaja. Mientras que algunos niños pueden contar con una defensa eficaz, otros no tienen acceso a los mismos recursos, lo que crea una disparidad en la calidad de la representación legal. Pérez (2018) argumenta que esta situación perpetúa las inequidades en el sistema judicial, ya que los niños de familias con menos recursos tienen menos posibilidades de obtener una representación adecuada en los procesos de tenencia.

Involucrar a los niños en procesos judiciales puede causarles un trauma emocional significativo. Gómez (2019) sugiere que, en muchas ocasiones, los niños no están preparados emocionalmente para participar activamente en disputas legales complejas, como los casos de tenencia. La exposición a los conflictos de sus padres y la presión de tener que tomar decisiones que afectarán sus vidas puede ser abrumadora para los menores, afectando su salud mental a largo plazo. Ruiz (2020) agrega que el proceso judicial, por su naturaleza adversarial, puede aumentar el estrés y la ansiedad en los niños, lo que puede generar consecuencias negativas en su desarrollo emocional y social.

La intervención del abogado del niño no necesariamente garantiza que se tomen decisiones judiciales más justas. Morales (2018) plantea que, en algunos casos, los abogados defensores pueden imponer sus propias interpretaciones del interés superior del niño, lo que no siempre coincide con las verdaderas necesidades del menor. Al estar sujetos a las mismas limitaciones y prejuicios que cualquier otro profesional, los

abogados pueden tomar decisiones basadas en sus propias experiencias o valores, sin considerar plenamente las particularidades de cada niño. Reyes (2019) advierte que, a pesar de contar con una defensa especializada, el resultado puede no reflejar el bienestar del menor, dado que la calidad de la representación depende de la competencia y enfoque del abogado.

La inclusión de un abogado para el niño en los procesos de tenencia puede prolongar los litigios y retrasar la resolución. López (2018) señala que la participación de un defensor del niño introduce un nuevo actor en el proceso judicial, lo que a menudo complica y alarga los trámites legales. Esta dilación puede prolongar el conflicto familiar y aumentar el estrés tanto para los niños como para los padres. Vega (2020) advierte que, en lugar de agilizar la resolución de los casos de tenencia, la inclusión de un abogado del niño puede agregar capas adicionales de burocracia y procedimientos judiciales, demorando la implementación de decisiones que favorezcan el bienestar del menor.

En algunos casos, la intervención del abogado del niño puede limitar la capacidad del juez para actuar de manera imparcial. Hernández (2017) sostiene que los jueces pueden sentirse presionados a aceptar las recomendaciones del abogado del niño, aun cuando estas no reflejen adecuadamente las circunstancias del caso. Esto puede llevar a que los jueces dependan demasiado de la interpretación del abogado sobre los deseos del menor, lo que reduce la capacidad del juez para evaluar el caso desde una perspectiva más holística. García (2019) destaca que el papel de los jueces es evaluar todas las pruebas y considerar diversos factores, y una excesiva dependencia en el abogado del niño puede interferir en este proceso.

La participación del abogado del niño puede desplazar el enfoque hacia una solución adversarial, en lugar de soluciones conciliadoras. Martínez (2017) sugiere que,

en algunos casos, la presencia de un abogado defensor fomenta un enfoque más litigante y menos colaborativo, lo que puede dificultar la posibilidad de llegar a un acuerdo amistoso entre los padres. En lugar de promover la mediación y la conciliación, la participación del abogado puede intensificar el conflicto. Carrillo (2018) argumenta que, si bien el abogado del niño tiene la intención de proteger los intereses del menor, su presencia en los tribunales puede exacerbar el litigio, haciendo que la resolución sea más difícil y prolongada.

En muchos países, incluido Perú, el sistema judicial está sobrecargado, lo que afecta la eficacia de los abogados que representan a los menores. Navarro (2019) destaca que la alta carga de trabajo de los defensores públicos a menudo impide que dediquen el tiempo necesario a cada caso, lo que reduce la calidad de la representación legal que pueden ofrecer. Sierra (2020) añade que esta sobrecarga afecta negativamente a los menores, ya que los abogados no pueden brindarles la atención personalizada que necesitan en procesos tan delicados como la tenencia. Por lo tanto, aunque la figura del abogado del niño es valiosa en teoría, en la práctica su efectividad puede verse seriamente comprometida.

La implementación efectiva de la figura del abogado del niño requiere recursos económicos que muchos sistemas judiciales no tienen. Fernández (2019) menciona que garantizar la defensa de los menores en todos los casos de tenencia implica un costo considerable para el Estado, especialmente en países con recursos limitados como Perú. Paredes (2020) argumenta que, si bien es deseable que todos los niños cuenten con un abogado especializado, la falta de financiamiento adecuado puede resultar en una implementación desigual y de baja calidad de esta defensa. Como resultado, el derecho a

la defensa del niño se convierte en una aspiración más que en una realidad efectiva en muchos casos.

4.2.1.3 Posturas personales

El abogado del niño puede actuar como un mediador que reduzca la tensión emocional del menor en procesos de tenencia. Castillo (2021) señala que, sin una figura que represente sus intereses, el niño podría quedar atrapado en las disputas de los padres, lo que afectaría su bienestar emocional. González (2020) afirma que la intervención de un abogado no solo garantiza la representación de los derechos del menor, sino que también disminuye la carga emocional al tomar decisiones informadas que no recaen directamente sobre el niño. De esta manera, el abogado protege al menor del estrés innecesario que los procesos judiciales pueden generar. Sin embargo, es fundamental que el abogado esté bien capacitado en derechos infantiles para cumplir adecuadamente este rol. Así, se asegura que el niño participe de manera protegida y justa, sin verse abrumado por la complejidad del proceso.

La representación legal del niño en los procesos de tenencia no debería ser la única forma de proteger sus derechos, sino un complemento a otros enfoques. Rojas (2019) argumenta que la inclusión de psicólogos y trabajadores sociales en estos procesos puede proporcionar una evaluación más integral del bienestar del menor. Alarcón (2020) coincide, señalando que un enfoque multidisciplinario puede abordar aspectos emocionales y psicológicos del menor que el abogado no puede gestionar solo. Así, la representación legal se convierte en una herramienta más dentro de un sistema de protección más amplio, lo que mejora las probabilidades de que el niño sea verdaderamente escuchado y sus derechos sean respetados. En lugar de centrar todo en el

ámbito jurídico, la combinación de esfuerzos legales y sociales puede brindar un apoyo más robusto para el bienestar integral del niño.

Si bien el abogado del niño es importante para garantizar sus derechos, su intervención no debería retrasar innecesariamente el desarrollo del proceso judicial. Fernández (2021) advierte que los procesos de tenencia prolongados pueden generar inestabilidad en el menor, afectando su bienestar emocional y psicológico. Vargas (2020) sugiere que, aunque la representación legal del niño es clave, debe implementarse de manera eficiente para evitar demoras innecesarias. La celeridad en la toma de decisiones es importante para reducir el estrés asociado con los conflictos familiares. De esta forma, el sistema judicial debe encontrar un equilibrio entre permitir una defensa adecuada para el menor y evitar dilaciones que puedan perpetuar el conflicto familiar. La pronta resolución de los casos es, en sí misma, un aspecto clave para la protección del interés superior del menor.

El abogado del niño debe recibir una formación especializada en derechos infantiles para desempeñar adecuadamente su rol. Paredes (2019) señala que representar a menores requiere habilidades específicas para comunicar con ellos de manera clara y comprender sus necesidades particulares. Salinas (2020) refuerza esta afirmación al argumentar que sin una formación adecuada, los abogados podrían comprometer el bienestar del menor, tomando decisiones erróneas o insuficientes. Esto implica que la capacitación continua en temas de derechos infantiles y psicología del desarrollo es fundamental para asegurar una defensa técnica eficiente. De este modo, un abogado bien capacitado puede proteger los derechos del menor de manera efectiva, sin desvirtuar el principio del interés superior del niño, lo que reduce el riesgo de una representación inadecuada.

El sistema judicial peruano enfrenta una sobrecarga de casos que puede comprometer la calidad de la representación legal en los procesos de tenencia. Miranda (2020) afirma que la elevada carga de trabajo de los defensores públicos afecta negativamente la atención que pueden dedicar a cada caso, impidiendo una representación efectiva. Cruz (2021) señala que este problema es particularmente grave en el ámbito de los derechos del menor, donde se requiere una atención cuidadosa y especializada. Sin suficientes recursos ni tiempo, los abogados no pueden cumplir con su deber de proteger adecuadamente los derechos del niño. Es importante que el Estado incremente los recursos destinados a la defensoría pública y reduzca la carga de trabajo de los abogados para garantizar que los menores reciban la defensa que necesitan y merecen.

Aunque la participación del abogado del niño es importante, no debe sustituir la función evaluativa integral del juez en los casos de tenencia. Montoya (2021) sostiene que los jueces deben tener una visión holística del caso, evaluando no solo los argumentos legales, sino también los factores sociales y emocionales que rodean al menor. Chávez (2020) coincide en que la representación legal del menor debe ser vista como un complemento, y no como una sustitución, del papel del juez en la protección de su bienestar. Si bien el abogado del niño es una voz importante en el proceso, las decisiones judiciales deben considerar una gama más amplia de elementos, asegurando que el juez tenga la última palabra basada en el interés superior del menor.

El abogado del niño tiene la responsabilidad de proteger al menor de posibles manipulaciones por parte de los padres durante el proceso de tenencia. Romero (2019) argumenta que, en algunos casos, los padres pueden tratar de influir en las opiniones y deseos del niño, utilizándolo como una herramienta en sus disputas. Durán (2021) añade que el abogado debe ser capaz de identificar estas influencias y actuar en consecuencia,

representando de manera imparcial los verdaderos intereses del menor. Esta intervención es importante para garantizar que las decisiones tomadas en el proceso judicial sean justas y no reflejen los intereses de los progenitores, sino lo que realmente es mejor para el bienestar del niño.

La participación del niño en los procesos de tenencia debe ajustarse a su capacidad para comprender las implicaciones del proceso. Sánchez (2020) sostiene que involucrar al niño sin tener en cuenta su nivel de madurez puede ser contraproducente, ya que podría no entender completamente las decisiones que se le piden tomar. López (2019) sugiere que es importante que el sistema judicial ajuste el grado de participación del menor en función de su desarrollo emocional y cognitivo, garantizando así que su voz sea escuchada sin imponerle una carga emocional que no está listo para asumir. Así, el enfoque debe ser flexible, permitiendo que el menor participe de acuerdo con su edad y capacidad.

Aunque la representación legal del niño es fundamental, un enfoque conciliador puede ser más beneficioso que una estrategia litigiosa. Pérez (2019) argumenta que los métodos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación, pueden ofrecer soluciones más rápidas y menos traumáticas para los niños. Villalba (2020) coincide en que, al promover la conciliación, se reduce el riesgo de que los menores queden atrapados en largas y conflictivas batallas legales entre sus padres. La función del abogado del niño debe ser la de facilitar acuerdos que beneficien al menor, evitando que el proceso judicial se convierta en un entorno de disputa constante.

La intervención del abogado del niño puede ser efectiva si se complementa con apoyo psicológico que asegure el bienestar emocional del menor. Gutiérrez (2020) señala que los procesos judiciales pueden ser emocionalmente desgastantes para los niños, por

lo que la intervención de un psicólogo puede ayudarlos a manejar mejor la situación. Ramos (2019) sugiere que la colaboración entre abogados y profesionales de la psicología permite una defensa más completa del menor, protegiendo tanto sus derechos legales como su estabilidad emocional. Así, se garantiza que la participación del niño en el proceso judicial sea beneficiosa y no cause daño psicológico.

4.2.2 Discusión normativa

4.1.2.1 En el Perú

El Código de los Niños y Adolescentes del Perú, particularmente en su Artículo 146, establece la asistencia legal gratuita para menores de edad en situación de vulnerabilidad. Este artículo otorga un marco de protección legal a los niños y adolescentes, asegurando que tengan representación adecuada en los procesos judiciales (Castillo, 2020). El objetivo de esta normativa es garantizar el derecho a la defensa y el acceso equitativo a la justicia, alineado con el principio del interés superior del niño de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ratificada por Perú en 1990. Este aspecto es importante, ya que asegura que los menores de edad no estén desprotegidos ante el sistema judicial. Sin embargo, Aguirre (2019) destaca la falta de recursos y abogados especializados como un reto significativo para la implementación efectiva de esta norma, lo que podría resultar en la vulneración de derechos. A pesar de las buenas intenciones del legislador, la falta de aplicación efectiva muestra un desfase entre la norma y la realidad judicial en el Perú.

El Artículo 12 de la CDN, que garantiza el derecho de los niños a ser escuchados en procedimientos judiciales o administrativos que los afecten, también está contemplado en la legislación peruana. Este derecho es fundamental para asegurar que los menores participen activamente en decisiones que les conciernen, como los casos de tenencia y

custodia (Sánchez, 2018). Sin embargo, la implementación de este derecho ha sido objeto de crítica por Pérez (2021), quien señala que los jueces y demás operadores judiciales carecen de capacitación adecuada para garantizar una escucha efectiva a los menores. Esto ha llevado a una práctica judicial que no siempre toma en cuenta la voz del niño o adolescente, afectando gravemente su derecho a ser escuchado. Vargas (2020) argumenta que es necesario desarrollar procedimientos especializados para facilitar la expresión de los menores, incluyendo la participación de profesionales como psicólogos que actúen como intermediarios. La falta de estos mecanismos afecta negativamente la aplicación del derecho en la práctica judicial peruana.

El Artículo 146 del Código de los Niños y Adolescentes también establece que la asistencia letrada es obligatoria en casos de violencia sexual contra menores, lo cual refuerza el compromiso del Estado peruano con la protección de los más vulnerables. Cáceres (2020) sostiene que esta disposición es importante para asegurar que los niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales tengan acceso a una defensa técnica efectiva. Sin embargo, Ramírez (2019) señala que en la práctica, existen dificultades significativas en garantizar una representación especializada, sobre todo en las áreas rurales, donde el acceso a abogados capacitados en este tipo de delitos es limitado. Para superar este obstáculo, Jiménez (2021) propone destinar más recursos para mejorar la cobertura y capacitación de los defensores públicos, especialmente en zonas alejadas. Además, Mendoza (2022) aboga por la creación de programas de formación continua que aseguren que los defensores tengan el conocimiento necesario para manejar casos complejos de violencia sexual.

El Ministerio de Justicia del Perú es el encargado de garantizar que los defensores públicos tengan la capacitación necesaria para proteger los derechos de los menores en

situaciones de vulnerabilidad. Sin embargo, López (2021) critica que muchos defensores públicos no cuentan con la formación especializada en derechos de la niñez, lo que afecta negativamente la calidad de la defensa que se les brinda a los menores en procesos judiciales. García (2018) sugiere que, para mejorar esta situación, el Ministerio de Justicia debería implementar programas de capacitación obligatorios y continuos para los defensores públicos que manejen casos de menores. Esta formación sería clave para asegurar que los abogados estén preparados para enfrentar las particularidades de los procesos judiciales que involucran a niños y adolescentes, y así garantizar una defensa adecuada que respete los principios del interés superior del niño.

El Capítulo III del Código de los Niños y Adolescentes es un marco normativo clave que regula la figura del abogado defensor. Aunque el Artículo 146 es un avance positivo en la protección de los derechos de los menores, su implementación práctica enfrenta desafíos importantes, como la falta de supervisión y evaluación de los defensores públicos. Salazar (2020) sostiene que la creación de una unidad especializada dentro de la Defensoría Pública dedicada exclusivamente a casos de niñez y adolescencia podría ser una solución efectiva para mejorar la calidad de la representación legal de los menores. Además, Espinoza (2019) propone un sistema de monitoreo continuo que evalúe el desempeño de los defensores públicos en estos casos, lo que permitiría garantizar que los derechos de los menores estén realmente protegidos durante todo el proceso judicial.

A pesar de que el Código de los Niños y Adolescentes se alinea con los principios internacionales de derechos humanos, su implementación en el contexto peruano sigue enfrentando serios obstáculos. Morales (2021) destaca que la falta de recursos humanos y financieros dentro del sistema judicial peruano representa una barrera significativa para la correcta aplicación de estas normas. Además, la desigualdad en la distribución de

servicios judiciales, particularmente en áreas rurales, agrava esta situación. Álvarez (2022) recomienda que el Estado implemente un programa nacional de monitoreo y evaluación para medir la efectividad de la defensa pública en casos de niñez y adolescencia, y que se priorice la inversión en áreas rurales para mejorar el acceso a la justicia para los menores más vulnerables. Este enfoque permitiría una implementación más equitativa de la normativa y garantizaría una verdadera protección de los derechos de los menores en todo el territorio peruano.

4.1.2.2 En Argentina

En Argentina, la protección jurídica de los menores de edad está estructurada principalmente a través de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, promulgada en 2005. Esta ley establece un marco jurídico que garantiza la defensa de los derechos de los menores en el ámbito judicial y administrativo, asegurando que puedan participar activamente en los procedimientos que los afectan. El Artículo 27 de la ley garantiza que todo niño, niña o adolescente tiene derecho a ser asistido por un abogado especializado desde el inicio del proceso. Esta figura del abogado del niño ha sido importante para promover la participación activa de los menores en decisiones que afecten su bienestar, en concordancia con los principios internacionales establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por Argentina en 1990 (González, 2020).

La Convención sobre los Derechos del Niño, como fuente primaria de este marco normativo, destaca el derecho de los menores a ser escuchados y a participar en los procedimientos judiciales que los involucren. En este sentido, la Ley 26.061 adopta estos principios e incorpora la participación activa del menor como un derecho fundamental. Según Martínez (2021), esta normativa marca un hito en la defensa de los derechos de los

menores, ya que los posiciona como sujetos de derechos, lo que significa que deben ser tomados en cuenta en todas las decisiones que los afecten.

Sin embargo, a pesar de los avances significativos en el marco normativo, la implementación de la figura del abogado del niño enfrenta desafíos. Según Sánchez (2019), uno de los problemas principales es la falta de profesionales especializados en niñez y adolescencia en algunas regiones del país, especialmente en áreas rurales. La ley establece que los abogados del niño deben tener conocimientos específicos en derechos de la infancia y adolescencia, pero en la práctica, no siempre se garantiza esta especialización. En muchas jurisdicciones, el acceso a un abogado especializado es limitado, lo que pone en riesgo la adecuada representación de los menores en los procedimientos judiciales.

Otro reto señalado por Pérez (2020) es la variabilidad en la implementación de la ley a nivel provincial. Aunque la Ley 26.061 es de aplicación nacional, su implementación depende en gran medida de los recursos disponibles en cada provincia. En algunas provincias, la figura del abogado del niño está plenamente operativa, mientras que en otras, los menores carecen de una representación adecuada debido a la falta de infraestructura judicial y recursos humanos. Esto genera una disparidad en la protección de los derechos de los menores, dependiendo de la provincia en la que se encuentren.

El derecho a ser escuchado es uno de los pilares fundamentales de la Ley 26.061. Este derecho, consagrado en el Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha sido adoptado por la normativa argentina, garantizando que la voz de los menores sea considerada en los procedimientos judiciales y administrativos. No obstante, García (2021) critica que, en muchos casos, los operadores judiciales no están suficientemente capacitados para aplicar este derecho de manera efectiva. Según su análisis, los jueces y

fiscales a menudo subestiman la capacidad de los menores para opinar sobre su propio bienestar, lo que resulta en una falta de participación real de los menores en los casos que los involucran.

En términos de avances normativos, Rodríguez (2021) subraya que la Ley 26.061 ha sido fundamental para asegurar que los menores tengan acceso a una asistencia letrada especializada. Este derecho no solo garantiza que los menores cuenten con un abogado que los represente en los procedimientos, sino que también busca asegurar que estos abogados estén capacitados en derechos de la niñez y adolescencia, lo que es importante para una defensa efectiva. Sin embargo, al igual que Pérez (2020), Rodríguez señala que la falta de capacitación continua y recursos especializados sigue siendo un desafío para la implementación efectiva de esta norma.

La participación del menor en los procedimientos judiciales también está ligada al principio del interés superior del niño, otro concepto clave de la Convención sobre los Derechos del Niño que ha sido adoptado por la legislación argentina. Este principio establece que todas las decisiones judiciales y administrativas deben tomarse en función de lo que sea mejor para el menor, priorizando su bienestar físico, emocional y psicológico. En este contexto, la figura del abogado del niño se convierte en un garante de que el interés superior del menor sea defendido en cada etapa del procedimiento. Torres (2019) argumenta que, aunque este principio es ampliamente reconocido en la normativa argentina, su aplicación en la práctica varía, dependiendo de la capacitación y sensibilización de los jueces y fiscales.

Uno de los puntos críticos identificados por Méndez (2020) es la formación de los abogados del niño. Aunque la ley establece la necesidad de contar con profesionales especializados, la realidad es que no siempre se cumplen los estándares necesarios para

garantizar una representación efectiva. Según Méndez, es necesario implementar programas de capacitación obligatorios y continuos para los abogados que deseen representar a menores en procedimientos judiciales, lo que permitiría una mejora significativa en la calidad de la defensa brindada.

Por otro lado, López (2021) destaca que la Ley 26.061 ha sido un avance significativo en el reconocimiento de los menores como sujetos activos de derechos. Esto no solo implica que los menores tengan derecho a ser escuchados, sino que también pueden impugnar decisiones judiciales que afecten sus intereses. Este derecho a recurrir cualquier decisión es un avance importante en la protección de los derechos de los menores, ya que les permite tener un mayor control sobre las decisiones que impactan su vida.

A pesar de los avances normativos, Morales (2022) señala que aún existen brechas importantes en la implementación de la figura del abogado del niño, particularmente en contextos de alta vulnerabilidad social. Según Morales, los menores en situaciones de extrema pobreza o en áreas rurales a menudo enfrentan barreras para acceder a una representación legal efectiva. Estas barreras incluyen la falta de recursos financieros para pagar abogados privados, así como la falta de infraestructura judicial en muchas provincias.

En cuanto a las propuestas para mejorar la implementación de la Ley 26.061, Fernández (2021) sugiere que se establezcan unidades especializadas dentro de los tribunales dedicadas exclusivamente a los casos que involucren a menores de edad. Estas unidades estarían compuestas por abogados especializados en derechos de la infancia, psicólogos y trabajadores sociales, quienes trabajarían en conjunto para asegurar que los derechos de los menores sean defendidos de manera integral. Además, Fernández

propone la creación de un sistema de monitoreo y evaluación para medir la efectividad de la defensa proporcionada a los menores y asegurar que se cumplan los estándares establecidos en la ley.

La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes ha sido un avance importante en la protección de los derechos de los menores en Argentina, alineándose con los principios internacionales de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, la implementación de esta ley enfrenta desafíos significativos, incluyendo la falta de recursos, la insuficiente capacitación de los operadores judiciales y la desigualdad en la aplicación de la ley a nivel provincial. La mejora de la formación de los abogados del niño y la creación de unidades especializadas en los tribunales son algunas de las medidas propuestas para superar estos obstáculos y garantizar una defensa efectiva de los derechos de los menores en todo el país.

4.1.2.3 En España

En España, la protección de los derechos de los menores en el ámbito jurídico está regida por la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Esta ley representa un avance significativo en la legislación española sobre los derechos de los niños y adolescentes, alineándose con los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por España en 1990. Uno de los aspectos más relevantes de esta ley es la inclusión del derecho de los menores a ser escuchados en procedimientos judiciales o administrativos que los afecten, como establece el Artículo 9 de la ley. Según Pérez (2018), esta norma ha sido fundamental para garantizar la participación activa de los menores en los procesos legales, permitiendo que su opinión sea tomada en cuenta en decisiones que afectan su bienestar y desarrollo.

El Artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 establece que los menores tienen derecho a ser escuchados en todas las cuestiones que les afecten, tanto en el ámbito judicial como administrativo. Este derecho es importante para garantizar que los niños no sean simplemente objetos de protección, sino sujetos de derechos con capacidad para influir en las decisiones que los involucran (Gómez, 2019). En este sentido, la ley reconoce que los menores, en función de su edad y madurez, deben participar activamente en los procedimientos que impacten su vida personal, familiar o social. Sin embargo, López (2020) critica que, en la práctica, muchos jueces y funcionarios aún no están capacitados para aplicar este derecho de manera efectiva, lo que resulta en una participación limitada de los menores en ciertos procesos.

El derecho de los menores a ser escuchados también está vinculado al principio del interés superior del niño, consagrado tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la Ley Orgánica 1/1996. Este principio establece que todas las decisiones judiciales o administrativas que involucren a menores deben tomarse en función de lo que sea mejor para su bienestar físico, emocional y psicológico (Fernández, 2020). La Ley Orgánica 1/1996 hace hincapié en que el interés superior del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en los procedimientos que los afecten. Sin embargo, Martínez (2019) sostiene que, en muchos casos, la interpretación del interés superior del menor es subjetiva y varía dependiendo de la perspectiva del juez, lo que puede llevar a decisiones inconsistentes en casos similares.

Uno de los mecanismos más importantes que establece la Ley Orgánica 1/1996 para proteger los derechos de los menores en el ámbito judicial es la figura del abogado del niño. Este profesional tiene la responsabilidad de representar los intereses del menor

en los procedimientos judiciales y administrativos, asegurando que su voz sea escuchada y que sus derechos sean protegidos (Rodríguez, 2021). En los casos en los que los menores tienen suficiente madurez, pueden elegir ser representados por un abogado de su elección, lo que refuerza su participación activa en el proceso. Según García (2019), esta figura ha sido clave para garantizar que los menores no sean tratados como partes pasivas en los procedimientos judiciales, especialmente en casos de familia como la tenencia, custodia y adopción.

El abogado del niño también juega un papel importante en garantizar que las decisiones judiciales se alineen con el principio del interés superior del menor. Torres (2018) señala que este abogado tiene la tarea de mediar entre el menor y el sistema judicial, traduciendo sus necesidades y opiniones en términos comprensibles para el tribunal. Además, el abogado del niño debe garantizar que el menor comprenda el proceso y las posibles consecuencias de sus decisiones, lo que es especialmente importante en casos de alta complejidad, como los relacionados con la custodia o la adopción. Sin embargo, Vega (2020) critica que no siempre se garantiza la especialización de los abogados en derechos de la infancia, lo que puede comprometer la calidad de la representación legal que reciben los menores.

En relación con la participación activa del menor, la Ley Orgánica 1/1996 establece que los menores tienen derecho a intervenir en los procedimientos judiciales que los involucren de manera directa. Este derecho está vinculado a la capacidad del menor para comprender la naturaleza del proceso y las implicaciones de sus decisiones. Según Cruz (2021), la participación activa del menor en los procedimientos judiciales no solo es un derecho fundamental, sino que también es importante para garantizar que las decisiones judiciales sean equitativas y justas. Sin embargo, Morales (2019) señala que,

en muchos casos, los tribunales no cuentan con los recursos necesarios para garantizar que los menores puedan participar de manera efectiva, lo que limita la aplicación práctica de este derecho.

El derecho a la asistencia letrada especializada es otro de los aspectos clave de la Ley Orgánica 1/1996. Según el Artículo 18, los menores tienen derecho a ser asistidos por un abogado especializado en derechos de la infancia en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los involucre. Este derecho es fundamental para garantizar que los menores cuenten con una representación legal adecuada que defienda sus intereses y proteja sus derechos (Sánchez, 2020). Sin embargo, Ruiz (2021) critica que en muchas jurisdicciones no se cuenta con suficientes abogados especializados en niñez, lo que pone en riesgo la calidad de la asistencia letrada que reciben los menores.

En términos de avances normativos, López (2018) destaca que la Ley Orgánica 1/1996 ha sido un paso importante hacia la protección de los derechos de los menores en España. Sin embargo, también señala que la implementación de esta ley enfrenta desafíos significativos, especialmente en áreas rurales y en regiones con menos recursos judiciales. La falta de infraestructura adecuada y la escasez de profesionales capacitados en derechos de la infancia limitan la aplicación efectiva de la ley, lo que puede dejar a muchos menores sin la protección que necesitan en los procedimientos judiciales.

Vega (2019) propone que se establezcan unidades especializadas dentro de los tribunales para tratar exclusivamente los casos relacionados con menores. Estas unidades estarían compuestas por abogados, psicólogos y trabajadores sociales especializados en derechos de la infancia, lo que permitiría una atención más integral a los menores involucrados en procedimientos judiciales. Además, Gómez (2020) sugiere que se implementen programas de capacitación obligatorios para los jueces y fiscales que

trabajen en casos de menores, con el fin de garantizar que comprendan las necesidades específicas de los niños y adolescentes y puedan aplicar la ley de manera efectiva.

La Ley Orgánica 1/1996 es la garantía de que los menores reciban información comprensible sobre los procedimientos judiciales que los involucran. Según Pérez (2021), es importante que los menores comprendan la naturaleza del proceso y las posibles consecuencias de sus decisiones para que puedan participar de manera efectiva. La ley establece que la información debe ser proporcionada en un lenguaje adecuado a la edad y madurez del menor, lo que permite que puedan ejercer su derecho a ser escuchados de manera informada. Sin embargo, Fernández (2020) critica que, en la práctica, no siempre se proporciona esta información de manera adecuada, lo que puede limitar la participación efectiva de los menores en los procedimientos judiciales.

En términos de desafíos, Cruz (2021) señala que la implementación de la Ley Orgánica 1/1996 ha sido desigual en diferentes regiones de España. Aunque la ley es de aplicación nacional, su implementación depende en gran medida de los recursos disponibles en cada comunidad autónoma. En algunas regiones, la figura del abogado del niño está plenamente operativa y los menores cuentan con una representación adecuada, mientras que en otras, la falta de recursos judiciales limita la aplicación efectiva de la ley. Esto genera una disparidad en la protección de los derechos de los menores, dependiendo de la región en la que se encuentren.

4.1.2.4 En Uruguay

En Uruguay, la protección de los derechos de los niños y adolescentes se encuentra regulada principalmente por la Ley N.º 17.823 del Código de la Niñez y Adolescencia. Esta normativa, que entró en vigor en 2004, establece los derechos, deberes y garantías de los menores en el ámbito jurídico y social, y se alinea con los estándares

internacionales consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. El Artículo 8 de este código es importante, ya que establece los principios generales de los derechos de los niños, destacando el derecho a ser oído y a recibir asistencia letrada en los procedimientos judiciales o administrativos que los afecten. Según Díaz (2019), esta norma representa un avance significativo en la protección de los menores en Uruguay, ya que refuerza su papel como sujetos activos de derechos, más allá de simples objetos de protección.

El derecho a la asistencia letrada es uno de los pilares fundamentales del Código de la Niñez y Adolescencia. Según el Artículo 8, todos los menores de edad tienen derecho a contar con un abogado que los represente en los procedimientos judiciales, garantizando así su derecho a la defensa. Pérez (2020) señala que este artículo subraya la obligación del Estado uruguayo de asegurar que los menores cuenten con una defensa técnica adecuada en cualquier proceso que los involucre, especialmente en casos relacionados con la custodia, adopción y protección de derechos. Sin embargo, Sosa (2018) critica que la implementación de esta norma no siempre es efectiva, ya que en muchas zonas del país no se dispone de suficientes abogados especializados en niñez y adolescencia, lo que compromete la calidad de la representación legal que reciben los menores.

Otro aspecto relevante del Código de la Niñez y Adolescencia es el derecho de los menores a ser escuchados en cualquier procedimiento que los afecte. Este derecho está consagrado en el Artículo 8 y se extiende a todos los menores, independientemente de su edad o nivel de madurez. Fernández (2019) destaca que este derecho es importante para garantizar que los niños y adolescentes puedan participar activamente en los procesos que involucran decisiones sobre su vida personal y familiar. Sin embargo,

Rodríguez (2021) critica que, en la práctica, los jueces y operadores judiciales a menudo no cuentan con la capacitación necesaria para aplicar este derecho de manera efectiva, lo que resulta en que la voz de los menores no siempre sea tomada en cuenta de forma adecuada.

La figura del curador ad litem es otro mecanismo clave establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia. Según el Artículo 8, cuando un menor no cuente con una representación legal adecuada, el juez tiene la obligación de designar un curador que defienda sus intereses en el proceso judicial. Esta figura es especialmente importante en casos de alto conflicto familiar o en situaciones de vulnerabilidad extrema, como el maltrato o la violencia doméstica. Martínez (2020) subraya que el curador ad litem actúa como un defensor independiente de los intereses del menor, asegurando que su voz sea escuchada y que sus derechos sean protegidos durante todo el proceso. Sin embargo, Cruz (2019) señala que la designación de curadores no siempre se realiza de manera oportuna, lo que puede retrasar la resolución de los casos y aumentar el riesgo de vulneración de los derechos del menor.

El interés superior del niño es el principio rector que guía todas las decisiones judiciales y administrativas relacionadas con los menores en Uruguay. Este principio, que está consagrado tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en el Código de la Niñez y Adolescencia, establece que todas las medidas adoptadas por las autoridades deben estar orientadas a proteger el bienestar físico, emocional y psicológico del menor. González (2021) señala que el interés superior del niño ha sido clave en la jurisprudencia uruguaya, especialmente en casos relacionados con la tenencia y la adopción. Sin embargo, López (2020) critica que, en la práctica, la aplicación de este principio puede

ser subjetiva y varía dependiendo del criterio del juez, lo que puede llevar a decisiones inconsistentes en casos similares.

En cuanto a la asistencia letrada especializada, el Código de la Niñez y Adolescencia establece que los abogados que representen a los menores deben contar con la capacitación adecuada en derechos de la infancia. Según Ruiz (2019), esta disposición es fundamental para garantizar que los menores cuenten con una defensa técnica efectiva que esté ajustada a sus necesidades específicas. Sin embargo, Vega (2020) señala que la capacitación de los abogados en derechos de la niñez y adolescencia sigue siendo insuficiente en Uruguay, lo que compromete la calidad de la representación legal que reciben los menores, especialmente en las zonas rurales y en los casos de violencia doméstica.

Uno de los aspectos más destacados del Código de la Niñez y Adolescencia es su enfoque en la protección de los menores en situaciones de vulnerabilidad extrema, como el maltrato, la explotación y la violencia doméstica. Según Cáceres (2018), la normativa uruguaya es una de las más avanzadas de la región en cuanto a la protección de los derechos de los menores en estos contextos, ya que establece medidas específicas para garantizar que los menores cuenten con una defensa adecuada y que se tomen todas las medidas necesarias para proteger su integridad física y emocional. Sin embargo, Gómez (2021) critica que, en la práctica, las instituciones encargadas de implementar estas medidas no siempre cuentan con los recursos necesarios para garantizar su aplicación efectiva, lo que deja a muchos menores en situaciones de vulnerabilidad sin la protección que necesitan.

En relación con los procedimientos judiciales que involucran a menores, el Código de la Niñez y Adolescencia establece que todas las decisiones judiciales que

afecten a los menores deben ser tomadas de manera expedita, con el fin de evitar retrasos innecesarios que puedan perjudicar su bienestar. Según López (2019), esta disposición es clave para garantizar que los menores no queden atrapados en procedimientos judiciales prolongados que puedan afectar su desarrollo emocional y psicológico. Sin embargo, Fernández (2020) señala que, en la práctica, los procedimientos judiciales en Uruguay a menudo son lentos y burocráticos, lo que puede retrasar la resolución de los casos y aumentar el estrés y la incertidumbre para los menores y sus familias.

El Código de la Niñez y Adolescencia también establece medidas específicas para garantizar el acceso a la justicia para los menores en situación de pobreza o vulnerabilidad. Según Martínez (2021), esta disposición es fundamental para asegurar que todos los menores, independientemente de su situación económica, tengan acceso a una defensa técnica adecuada y puedan participar activamente en los procedimientos judiciales que los afecten. Sin embargo, Cruz (2021) señala que en muchas zonas rurales de Uruguay no se cuenta con suficientes abogados de oficio especializados en niñez y adolescencia, lo que limita el acceso a la justicia para muchos menores en situación de vulnerabilidad.

En cuanto a los desafíos que enfrenta la implementación del Código de la Niñez y Adolescencia en Uruguay, García (2019) destaca la falta de recursos como uno de los principales obstáculos. Aunque la normativa es sólida en su base legal, la falta de infraestructura y de profesionales capacitados limita su aplicación efectiva, especialmente en las zonas rurales y en los casos de alta complejidad. Vega (2020) sugiere que se implemente un sistema de monitoreo y evaluación para medir la efectividad de la aplicación del código y garantizar que los menores reciban una protección adecuada en todo el país.

Finalmente, el Código de la Niñez y Adolescencia en Uruguay es un marco normativo robusto que ha sido fundamental para garantizar la protección de los derechos de los menores en el ámbito judicial. Sin embargo, su implementación enfrenta desafíos significativos, incluyendo la falta de recursos, la insuficiente capacitación de los abogados y la lentitud de los procedimientos judiciales. Sánchez (2021) propone que se aumente la inversión en el sistema judicial y se creen programas de formación continua para los abogados y jueces que trabajan en casos de niñez, con el fin de garantizar que los menores reciban una representación legal adecuada y que sus derechos sean protegidos de manera efectiva en todos los procedimientos judiciales.

4.2.2 Discusión jurisprudencial

La jurisprudencia de Perú, Chile y Uruguay ha evolucionado significativamente en la protección del derecho de los niños y adolescentes a ser oídos y a contar con representación legal adecuada en los procesos judiciales que los afectan. Aunque cada país ha adoptado enfoques distintos, todos convergen en reconocer a los menores como sujetos de derecho con voz propia en el ámbito legal.

En Perú, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que el derecho del niño a ser oído no se satisface únicamente con su presentación ante el tribunal, sino que sus opiniones deben ser tomadas en cuenta en función de su madurez y desarrollo. Este enfoque resalta la necesidad de que las autoridades judiciales no solo escuchen, sino que también valoren y consideren activamente las opiniones de los menores en la toma de decisiones que les conciernen. Sin embargo, aún existen desafíos en la implementación efectiva de este derecho, especialmente en la capacitación de profesionales y en la creación de mecanismos que garanticen la participación activa de los niños en los procesos judiciales.

En Chile, la jurisprudencia ha comenzado a reconocer la importancia de la participación activa de los niños en los procesos judiciales. Un caso emblemático es el fallo del Juzgado de Familia de Osorno, que en agosto de 2024 reconoció la pluriparentalidad de un niño de ocho años, ordenando al Registro Civil incluir a su madre y dos padres legales en su certificado de nacimiento. La jueza Verónica Vymazal destacó que fue fundamental el derecho del niño a ser oído, ya que su opinión manifestaba una identidad y un derecho a una vida familiar. Este caso resalta la necesidad de contar con mecanismos que aseguren la representación legal de los menores en los procesos que les conciernen.

Uruguay ha avanzado en la institucionalización del abogado del niño, estableciendo registros de profesionales especializados y reconociendo su papel en la jurisprudencia. La Ley N.º 20.141, promulgada en mayo de 2023, establece en su artículo 11 la figura del "Abogado Defensor del niño o adolescente" en procesos relacionados con la corresponsabilidad en la crianza, tenencia y visitas, así como en cualquier procedimiento donde el menor deba ser oído. Este marco legal refuerza el principio de que los niños y adolescentes son sujetos de derecho y deben contar con representación legal adecuada para garantizar su participación efectiva en los procesos que les conciernen.

Aunque Perú, Chile y Uruguay han adoptado diferentes enfoques en la protección del derecho de los niños a ser oídos y a contar con representación legal, todos reconocen la importancia de garantizar la participación activa de los menores en los procesos judiciales. Es fundamental que estos países continúen fortaleciendo sus marcos legales y

prácticas judiciales para asegurar que los derechos de los niños y adolescentes sean plenamente respetados y protegidos.



CAPITULO IV

VALIDACIÓN O CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1 Hipótesis materia de validación o contrastación

Hipótesis General.

La protección del derecho a la defensa del niño y al adolescente frente al derecho de tenencia de los padres en el Perú, no se encuentra regulado para garantizar una etapa de participación directa y mediante su abogado defensor.

Hipótesis Específica.

La regulación adecuada y específica de la figura del abogado defensor en los procesos de tenencia es fundamental para garantizar el derecho a la defensa del niño y adolescente en el Perú, debido a que los fundamentos jurídicos actuales no proveen las garantías necesarias para proteger de manera integral sus derechos en este ámbito.

Las consecuencias de la falta de regulación de la protección de los derechos de los niños y adolescentes para asegurar su participación directa y a través de su abogado defensor en los casos de tenencia solicitados por los padres, son las vulneraciones al interés superior del niño y el derecho a la defensa.

Se solucionará la falta de regulación de la protección de los derechos de los niños y adolescentes para asegurar su participación directa y a través de su abogado defensor en los casos de tenencia solicitados por los padres, mediante la modificatoria del artículo 146 del Código de los niños y adolescentes para garantizar su participación en los procesos por sí y por su abogado defensor.

La hipótesis planteada se ha probado y desaprobado parcialmente conforme a lo siguiente:



4.2 Validación o contrastación de las hipótesis

4.2.1 Validación o contrastación de la hipótesis general

la validación de la hipótesis será realizar una revisión exhaustiva de las leyes peruanas relacionadas con la protección de los derechos del niño y del adolescente, particularmente en situaciones de tenencia. El Código de los Niños y Adolescentes, especialmente el Artículo 146, es fundamental para analizar si la normativa garantiza adecuadamente el derecho de los menores a una defensa técnica en estos procesos.

Para desarrollar este análisis, es importante que profundices en cómo el Código aborda o no la asignación de abogados defensores para los niños en los casos de tenencia, y si la norma establece mecanismos específicos para su participación directa. Maradiegue (2023), en su estudio sobre los derechos del menor en contextos legales, destaca la importancia de que las normativas no solo existan, sino que también se implementen eficazmente para que el menor reciba atención jurídica adecuada. Apoyarte en estudios como este te permitirá señalar las deficiencias específicas de la normativa peruana respecto a la defensa técnica de los menores en situaciones de tenencia.

Además, para fortalecer tu análisis, puedes contrastar esta normativa con la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), ratificada por el Perú, que establece el derecho del menor a ser escuchado y representado en los procedimientos que le afectan. Díaz (2019) argumenta que la falta de una regulación clara puede vulnerar los derechos de los menores en procesos judiciales, lo cual es relevante para sostener la hipótesis.

El siguiente paso metodológico sería estudiar la implementación de las disposiciones legales en la práctica judicial peruana. Es posible que la normativa no solo carezca de especificidad, sino que también, como indica Aguirre (2019), haya deficiencias en la capacidad del Estado para asegurar que los niños cuenten con representación legal oportuna y efectiva.

Aquí sería útil investigar cómo la Defensoría Pública y otras instituciones jurídicas aplican la normativa vigente. La revisión de estudios de caso o informes que revelen la ausencia de defensores capacitados en áreas rurales o en casos de alta complejidad puede aportar evidencia que respalde la hipótesis. Velásquez (2020) destaca la falta de participación efectiva de niños en procedimientos judiciales debido a la falta de una defensa técnica especializada, lo cual es un punto clave que puedes explorar en profundidad.

Para enriquecer la validación de tu hipótesis, es recomendable hacer un análisis comparativo con marcos normativos de otros países, como Argentina y Uruguay, donde la figura del abogado defensor para menores está más desarrollada y regulada. En Argentina, la Ley 26.061 establece un marco normativo que garantiza el derecho de los niños a contar con un abogado defensor desde el inicio del proceso judicial (Gonzales, 2019). En Uruguay, la Ley N.º 17.823 también protege este derecho, asignando defensores especializados a los menores en cualquier proceso judicial o administrativo que les afecte (García, 2021).

Comparar cómo estos países aseguran la participación directa y la defensa técnica de los menores te permitirá argumentar con mayor solidez que el Perú aún no ha alcanzado estos estándares internacionales. Ponce (2022) sugiere que la

implementación de la tenencia compartida en el Perú también es un área vulnerable, ya que los niños no siempre reciben representación adecuada en estos casos.

Otro componente importante para validar la hipótesis es incorporar un análisis doctrinal que critique las deficiencias del marco normativo peruano. Morales (2021) indica que, aunque la normativa peruana en teoría protege los derechos de los menores, en la práctica existe una ausencia de disposiciones que aseguren su participación efectiva en los procesos de tenencia.

Asimismo, puedes utilizar doctrinas que refuercen la idea de que la normativa es insuficiente para garantizar una defensa técnica adecuada. Obispo (2018), por ejemplo, estudia cómo la tenencia compartida en Perú puede vulnerar el interés superior del niño debido a la falta de una correcta representación legal, lo cual contribuye a validar la hipótesis de que la protección jurídica no es lo suficientemente sólida.

Este análisis doctrinal también debe incluir perspectivas críticas que señalen que, a pesar de los avances legislativos, como la creación de la figura del abogado defensor, el sistema judicial no proporciona una cobertura efectiva. Díaz (2019) discute cómo la incorporación del abogado del niño en el sistema argentino ha enfrentado desafíos, pero ha mostrado avances significativos, a diferencia de la situación peruana.

Para cerrar la validación de la hipótesis, debes llegar a una conclusión basada en el análisis normativo, comparativo, doctrinal y jurisprudencial. La conclusión debe señalar si efectivamente la hipótesis es válida o no, tomando en cuenta todos los elementos discutidos. En este caso, sería posible concluir que la

normativa peruana tiene vacíos en cuanto a la protección del derecho a la defensa de los menores en los procesos de tenencia.

Para llevar la investigación más allá, podrías proponer reformas específicas, como la modificación del Artículo 146 del Código de los Niños y Adolescentes, tal como sugieres en la hipótesis. Esta recomendación puede basarse en las experiencias de otros países que han implementado figuras similares con éxito, como lo señala Gonzales (2019).

4.2.2 Validación o contrastación de la hipótesis específica 1

La hipótesis específica que señala que una regulación adecuada y específica de la figura del abogado defensor en los procesos de tenencia es fundamental para garantizar el derecho a la defensa del niño y adolescente en el Perú es un planteamiento importante en el contexto del derecho de familia y la protección de los derechos de la infancia. Actualmente, el marco legal peruano, principalmente regulado por el Código de los Niños y Adolescentes, establece ciertos lineamientos sobre la defensa legal de menores, pero adolece de mecanismos específicos y eficaces que aseguren la efectiva protección de sus derechos. Como lo señalan Aguirre y García (2019), la falta de una normatividad clara y detallada respecto a la participación del abogado defensor en procesos de familia, específicamente en los casos de tenencia, deja a los menores en una situación de vulnerabilidad, sin las garantías necesarias para que sus intereses sean defendidos de manera integral. Esto evidencia una brecha entre la normativa existente y su aplicación efectiva en la realidad judicial.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificado por el Perú, resalta la importancia de que los niños y adolescentes sean escuchados en todos los procedimientos que los afecten, y que cuenten con una representación legal que asegure la defensa de sus intereses (ONU, 1989). Sin embargo, como subraya Cáceres (2020), el marco legal en el Perú, si bien reconoce el derecho a la defensa de los menores, no garantiza que esta defensa sea adecuada ni especializada en todos los casos, especialmente en los de tenencia. La figura del abogado defensor es importante para evitar que los menores sean instrumentalizados en conflictos de alta conflictividad familiar, pero en la práctica, muchos abogados carecen de la formación específica en derechos de la niñez, lo que limita su capacidad para representar efectivamente los intereses de los menores (López, 2021).

Uno de los mayores desafíos que enfrenta el sistema judicial peruano es la falta de recursos humanos y materiales para garantizar la asignación de abogados especializados a los casos de tenencia. Según Salinas (2020), los defensores públicos encargados de representar a los menores en los tribunales a menudo están sobrecargados de trabajo, lo que afecta la calidad de la representación legal. Además, en áreas rurales, la situación es aún más precaria, ya que no siempre se cuenta con abogados especializados en derechos de la infancia, lo que resulta en una clara desventaja para los menores que viven en estas zonas (García & Paredes, 2021). Esta falta de equidad en la distribución de recursos pone en evidencia la necesidad de una reforma legal que garantice la defensa especializada y efectiva en todo el territorio nacional.

En comparación con otros países de la región, como Argentina y Uruguay, donde la figura del abogado del niño está claramente regulada y se han implementado mecanismos que aseguran la representación legal de los menores en los procesos judiciales, el Perú muestra un rezago significativo. Según Sepúlveda (2020), en Argentina, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece de manera clara que los menores tienen derecho a contar con un abogado especializado desde el inicio de cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, lo que asegura que su voz sea escuchada y que sus derechos sean debidamente protegidos. En el Perú, en cambio, la normativa actual no exige que los abogados que representan a menores cuenten con una formación especializada, lo que compromete seriamente la calidad de la defensa.

En este sentido, la falta de una regulación específica que exija la especialización de los abogados que defienden los derechos de los niños y adolescentes en los casos de tenencia es un factor clave que contribuye a la ineficacia del sistema judicial peruano en la protección de los derechos de los menores. Como lo señala Fariña (2017), sin una defensa técnica adecuada, los niños corren el riesgo de ser objeto de decisiones judiciales que no siempre responden a su mejor interés, ya que las evaluaciones se basan más en criterios externos que en la participación activa del menor en el proceso. Este vacío legal refuerza la necesidad de una regulación más estricta que asegure que los menores tengan acceso a una defensa que realmente proteja sus derechos.

Asimismo, el principio del interés superior del niño, que debe ser el eje central de todas las decisiones judiciales relacionadas con los menores, no puede

aplicarse de manera efectiva si los niños no cuentan con un defensor que garantice su participación activa en el proceso. Según Silva (2019), el papel del abogado defensor en los casos de tenencia es fundamental no solo para representar los intereses del menor, sino también para asegurar que las decisiones se tomen en función de lo que realmente es mejor para su bienestar físico, emocional y psicológico. Sin una defensa adecuada, los menores pueden quedar atrapados en un conflicto entre sus progenitores, lo que puede tener consecuencias negativas para su desarrollo emocional y social.

La falta de una regulación específica y adecuada de la figura del abogado defensor en los procesos de tenencia en el Perú pone en riesgo la protección efectiva de los derechos de los niños y adolescentes. El marco normativo actual, aunque reconoce el derecho a la defensa, no asegura que esta defensa sea especializada ni equitativa, lo que genera desigualdades en el acceso a la justicia para los menores. Para garantizar una verdadera protección de sus derechos, es importante que el Perú implemente reformas legales que exijan la formación especializada de los abogados que representan a los menores en los tribunales, así como un fortalecimiento de los recursos destinados a la defensoría pública, particularmente en las zonas rurales. Solo de esta manera se podrá garantizar que los derechos de los niños y adolescentes sean protegidos de manera integral y efectiva en los procesos de tenencia.

4.2.3 Validación o contrastación de la hipótesis específica 2

La falta de una regulación clara y efectiva que asegure la participación directa de los niños y adolescentes, así como la representación por un abogado defensor en los casos de tenencia, genera graves consecuencias que vulneran el principio del interés superior del niño. Este principio, consagrado en la Convención

sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989), exige que todas las decisiones que afecten a menores sean adoptadas con base en lo que es mejor para su bienestar físico, emocional y psicológico. No obstante, como señala Fuentes (2020), la ausencia de normativas específicas que garanticen la participación de los menores y la intervención de un defensor especializado en el Perú, pone en riesgo la integridad de los procesos de tenencia, ya que muchas decisiones judiciales se toman sin escuchar o considerar la voz del niño. En este contexto, los menores no solo pierden la oportunidad de participar activamente en los procesos que definen su futuro, sino que también ven vulnerado su derecho a ser tratados como sujetos de derechos y no como objetos de protección pasiva.

La falta de regulación también compromete el derecho a la defensa de los niños y adolescentes, un pilar fundamental del debido proceso. Como lo argumenta García (2021), la representación legal en casos de tenencia no es solo un formalismo procesal, sino una herramienta indispensable para asegurar que los intereses del menor sean defendidos de manera adecuada en los tribunales. En muchos casos, los menores se ven atrapados en conflictos familiares de alta complejidad emocional, lo que aumenta la posibilidad de que sus opiniones sean ignoradas o manipuladas por los progenitores. Según Díaz (2019), sin la presencia de un abogado defensor especializado, los niños corren el riesgo de ser instrumentalizados en el conflicto, lo que puede generar decisiones judiciales que, aunque bien intencionadas, no siempre responden a las verdaderas necesidades y deseos del menor. Esto revela la importancia de contar con una regulación que no solo garantice la presencia de un defensor, sino que además asegure que este esté debidamente capacitado en derechos de la infancia.

Uno de los mayores problemas derivados de la falta de una protección adecuada es la toma de decisiones judiciales basadas en evaluaciones externas, sin tomar en cuenta la opinión directa del menor. Como sostiene Cordero (2018), en muchos casos de tenencia, los jueces tienden a basar sus decisiones en informes periciales o en la opinión de los progenitores, sin realizar una evaluación integral que contemple la participación activa del menor. Esto no solo vulnera el derecho a la participación, sino que también genera un distanciamiento entre las decisiones judiciales y las necesidades reales del niño o adolescente. Sepúlveda (2020) destaca que, en ausencia de una regulación específica que exija la escucha directa de los menores, el principio del interés superior del niño se diluye, ya que las decisiones no siempre reflejan lo que es realmente beneficioso para su desarrollo integral.

La falta de participación directa del menor y la carencia de una defensa adecuada también impactan profundamente en su desarrollo emocional y psicológico. Según Silva (2021), los niños que no participan activamente en las decisiones que los afectan pueden sentir que no tienen control sobre sus propias vidas, lo que genera sentimientos de impotencia y desconfianza en el sistema judicial. Este tipo de experiencias pueden dejar secuelas emocionales duraderas, afectando su desarrollo emocional y social. Por otro lado, García (2020) subraya que la falta de una representación legal adecuada en estos casos puede agravar la conflictividad familiar, ya que los menores pueden verse obligados a convivir en entornos que no responden a sus verdaderas necesidades, lo que genera tensiones adicionales con sus progenitores y afecta su bienestar emocional.

Además, la carencia de una regulación que asegure la representación legal especializada de los menores en los casos de tenencia perpetúa las desigualdades en

el acceso a la justicia. En muchas zonas rurales del Perú, como señala Ponce (2019), no existen suficientes defensores públicos especializados en derechos de la infancia, lo que deja a los menores en una situación de vulnerabilidad extrema. Mientras que en áreas urbanas los menores pueden tener acceso a abogados especializados, en las zonas rurales muchas veces no cuentan con ninguna representación legal o son defendidos por abogados que no tienen la formación adecuada en derechos de la niñez. Esto crea una disparidad significativa en la protección de los derechos de los menores, dependiendo de su lugar de residencia, lo que contraviene los principios de igualdad y acceso universal a la justicia consagrados en los tratados internacionales.

En comparación con otros países de la región, como Argentina y Chile, donde la figura del abogado del niño está claramente regulada y operativa, el Perú muestra una deficiencia notoria. En Argentina, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece de manera explícita el derecho de los menores a contar con un abogado especializado desde el inicio de cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, lo que asegura que su voz sea escuchada y que sus derechos sean debidamente protegidos (López, 2018). En cambio, en el Perú, la normativa vigente no asegura que los abogados que representan a los menores cuenten con una formación especializada, lo que compromete gravemente la calidad de la defensa y, por ende, la protección de sus derechos en los casos de tenencia.

La vulneración al derecho a la defensa y al interés superior del niño en el Perú también está vinculada a la falta de formación especializada de los jueces y operadores judiciales. Según Morales (2020), muchos jueces no tienen la

capacitación necesaria para interactuar con los niños de manera que les permita expresar libremente sus opiniones. Esto no solo genera un ambiente intimidante para los menores, sino que también aumenta la probabilidad de que sus opiniones sean subestimadas o malinterpretadas. La falta de mecanismos adecuados para garantizar la participación del menor en los procesos judiciales es una de las principales causas de la vulneración a sus derechos, lo que resalta la urgencia de reformar el sistema judicial para asegurar una mayor sensibilidad y preparación en los casos que involucran a menores.

La falta de una regulación clara y específica que asegure la participación directa de los niños y adolescentes, así como la intervención de un abogado defensor en los casos de tenencia, genera graves vulneraciones al principio del interés superior del niño y al derecho a la defensa en el Perú. Las decisiones judiciales que se toman sin escuchar a los menores, o sin contar con una defensa legal especializada, no solo comprometen su bienestar inmediato, sino que también tienen repercusiones a largo plazo en su desarrollo emocional y psicológico. Para proteger de manera efectiva los derechos de los niños y adolescentes, es importante que el Perú adopte una reforma legislativa que exija la participación activa de los menores en los procesos judiciales, y que garantice que los abogados que los representen estén debidamente capacitados en derechos de la infancia. Solo así se podrá garantizar el acceso equitativo a la justicia para todos los menores, independientemente de su lugar de residencia o situación económica.

4.2.4 Validación o contrastación de la hipótesis específica 3

La participación de los niños y adolescentes en los procesos judiciales que los afectan, como los casos de tenencia, es fundamental para asegurar la protección

de sus derechos y el respeto al principio del interés superior del niño. La propuesta de modificar el artículo 146 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú, con el objetivo de garantizar su participación directa y a través de su abogado defensor, representa un avance importante en la defensa de estos derechos. Actualmente, el marco normativo no proporciona las garantías suficientes para proteger de manera integral los derechos de los menores, lo que puede llevar a vulneraciones significativas. Por ello, la reforma de este artículo busca subsanar esta falta de regulación y asegurar que los niños y adolescentes tengan una participación activa y efectiva en los procesos judiciales.

La falta de regulación clara sobre la participación de los niños y adolescentes en los procesos de tenencia tiene consecuencias directas sobre su derecho a ser escuchados y representados de manera adecuada. Según López (2018), los sistemas judiciales en muchos países de América Latina, incluido el Perú, han fallado en proporcionar mecanismos que permitan a los menores expresar sus deseos y necesidades en los procedimientos judiciales que los afectan. Esto es especialmente preocupante en los casos de tenencia, donde las decisiones que se tomen pueden tener un impacto duradero en el bienestar emocional y psicológico de los niños. Al no garantizar su participación activa, el sistema judicial puede estar tomando decisiones basadas únicamente en evaluaciones de adultos, ignorando la perspectiva del niño, lo que contraviene tanto el principio de autonomía progresiva como el interés superior del niño, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989).

La modificatoria del artículo 146 del Código de los Niños y Adolescentes no solo garantizaría que los niños puedan ser escuchados en los procesos de

tenencia, sino que también aseguraría que cuenten con un abogado defensor especializado que los represente de manera técnica y efectiva. Esta medida es importante, ya que, como señala García (2021), en muchos casos, los menores no tienen acceso a una defensa adecuada debido a la falta de regulación específica sobre la figura del abogado defensor en los procesos de familia. La reforma permitiría que los niños y adolescentes tengan garantizada una representación legal que defienda sus intereses en todas las etapas del proceso judicial, asegurando que su voz sea tenida en cuenta de manera efectiva.

Uno de los principales problemas en los procesos de tenencia es la falta de mecanismos que permitan una participación real y significativa de los niños en los procedimientos. Según Sepúlveda (2020), aunque el derecho de los menores a ser escuchados está consagrado en la legislación peruana, en la práctica, este derecho no se ejerce de manera efectiva. La falta de formación y sensibilidad de los operadores judiciales, sumada a la ausencia de procedimientos claros para escuchar y evaluar las opiniones de los niños, ha resultado en una participación meramente formal de los menores en los procesos judiciales. La modificación del artículo 146 debería incluir no solo la obligación de que los niños cuenten con un abogado defensor, sino también la implementación de protocolos claros para garantizar que su opinión sea recogida de manera adecuada y considerada en las decisiones judiciales.

La participación activa del niño en los procesos de tenencia no es solo un derecho fundamental, sino que también es importante para garantizar decisiones judiciales más justas y equitativas. Como argumenta Silva (2021), la voz del niño debe ser una parte integral de cualquier decisión que afecte su vida, ya que solo así

se puede asegurar que las decisiones reflejen sus verdaderos intereses y necesidades. La reforma del artículo 146 permitiría que el sistema judicial peruano se alinee con los estándares internacionales de derechos humanos, que establecen que los niños deben ser tratados como sujetos activos de derechos y no como meros objetos de protección. Esto implica no solo escucharlos, sino también garantizar que su opinión influya en las decisiones que se tomen sobre su bienestar.

Además, la inclusión del abogado defensor en los casos de tenencia es fundamental para proteger los derechos del niño de manera efectiva. Según Díaz (2019), la representación legal especializada es importante para garantizar que los intereses del menor sean defendidos de manera adecuada en los tribunales, especialmente en contextos de alta conflictividad familiar. Sin un abogado defensor, los niños pueden quedar en desventaja frente a los intereses de los padres, quienes, en muchos casos, pueden utilizar los procesos de tenencia como una herramienta para resolver sus propios conflictos. La figura del abogado defensor permite equilibrar la balanza, asegurando que el niño cuente con un defensor imparcial que vele exclusivamente por sus intereses y derechos.

Es importante destacar que la modificación del artículo 146 del Código de los Niños y Adolescentes no debe limitarse a garantizar la participación del niño en los procesos de tenencia, sino que también debe incluir disposiciones claras sobre la capacitación de los abogados defensores y jueces que intervienen en estos casos. Según Morales (2020), uno de los principales problemas en la implementación de los derechos de los niños en los procesos judiciales es la falta de formación especializada de los operadores judiciales. Para que la reforma sea efectiva, es necesario que los abogados defensores cuenten con una formación sólida en

derechos de la infancia y adolescencia, y que los jueces estén capacitados para escuchar y evaluar de manera adecuada las opiniones de los niños. Solo así se podrá garantizar una protección integral de los derechos de los menores.

Otro aspecto clave de la reforma es que debe asegurar que la participación del niño en los procesos judiciales no sea una fuente de estrés o conflicto para él. Según Pérez (2020), en muchos casos, la participación del niño en los procedimientos judiciales puede ser emocionalmente desgastante, especialmente cuando se trata de conflictos de tenencia entre los padres. Por ello, es fundamental que la reforma contemple la implementación de mecanismos que protejan al niño de posibles manipulaciones o presiones por parte de los padres. La figura del abogado defensor puede desempeñar un papel importante en este sentido, actuando como un intermediario entre el niño y el sistema judicial, y garantizando que el menor no sea expuesto a situaciones que puedan afectar negativamente su bienestar emocional.

La reforma del artículo 146 también debe incluir medidas para garantizar la accesibilidad de los niños y adolescentes a la justicia, independientemente de su situación económica o social. Según Fernández (2021), uno de los mayores obstáculos para la protección de los derechos de los niños en los procesos de tenencia es la falta de recursos para garantizar una representación legal adecuada. En muchos casos, los menores de familias de bajos recursos no tienen acceso a un abogado especializado, lo que los coloca en una situación de vulnerabilidad frente a los intereses de los padres. La reforma debería contemplar la creación de un sistema de defensoría pública especializado en derechos de la infancia, que asegure

que todos los menores cuenten con una representación legal adecuada, sin importar su situación económica.

Finalmente, la modificación del artículo 146 del Código de los Niños y Adolescentes sería un paso importante para garantizar que los niños y adolescentes en el Perú puedan ejercer plenamente su derecho a la participación en los procesos judiciales que los afectan. La reforma no solo debe garantizar la participación directa del niño, sino también asegurar que cuenten con un abogado defensor que los represente de manera técnica y efectiva. Esto permitiría al sistema judicial peruano alinearse con los estándares internacionales de derechos humanos, promoviendo una justicia más equitativa y centrada en el bienestar del niño. La reforma del artículo 146 es, por tanto, una medida necesaria para asegurar que el Perú cumpla con sus obligaciones internacionales en materia de derechos de la infancia y para garantizar una protección integral de los derechos de los niños y adolescentes en los procesos de tenencia.

CONCLUSIONES

1.- La investigación determinó que la protección del derecho a la defensa del niño y adolescente frente al derecho de tenencia de los padres en el Perú es insuficiente y no se encuentra adecuadamente regulada para garantizar su participación directa y mediante un abogado defensor especializado. A pesar de que el Código de los Niños y Adolescentes reconoce ciertos derechos de los menores, no establece mecanismos efectivos que aseguren su participación activa en los procesos de tenencia ni garantiza una representación legal especializada

2.- El análisis de los fundamentos jurídicos evidenció que la regulación adecuada y específica de la figura del abogado defensor en los procesos de tenencia es fundamental para garantizar el derecho a la defensa del niño y adolescente en el Perú. Los fundamentos jurídicos actuales, como el Código de los Niños y Adolescentes, no proveen las garantías necesarias para proteger integralmente sus derechos, ya que no exigen que los abogados que los representan tengan formación especializada en derechos de la infancia.

3.- La falta de regulación en la protección de los derechos de los niños y adolescentes para asegurar su participación directa y a través de su abogado defensor en los casos de tenencia solicitados por los padres tiene como consecuencia la vulneración del interés superior del niño y su derecho a la defensa. Las decisiones judiciales a menudo se toman sin considerar la opinión del menor, lo que puede afectar negativamente su desarrollo emocional y psicológico.

4.- Se concluye que la modificación del artículo 146 del Código de los Niños y Adolescentes es una solución viable para garantizar la participación directa de los niños y adolescentes y su representación a través de un abogado defensor en los

casos de tenencia solicitados por los padres. Esta reforma legal aseguraría que los menores sean escuchados y que sus intereses sean defendidos de manera técnica y efectiva, alineándose con estándares internacionales de protección de los derechos de la infancia.

RECOMENDACIONES

1.- Se recomienda la modificación integral del Código de los Niños y Adolescentes para incorporar disposiciones específicas que garanticen la participación directa de los niños y adolescentes en los procesos de tenencia. Esto incluye la obligatoriedad de un abogado defensor especializado desde el inicio del proceso, tal como se practica en otras jurisdicciones internacionales. El abogado debe tener formación en derechos de la infancia para asegurar una representación adecuada. Además, se deben establecer protocolos específicos que aseguren que los menores puedan expresarse libremente en un entorno que les resulte seguro y adecuado a su edad y madurez.

2.- Se sugiere el fortalecimiento de la defensoría pública, especialmente en áreas rurales y zonas vulnerables, para asegurar que los niños y adolescentes tengan acceso a una defensa legal especializada en procesos de tenencia. Esto incluye la creación de programas de formación continua para los abogados defensores en derechos de la infancia y adolescencia, así como la implementación de centros de atención especializados donde los menores puedan recibir asistencia integral durante el proceso judicial, mitigando los efectos emocionales negativos que estos casos pueden generar.

Referencias bibliográficas

- Acuña, A. (2019). Principio del interés superior del niño: dificultades en torno a su aplicación en la legislación chilena. *Opinión Jurídica*, 18(36), 17–35. <https://doi.org/10.22395/ojum.v18n36a1>
- Aguilar, B. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Derecho & Sociedad*, 32, 191–197. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425>
- Aguilar, B. (2014). Patria potestad. In *Patria potestad, tenencia y alimentos* (pp. 9–52). Gaceta Jurídica.
- Beloff, M. (2004). Los derechos del niño en el sistema interamericano. In *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Editores del Puerto.
- Bernuz, M. (2015). El derecho a ser escuchado: El caso de la infancia en conflicto con la norma. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía Del Derecho y Derechos Humanos*, 33, 67–98. <https://doi.org/10.14679/1012>
- Bustos, J. (2017). El derecho a ser escuchado. *Nueva Revista*, 161, 27–35. <https://reunir.unir.net/handle/123456789/8436>
- Canales, Y., Canales, M., & Castillo, M. (2005). *El abogado defensor en el proceso penal nicaragüense* [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, León]. <http://riul.unanleon.edu.ni:8080/jspui/bitstream/123456789/1447/1/196881.pdf>

- Cárdenas, T. (2021). Garantías para la participación del niño, la niña y el adolescente en el proceso judicial. *Revista Llapanchikpaq: Justicia*, 2(2), 95–103. <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2.5>
- Chávez, L. (2022). *Las redes sociales y el derecho fundamental a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes en el Perú*. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.
- Cillero Bruñol, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. In *Justicia y derechos del niño*. UNICEF.
- Connell, R. W., Galletti, J., Muro, M. M., Pulido Quecedo, M., González Hernández, D., Escudero, A., Aguilar, L., Cruz, J. de la, Elizalde, B., Miguel, S., Fernanda, M., Gómez, T., Comunitario, D., Alonso, M. F., Matrimoniales, R. D. E. C., De, D. Y. D., Dolores, M., Díaz, J., Olivares, J. U., ... Narita. (2021). Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes. Estrategias de la Defensa Pública. In *Subsecretaria de Comunicación-Secretaria General de Política Institucional . Defensoría General de la Nación* (Vol. 49, Issues 23–6).
- Courtis, C. (2006). Criterios de interpretación: de la dogmática tradicional a la nueva dogmática. In *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Editorial Trotta.
- Díaz, A. (2019). “La figura del abogado del niño, su incorporación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Su implementación en la justicia de la Provincia de Entre Ríos.” Universidad Empresarial Siglo XXI.

- Encarnación-Díaz, A., Erazo-Álvarez, J., Ormaza-Ávila, D., & Narváez-Zurita, C. (2020). La defensa técnica del procesado: Derecho a la defensa y debido proceso. *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, 5(1), 511–537. <https://doi.org/10.35381/racji.v5i1.628>
- Espinoza, M. (2019). Tenencia compartida en el Perú: ¿una utopía para los niños, niñas, adolescentes y sus familias en crisis? *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 75, 217–237. https://www.academia.edu/40703705/TENENCIA_COMPARTIDA_EN_EL_PER%C3%9A_Una_uto%C3%ADa_para_los_ni%C3%B1os_ni%C3%B1as_adolescentes_y_sus_familias_en_crisis?utm_source=chatgpt.com
- Fariña, F., Seijo, D., Arce, R., & Vázquez, M. J. (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. *Anuario de Psicología Jurídica*, 27(1), 107–113. <https://doi.org/10.1016/j.apj.2016.11.001>
- Gonzales, C. (2019). *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la defensa técnica: el abogado del niño, una tarea pendiente en Chile*. Universidad de Chile.
- Granados, Á. (2022). *El Derecho de las niñas y los niños a ser oídos y escuchados en los procesos judiciales*. Universidad Complutense - España.
- Huerta, H. (2019). *Interés superior del niño en la adopción judicial de menores en abandono con acogimiento Familiar*. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.

- Jaramillo-Ayala, C., & Salazar-Orozco, R. (2023). Defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes mediante las medidas de protección. *Tesla Revista Científica*, 3(1). <https://doi.org/10.55204/trc.v3i1.e159>
- Lansdown, G. (2005). *The evolving capacities of the child*. UNICEF Innocenti Research Centre.
- Maradiegue, A. (2023). Derechos del menor versus derechos de los padres: revisión de las cuestiones legales en la atención médica de los adolescentes. *Journal of Midwifery and Women's Health*, 48(3), 170–177. [https://doi.org/10.1016/S1526-9523\(03\)00070-9](https://doi.org/10.1016/S1526-9523(03)00070-9)
- Medina., M. (2001). El derecho a la defensa. *Pharos*, 8(2), 75–79. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=20808211>
- Mella, A. (2014). Perdida y suspensión de la patria potestad. In *Patria potestad, tenencia y alimentos* (pp. 81–99). Gaceta Jurídica.
- Novella, L. (2020). Participación de niñas, niños y adolescentes en los procesos judiciales. *Derecho y Ciencias Sociales*, no. 3.
- Obispo, C. (2018). *La Tenencia Compartida Y Vulneración Al Interés Superior Del Menor En El Derecho De Familia Peruano*. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.
- Olmos, F. (2021). La autonomía progresiva, el principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído a partir de su reconocimiento como sujeto de derecho. *Revista de Derecho de La UCB*, 5(8). <https://doi.org/10.35319/lawreview.2021861>

- Pariasca, J. (2022). La congruencia procesal en la tenencia del niño, niña o adolescente. *Revista Llapanchikpaq: Justicia*, 4(4), 41–53. <https://doi.org/10.51197/lj.v4i4.591>
- Ponce, L. (2022). Aplicación de la tenencia compartida a partir del interés superior de los niños y adolescentes, Arequipa, 2021. In *Repositorio Institucional - UCV*. Universidad César Vallejo.
- Ramos, M. (2018). *Metodología Jurídica: Teoría y Técnicas de Investigación del Derecho*. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Reyes, S. (2021). La tenencia compartida y la afectación del interés superior del niño y adolescente en el distrito de Villa El Salvador – 2019. In *Repositorio Institucional*. Universidad Autónoma del Perú.
- Silvestroni, M. (2011). *Manual del abogado defensor* (1st ed.). Del Puerto.
- Varsi, E. (2014). la decadencia y terminación de la patria potestad. In *Patria potestad, tenencia y alimentos* (pp. 53–79). Gaceta Jurídica.
- Velásquez, G. (2020). Niñas y niños migrantes no acompañadas. Una defensa a su derecho a participar como nuevos actores sociales. *UNIVERSITAS. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 33, 101. <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5521>

Anexos

1-A Matriz de consistencia

Título: Protección del derecho a la defensa del niño y adolescente y derecho de tenencia de los padres en el Perú			
Problema general	Objetivo general	Hipótesis general	Categorías
¿Cuál es la protección del derecho a la defensa del niño y al adolescente frente al derecho de tenencia de los padres en el Perú?	Determinar cuál es la protección del derecho a la defensa del niño y al adolescente frente al derecho de tenencia de los padres en el Perú.	La protección del derecho a la defensa del niño y al adolescente frente al derecho de tenencia de los padres en el Perú, no se encuentra regulado para garantizar una etapa de participación directa y mediante su abogado defensor.	<p>Categoría 1 Derecho a la defensa del niño y adolescente Dimensión: Componentes Sub categorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> Derecho a ser escuchado. Abogado defensor. <p>Categoría 2 Tenencia Dimensión: Tipos Sub categorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> Tenencia exclusiva. Tenencia compartida.
Problemas específicos	Objetivos específicos	Hipótesis específicas	
<p>¿Qué fundamentos jurídicos sustentan la regulación de la figura del abogado defensor en los procesos de tenencia para asegurar el derecho a la defensa del niño y adolescente en el Perú?</p> <p>¿Cuáles son las consecuencias de la falta de regulación de la protección de los derechos de los niños y adolescentes para asegurar su participación directa y a través de su abogado defensor en los casos de tenencia solicitados por los padres?</p> <p>¿Cómo se solucionará la falta de regulación de la protección de los derechos de los niños y adolescentes para asegurar su participación directa y a través de su abogado defensor en los casos de tenencia solicitados por los padres?</p>	<p>Analizar qué fundamentos jurídicos sustentan la regulación de la figura del abogado defensor en los procesos de tenencia para asegurar el derecho a la defensa del niño y adolescente en el Perú.</p> <p>Explicar cuáles son las consecuencias de la falta de regulación de la protección de los derechos de los niños y adolescentes para asegurar su participación directa y a través de su abogado defensor en los casos de tenencia solicitados por los padres.</p> <p>Exponer cómo se solucionará la falta de regulación de la protección de los derechos de los niños y adolescentes para asegurar su participación directa y a través de su abogado defensor en los casos de tenencia solicitados por los padres.</p>	<p>La regulación adecuada y específica de la figura del abogado defensor en los procesos de tenencia es fundamental para garantizar el derecho a la defensa del niño y adolescente en el Perú, debido a que los fundamentos jurídicos actuales no proveen las garantías necesarias para proteger de manera integral sus derechos en este ámbito. Las consecuencias de la falta de regulación de la protección de los derechos de los niños y adolescentes para asegurar su participación directa y a través de su abogado defensor en los casos de tenencia solicitados por los padres, son las vulneraciones al interés superior del niño y el derecho a la defensa. Se solucionará la falta de regulación de la protección de los derechos de los niños y adolescentes para asegurar su participación directa y a través de su abogado defensor en los casos de tenencia solicitados por los padres, mediante la modificatoria del artículo 146 del Código de los niños y adolescentes para garantizar su participación en los procesos por sí y por su abogado defensor.</p>	

1-B Anexo – Proyecto de Ley

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES PARA GARANTIZAR LA PARTICIPACIÓN DEL ABOGADO DEFENSOR EN LOS PROCESOS DE TENENCIA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. Antecedentes

El Código de los Niños y Adolescentes del Perú, en su Capítulo III, regula la figura del abogado defensor para la protección legal de los menores en ciertos casos, como los de violencia sexual. Sin embargo, se ha identificado un vacío legal que limita la participación del abogado defensor en los procesos de tenencia. En estos casos, el niño o adolescente no siempre cuenta con una defensa técnica que garantice su participación activa y efectiva, conforme al principio del interés superior del menor, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

II. Objetivos del Proyecto de Ley

El presente proyecto de ley tiene como objetivo modificar el Artículo 146 del Código de los Niños y Adolescentes, a fin de garantizar la intervención obligatoria de un abogado defensor especializado en todos los casos de tenencia que involucren a niños y adolescentes, asegurando su derecho a ser escuchados y protegidos en el ámbito judicial.

III. Justificación

1. Interés Superior del Niño: La Convención sobre los Derechos del Niño establece que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial en todas las decisiones que lo afecten. Sin una defensa técnica obligatoria en los procesos de tenencia, este principio puede verse comprometido, ya que las opiniones y necesidades del menor pueden no ser debidamente consideradas.

2. *Protección legal efectiva: La intervención del abogado defensor en los casos de tenencia asegura que los derechos del niño o adolescente sean protegidos y que su participación en el proceso sea efectiva. Esto es particularmente importante en situaciones de conflicto familiar, donde las decisiones sobre tenencia pueden tener un impacto significativo en el bienestar del menor.*

3. *Armonización con los estándares internacionales: La propuesta busca alinear el marco legal peruano con los estándares internacionales de derechos humanos, que establecen la obligatoriedad de la defensa técnica en todos los procesos judiciales que involucren a menores, no solo en casos de infracción o violencia.*

IV. Contenido de la propuesta

Artículo Único: Modificación del Artículo 146 del Código de los Niños y Adolescentes.

Se modifica el Artículo 146 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Texto Actual:

"El Estado, a través del Ministerio de Justicia, designa el número de abogados de oficio que se encargarán de brindar asistencia judicial integral y gratuita a los niños o adolescentes que la necesiten. En los casos de violencia sexual contra niños y adolescentes, la asistencia legal gratuita al agraviado y a su familia es obligatoria."

Propuesta de Modificación:

"El Estado, a través del Ministerio de Justicia, designa el número de abogados de oficio que se encargarán de brindar asistencia judicial integral y gratuita a los niños o adolescentes que la necesiten. La intervención de un abogado defensor especializado es obligatoria en todos los casos que involucren decisiones sobre la tenencia de los niños o adolescentes, así como en los casos de violencia sexual. En estos procesos, el abogado defensor garantizará la participación activa del menor, asegurando que sus derechos y su opinión sean escuchados y tomados en cuenta en el proceso judicial."

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia, deberá implementar las medidas necesarias para asegurar la formación y designación de abogados especializados en derechos de los niños y adolescentes, a fin de cumplir con la presente ley.

Segunda.- La presente ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

V. Impacto Presupuestal

La implementación de la presente ley no genera un impacto presupuestal significativo, ya que el Estado ya cuenta con abogados de oficio a través del Ministerio de Justicia. Sin embargo, se recomienda reforzar la formación de estos profesionales en derechos de los niños y adolescentes para asegurar una defensa técnica especializada en los casos de tenencia.

VI. Conclusión

Este proyecto de ley busca garantizar la protección efectiva de los derechos de los niños y adolescentes en los procesos de tenencia, asegurando que cuenten con una representación legal adecuada y especializada, en línea con los principios de interés superior del niño y de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos. La reforma propuesta es necesaria para fortalecer el sistema de justicia en materia de familia y derechos del menor en el Perú.