UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho

INSERCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN PARA DISPONER DEL BIEN DE MENOR, DENTRO DE LOS ASUNTOS NO CONTENCIOSOS VIA NOTARIAL

Sarita Mantilla Cotrina

Yessenia Judith Montero Quiroz

ASESOR

Abg. Mag. Otilia Loyita Palomino Correa

Cajamarca – Perú

Diciembre – 2020

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho

INSERCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN PARA DISPONER DEL BIEN DE MENOR, DENTRO DE LOS ASUNTOS NO CONTENCIOSOS VIA NOTARIAL

Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar el Título Profesional de abogado

Sarita Mantilla Cotrina

Yessenia Judith Montero Quiroz

ASESOR

Abg. Mag. Otilia Loyita Palomino Correa

Cajamarca – Perú

Diciembre – 2020

COPYRIGHT © 2020 por

Sarita Mantilla Cotrina

Yessenia Judith Montero Quiroz

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

INSERCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN PARA DISPONER DEL BIEN DE MENOR, DENTRO DE LOS ASUNTOS NO CONTENCIOSOS VÍA NOTARIAL

Presidente: Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla

Miembro: Rocío del Pilar Ramírez Sánchez

Miembro-Asesor: Otilia Loyita Palomino Correa

A:

Bertha y Lidia Yolanda, por ser nuestra principal motivación, por impulsarnos a ser mejores personas, y habernos inculcado los valores necesarios que nos sirven para desarrollarnos como personas de bien dentro de la sociedad, permitiendo además que podamos aplicarlo en el ámbito profesional.

AGRADECIMIENTO

- A Dios, quién guía cada día de nuestra vida, por bendecir y permitirnos cumplir con nuestras metas trazadas.
- A nuestra asesora, quien nos brindó su apoyo incondicional, habiéndonos orientado en el transcurso de elaboración de la presente tesis.
- A los demás miembros del jurado, por su paciencia y tiempo valioso.

RESUMEN

La presente tesis tiene como objetivo principal evaluar si la inserción de la autorización para disponer de un bien de menor, dentro de la Ley N° 26662 "Ley de Competencia Notarial en Asuntos No contenciosos", permite garantizar los derechos fundamentales del menor que por ley le corresponde.

Pues teniendo en cuenta que el proceso no contencioso de autorización judicial para disponer de bien de menor debe ser atendido de manera rápida, ha sido necesario analizar la actividad realizada en el Poder Judicial, respecto al tema, para lo cual la muestra estudiada han sido los expedientes sobre disposición de bien de menor, de los cuales se ha determinado el tiempo que se toma la autoridad competente en atender dichas solicitudes, y el tiempo que lleva en resolverlo.

Habiendo comprobado que se toma desde dos meses hasta más de un año; es que existe la necesidad de que se tramite también de manera facultativa vía notarial, pues se obtendrá múltiples beneficios, al lograr que sea atendido en el tiempo razonable, pues de lo contrario puede perjudicarle, atentando contra sus derechos fundamentales tales como salud, alimentación vestido y educación.

Por lo tanto, mediante la presente se busca evaluar si la inserción de dicha autorización dentro de los asuntos no contenciosos vía notarial, asegurando así que los derechos del menor se vean protegidos y atendidos sin dilaciones, ello con el objetivo de respetar el interés superior del niño y del adolescente, y recaudar los medios que comprueben que será sobre todo necesario disponer del bien de un menor.

Palabras clave: Interés superior del niño y del adolescente; disposición de bien del menor, competencia notarial.

ABSTRACT

This investigation project has the objective of determinate if the insertion about the license to provide of good less, in the article N° 26662 “Law of Competition Notarial of non-contentious issues. To guarantee the fundamental rights above the minor child that for law can reciprocated.

Take into account that the process non-contentious about judicial authorization to provide with good less have to be attend in a quickly form. It’s been necessary analyze the activity in the judicial power about this issue the sample studied were the expedients that talk about disposition of good less which had determinate the time that competent authority received each request and the time that takes to solve.

It has proven that takes since two months or more than a year because there is a need to process in an elective notarial route form. If this can be attend on, a rational time it will have has many benefits. In the case that it cannot be done in a specific time it can be damaging because there not valuing about the fundamental right for example health, nutrition, clothes and education.

Therefore, with hereby it will evaluate if the insertion about this authorization inside de non-contentious issues in a notarial form assuring that the fundamental rights of the children has protected and attend without drawback in a process that. The objective will be set above the interest of the minor child and collect information to prove the urgency to provide good less

Key words: interest of the minor child and adolescent, provide with good less, notarial route form

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

ABSTRACT

CAPÍTULO I…….1

INTRODUCCIÓN…….1

1.1. El problema de investigación…….1

1.1.1 Planteamiento del Problema…….……1

1.1.2 Formulación del problema……2

1.1.3 Justificación del problema……2

1.2 Objetivos……3

1.2.1 General……...……3

1.2.2 Específicos…….3

CAPÍTULO II……5

MARCO TEÓRICO……..5

2.1 Bases Teóricas……...……5

2.2 Definición de Términos……..……7

2.3 Hipótesis……7

CAPÍTULO III……..…….……9

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN…….….9

3.1 Unidad de análisis, universo y muestra…….……....9

3.2 Método de investigación……11

3.3 Técnicas de Investigación……..……11

3.4 Instrumentos……..….……11

3.5 Aspectos éticos de la Investigación……...……12

CAPÍTULO IV……13

NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL SOBRE LOS DERECHOS

DE MENORES ……...13

4.1 Normativa constitucional y legal…….13

4.1.1 El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales…….13

4.1.2 La convención sobre los derechos del Niño……..13

4.1.3 La declaración sobre los Principios sociales y jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los niños, con Particular Referencia a la adopción y la colocación de Hogares de guardia, en los Planos Nacional e Internacional……14

4.1.4 La Constitución Política del Perú de 1993……...……..……14

4.1.5 Mecanismos tuitivos…….....15

4.1.5.1 Ley N° 28970 y sus concordancias, que crea el registro de Deudores Alimentarios Morosos……...……...15

4.1.5.2 Ley N° 28457, que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y su modificatoria con la Ley N° 29715…...…….……15

4.2 La necesidad de la unificación de procedimientos en los que se necesite defender los derechos del niño o adolescente……..16

4.3 El proceso judicial en el tiempo: el justiciable que no es valorado como sujeto de derechos……..17

4.3.1 El plazo razonable…….....17

4.3.2 Respecto del plazo razonable……...18

4.3.3 El plazo legal……..18

4.3.4 El plazo máximo……...18

4.3.5 El plazo prudencial……...18

4.3.6 Plazo distinto e irrazonable……...……...19

4.3.7 Plazo no Mayor……19

4.3.8 La economía procesal……...19

CAPÍTULO V……..……21

EL INTERÉS SUPERIOR Y PATRIA POTESTAD……....21

5.1 El interés superior del niño y del adolescente……21

5.1.1 Concepto…….……....21

5.1.1.1 Una directriz de preferencia de interpretaciones normativas……21

5.1.1.2 El resultado de la evaluación psicológica del menor y progenitores……...21

5.1.2 Interés Superior Del Niño, Niña y Adolescente como principio fundamental.....22

5.2 Patria Potestad……..23

5.2.1 Concepto de Patria Potestad……..…..……23

5.2.2 Características de la Patria Potestad: ……..……..25

5.2.2.1 Institución exclusiva de los padres……...25

5.2.2.2 Derecho personalísimo……26

5.2.2.3 Derecho inalterable, intransmisible e irrenunciable……26

5.2.2.4 Sus normas son de orden público……..26

5.2.2.5 Carácter temporal…….27

5.2.2.6 Rango constitucional…….…….27

5.2.3 Atributos de la patria potestad en el orden personal……....27

5.2.4 Deberes de los padres para con sus hijos……...……27

5.2.4.1 Velar por el desarrollo integral de sus hijos……...27

5.2.4.2 Proveer su sostenimiento y educación……...……...28

5.2.4.3 Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes…....……28

5.2.4.4 Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente, cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente…….29

5.2.4.5 Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieren la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil……...……29

5.2.4.6 Atribuciones de la patria potestad en el orden económico……..30

5.3 Administración……...……..30

5.3.1. Término de la administración……..….32

5.3.2. Actos de administración que requieren autorización judicial…….….33

5.4 Disposición de los bienes del menor……..…….….34

5.4.1 Bienes que no entran en la administración de los padres……..…….35

5.5 Concepto del consejo de familia……..…….35

5.6 Formación e instalación del consejo de familia……..……..36

CAPÍTULO VI…….....37

EL PROCESO NO CONTENCIOSO…….….37

6.1 Noción de la jurisdicción voluntaria o no contenciosa……37

6.1.1 Características de la jurisdicción voluntaria o no contenciosa……38

6.1.1.1 Introducción de la instancia……..38

6.1.1.2 Participantes en el procedimiento…….38

6.1.1.3 Ausencia de contradicción…….……..38

6.1.1.4 Papel del juez……...39

6.1.1.5 Diferencias existentes entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa…….…….39

6.1.2 Trámite del proceso no contencioso…….40

6.1.3 La decisión judicial en la jurisdicción voluntaria o no contenciosa……..42

6.1.4 Intervención del Ministerio Público en el Proceso No Contencioso……...…..43

6.2 Concepto de derecho notarial……43

6.2.1 Objeto……..……44

6.3 Fines……...44

6.4 Importancia……45

6.5 Asuntos no contenciosos……45

6.5.1 Asuntos no contenciosos que se tramitan ante notario……..46

6.6 Importancia……47

6.7 Requisitos previos para iniciar trámites de asuntos no contenciosos……..47

6.8 El notario y la fe pública……48

6.8.1 Fe pública……48

6.9 Características de la función notarial……..49

6.10 Garantías de la función notarial……..……..50

6.11 Deberes del Notario……..51

6.12 Trámite de la queja o denuncia contra notario……..……...52

CAPÍTULO VII……...54

7.1 RESULTADOS ……..……..54

7.2 DISCUSIÓN……..57

CONCLUSIONES……..... 59

RECOMENDACIONES…….....61

REFERENCIAS……..62

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1 El problema de investigación

1.1.1 Planteamiento del Problema

El órgano jurisdiccional tiene hoy en día algunas dificultades al momento de resolver los procesos, entre ellos la dilación en la tramitación de los procesos que deben ser atendidos dentro de un plazo razonable y esta es la realidad de solicitar la autorización para disponer del bien de un menor, pues queda claro que por su naturaleza existe la necesidad de que éste se vea atendido con mayor rapidez, pues no se lo hará sino es porque es útil, urgente y en beneficio del menor; por lo que, teniendo en cuenta que el órgano jurisdiccional está demorando entre ocho meses y un año para resolver estas solicitudes, y en muchos casos más, queda claro que estamos ante una evidente lesión de los derechos fundamentales del menor, tales como el derecho de salud, alimentación, vestimenta, educación, que son importantes para el desarrollo de su integridad, pues la demora puede causar que no cumpla con algún tratamiento para garantizar su salud, o que por no darse se encuentre en peligro su alimentación, educación y aquello que sea necesario para su adecuado desarrollo.

Por lo tanto, la solicitud procederá siempre y cuando haya la urgencia y estado de necesidad; mereciendo una mayor atención mayor a la que actualmente se le está dando.

La disposición de los bienes de un menor, la realizarán los padres quienes tienen la

representación de sus actos civiles mientras estos tengan la capacidad, y que por la falta de la misma es necesario la intervención del órgano jurisdiccional, para que no se disponga de manera indebida de los bienes que éste tenga.

La regla general es la prohibición de disponer de bienes del menor, ya que el padre, como administrador legal debe gobernar los intereses económicos del hijo, pero esta facultad no entraña la disposición de bienes; ahora bien, solo por excepción y con la debida autorización judicial, podrá gravarse o venderse los bienes. (Aguilar Llanos, 2014, p. 37)

1.1.2 Formulación del problema

¿Cómo la inserción de la autorización para disponer de un bien de menor, dentro de los asuntos no contenciosos de competencia notarial, permite garantizar los derechos fundamentales del menor?

1.1.3 Justificación del problema

El hecho de que se inserte dentro de la competencia notarial la autorización para disponer de un bien de menor, permitirá garantizar los derechos del menor y que estos no se vean vulnerados por la demora que muestra actualmente el órgano jurisdiccional, buscando que sean protegidos y amparados, pues si es necesario hacer uso del patrimonio del menor para atender su salud, alimentación, educación y otros de manera urgente que permitan el desarrollo del menor, se tendrá la posibilidad de que tal solicitud sea atendida de manera rápida.

Pues si se solicita de manera facultativa en la vía notarial también se atenderá bajo los parámetros claro está de lo que prescribe la Ley, buscando ante todo proteger al menor, resolviendo de una manera rápida y ayudando a descargar el trabajo judicial,

pues el notario luego de evaluar la necesidad, podrá determinar que se disponga del bien del menor, debiendo señalar que se podrá confiar en la decisión que tome el notario, pues también se encuentra debidamente supervisado y por lo tanto tendrá la responsabilidad de previamente asegurarse que la necesidad sea real y urgente, y como todo proceso al encontrar algún vicio o dificultad, así como en los demás procesos, podrá y deberá como obligación remitir el caso al órgano jurisdiccional, para que este proceda de acuerdo a sus atribuciones de una manera más exhausta.

La competencia notarial, tal como se señala en la Ley N° 26662, contempla ya varias materias, las cuales ayudan a evitar una carga procesal excesiva en el Poder Judicial, garantizando con ello que estas pretensiones respecto a los derechos del menor sean atendidas en el tiempo debido.

1.2 Objetivos

1.2.1 Objetivo General

Determinar si la inserción de la autorización para disponer de un bien de menor, dentro de los asuntos no contenciosos de la competencia notarial, permite garantizar los derechos fundamentales del menor.

1.2.2 Específicos

a) Explicar cuál es el estado de necesidad en el que se debe encontrar el menor para que se pueda disponer de sus bienes.

b) Identificar los beneficios de insertar la autorización para disponer del bien de menor, dentro de los asuntos no contenciosos en vía notarial.

c) Comparar el plazo del proceso no contencioso tramitado en la vía judicial, con el que se podría llevar ante la vía notarial de manera facultativa, respecto a la solicitud de autorización para disponer de bien de menor.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Bases Teóricas

En esta sección se pretende consignar los antecedentes y estudios previos abordados respecto al problema de la presente tesis, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

2.1.1 Un estudio similar en donde se ha tenido como principal objetivo modificar la Ley N° 26662 y con la que propone con dicho aporte descongestionar la carga procesal en el Poder Judicial, y facilitar el goce de derechos para los menores de edad e incapaces más perentorio. Si bien es cierto las conclusiones que abordó **CONSUELO VASQUEZ CAMPOS,** de la Universidad Señor de Sipán, en su tesis denominada "**PROPUESTA LEGISLATIVA A LA LEY 26662 PARA LA AUTORIZACIÓN NOTARIAL DE DISPOSICIÓN DE BIENES DE MENORES E INCAPACES**", son dignas de ser aplaudidas, se ha centrado sobre todo en el beneficio que tiene respecto al Órgano Jurisdiccional, prestándole menor atención a lo que sucede con el menor, situación que por el contrario, es abordada en la presente tesis.

2.1.2 GUTIERREZ ASCON, ZENAIDA MIREYA, de la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO), en su tesis realizada con su tema denominado **"LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA DISPONER DE LOS BIENES DEL HIJO AFÍN",** tiene como objetivo general determinar la necesidad de regular jurídicamente

el derecho de autorización judicial a disponer de los bienes del menor por parte del padre o madre afín (Gutiérrez Ascón, 2018)

2.1.3 RODRIGUEZ ALVARADO, ANIBAL; de la Universidad De San Carlos De Guatemala- Facultad De Ciencias Jurídicas y Sociales; en su tesis realizada para conferirse el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales denominada "**INNECESARIA PARTICIPACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL DENTRO DE LAS DILIGENCIAS EXTRAJUDICIALES VOLUNTARIAS DE DISPOSICIÓN DE BIENES DE MENORES"**; en la que se concluye que la participación del órgano jurisdiccional en las diligencias extrajudiciales voluntarias de la disposición de bienes de menores, es innecesaria, ya que el trámite y el diligenciamiento del proceso es llevado ante notario, siendo este quien debe culminar el proceso, sin dar remisión alguna al órgano jurisdiccional, previa o posteriormente al dictar la resolución final. Pues señala que los órganos de justicia se encuentran recargados en el volumen de trabajo, de manera que la Jurisdicción Voluntaria, debe ser encomendada a los notarios, el que goza de fe pública; por lo que dicho profesional, puede iniciar, tramitar y fenecer las diligencias que engloban la Jurisdicción voluntaria. (Rodríguez Alvarado, 2005)

2.1.4 CONCHA GONZÁLEZ MIRIAM JANETH, de la Universidad Regional Autónoma De Los Andes "Uniandes"- Universidad De Guayaquil; en su tesis denominada "**LA ADMINISTRACIÓN Y ENAJENACIÓN DE LOS BIENES DE MENORES, LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL, CONTRADICCIÓN Y PRUEBA**"; en la que se concluye que existe contradicción en el Código Civil, donde

para hipotecar bienes inmuebles de propiedad de un menor de edad se exige autorización judicial y no así para enajenar los bienes indicados, con el que considera que se atenta la seguridad jurídica; donde se pretende ante todo garantizar los derechos del menor establecidos en la Constitución de la República del Ecuador; y que no existan perjuicios y riesgos en la administración y disposición de los bienes raíces de menores. (Concha González, 2016)

2.2 Definición de Términos

2.2.1 Inserción de la autorización

Incluir o introducir algo en otra cosa, siendo el presente caso la autorización de la disposición de menor en la competencia notarial, pues se trata de adicionar dentro de dicha norma el proceso (RAE, 2014, p. 1248)

2.2.2 Disposición de bienes

La disposición provoca una modificación sustancial de la composición del patrimonio mediante un egreso anormal de bienes, es decir cosas, objetos corporales susceptibles de tener un valor, cosas inmateriales o materiales en provecho y utilidad de los sujetos de la relación jurídica; que no buscan un rendimiento normal de los bienes que integran el patrimonio, sino el acrecentamiento rápido de los valores, sin relación directa entre lo invertido y lo esperado (OMEBA, 1979, pp. 190-191)

2.2.3 Necesidades básicas

Causación inevitable; impulso irresistible de una causa, que obra infaliblemente en cierto sentido, se produce un efecto seguro y por tanto resulta imposible impedir, evitar, o resistir (Cabanellas, G. 1994, p. 528), constituyendo ello un elemento fundamental de algo. (RAE, 2014, p. 288)

2.3 Hipótesis

La inserción de la autorización para disponer de un bien de menor, dentro de los asuntos no contenciosos de competencia notarial, permitirá garantizar los derechos del menor, ya que se atenderá de manera rápida las solicitudes sobre autorización para disponer de bien de menor, evaluándola en menor tiempo y analizándola en mérito al Interés Superior del Niño y del Adolescente; pues el notario puede brindar esta oportunidad, por tener una carga menor a la del Poder Judicial.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Unidad de análisis, universo y muestra

La unidad de análisis será el expediente judicial sobre autorización para disponer del bien de menor tramitado ante el Juzgado de Familia; y el universo serán todos aquellos expedientes judiciales tramitados entre los años 2017-2019 y la muestra será un expediente judicial de cada año.

En el año 2017:

Se tienen los siguientes expedientes:

- Expediente N° 2145-2017-FC-04, el cual ingresó el 26 de julio del 2017 y el auto final se dio el 12 de noviembre del 2018.
- Expediente 2629-2017-FC-04, el cual ingresó el 13 de setiembre del 2017 y el auto final se dio el 15 de mayo del 2018.
- Expediente 2806-2017-FC-04, el cual ingresó el 24 de setiembre del 2017 y el auto final se dio el 21 de mayo del 2018.
- Expediente 1014-2017-FC-04, el cual ingresó el 23 de marzo del 2017 y el auto final se dio el 19 de setiembre del 2017.
- Expediente 356-2017-FC-04, el cual ingresó el 18 de enero del 2017 y el auto final se dio el 06 de mayo del 2019.

En el año 2018:

Se tienen los siguientes expedientes:

- Expediente N° 00210-2018-0-0611-JM-FC-01, el cual ingresó el 02 de octubre del 2018, siendo rechazada el 30 de enero del 2019.
- Expediente N° 00335-2018-0-0601-JR-FC-01, el cual ingresó el 07 de febrero del 2018 y declarara fundada el 28 de agosto del 2019.
- 01488-2018-0-0601-JR-FC-04, el cual ingresó el 29 de mayo del 2018 y declarara fundada el 01 de octubre del 2019.
- 00227-2018-0-0601-JR-FC-03, el cual ingresó el 29 de enero del 2018 y declarara fundada el 21 de noviembre del 2018.
- 01811-2018-0-0601-JR-FC-03, el cual ingresó el 28 de junio del 2018 y declarara fundada el 29 de enero del 2019.
- 3678-2018-0-0601-JR-FC-02, el cual ingresó el 10 de diciembre del 2018 y declarara fundada el 03 de octubre del 2019.
- 00258-2018-0-0604-JM-FC-01, el cual ingresó el 10 de setiembre del 2018 y declarara fundada el 11 de abril del 2019
- 00581-2018-0-0601-JR-FC-04, el cual ingresó el 05 de marzo del 2018 y declarara fundada el 17 de diciembre del 2018.
- 00201-2018-0-0607-JM-FC-01, el cual ingresó el 06 de noviembre del 2018 y declarara fundada el 09 de diciembre del 2019, y actualmente con impugnación.
- 00383-2018-0-0610-JR-FC-01, el cual ingresó el 16 de mayo del 2018 y declarara fundada el 25 de febrero del 2019-
- 00549-2018-0-0601-JR-FC-01, el cual ingresó el 28 de febrero del 2018 y declarara fundada el 28 de enero del 2019.

- 2455-2018-0-0601-JR-FC-03, el cual ingresó el 24 de agosto del 2018 y declarara fundada el 29 de marzo del 2019.
- 00549-2018-0-0601-JR-FC-01, el cual ingresó el 04 de junio del 2018 y declarara fundada el 25 de enero del 2019.
- 00092-2018-0-0611-JM-FC-01, el cual ingresó el 18 de mayo del 2018 y declarara fundada el 11 de noviembre del 2019.

3.2 Método de investigación

Teniendo en cuenta el problema planteado será necesario utilizar el *método hermenéutico jurídico*; pues esta tesis busca determinar como la inserción de la autorización para disponer del bien de un menor a la competencia notarial, garantizará el cumplimiento de sus derechos, teniendo para ello que realizar la interpretación del ordenamiento jurídico, y analizarlo conforme a la realidad respecto a estos casos, y de ésta manera comprobar que es necesaria dicha incorporación, que es de gran apoyo dentro en la práctica judicial.

3.3 Técnicas de Investigación

Para poder hacer uso del método antes mencionado utilizaremos como técnica de investigación, el *fichaje* y a la *observación documental*, pues nos basaremos en lo contemplado en el ordenamiento jurídico, tanto lo que implica procesos no contenciosos en vía notarial, los derechos declarados que tienes los menores, y la observación y análisis de la realidad que se afronta dentro del Poder Judicial.

3.4 Instrumentos

Los instrumentos que utilizaremos en la presente investigación son: Fichas, hojas de recojo y de datos; en la que se tomarán datos diversos, como las conclusiones que

podamos abordar de la bibliografía que se revise respecto al problema a investigar.

3.5 Aspectos éticos de la investigación

Las autoras se comprometen a proteger la integridad de los datos de los menores consignados en las resoluciones judiciales, al momento de solicitar información de los expedientes consultados y realizar el análisis correspondiente.

CAPÍTULO IV

NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL SOBRE LOS DERECHOS DE MENORES

4.1 Normativa constitucional y legal

Los derechos de los niños y adolescentes se encuentran recogidos en una serie de documentos internacionales que nuestra legislación ha asimilado como ley nacional. Entre los documentos internacionales tenemos los siguientes:

4.1.1 El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En su artículo 16 contiene los derechos de los niños, dentro de la cuales se menciona la de protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado; tiene derecho a crecer al amparo y bajo responsabilidad de sus padres; a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

4.1.2 La convención sobre los derechos del Niño

En su artículo 7, se establece que el niño tiene derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Dando la responsabilidad a los Estados, a aplicar lo mencionado conforme a su legislación nacional y en virtud de los instrumentos internacionales, debiendo buscar evitar ante todo el abandono del niño.

En su artículo 9, establece que el menor no sea separado de sus padres, salvo que la autoridad competente lo determine en atención al interés superior del niño y del adolescente, y al presentarse dicho caso se deberá respetar que el niño tenga relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular, teniendo ambos siempre la información necesaria, en bienestar sobre todo del menor.

Y en su artículo 18, en relación de las obligaciones respecto de los hijos se precisa, que su preocupación fundamental de la responsabilidad que tienen de la crianza y desarrollo será el interés superior del niño y del adolescente, para garantizar ello los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones.

4.1.3 La declaración sobre los Principios sociales y jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los niños, con Particular Referencia a la adopción y la colocación de Hogares de guardia, en los Planos Nacional e Internacional

En su artículo 3 establece que el cuidado del hijo se encuentra a cargo de los padres, y en su artículo 4 presenta la posibilidad de que el cuidado del niño sea a cargo de terceras personas, cuando los padres no puedan ocuparse de él o este cuidado sea inapropiado.

4.1.4 La Constitución Política del Perú de 1993

En el artículo 1, establece que el fin supremo de la sociedad y del Estado debe ser la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

En el artículo 2, contiene del derecho a la vida, igualdad ante la ley, intimidad

familiar, identidad étnica, idioma, nacionalidad e integridad personal.

En el artículo 4 contiene lo relacionado a la protección estatal, especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

En el artículo 6 establece los deberes y derechos producto del vínculo paternofilial, protegiendo sobre todo su vida y salud, precisa además que los hijos tienen iguales derechos y deberes.

4.1.5 Mecanismos tuitivos

4.1.5.1 Ley N° 28970 y sus concordancias, que crea el registro de Deudores Alimentarios Morosos

Para proteger a las mujeres y los niños en estado de abandono material y moral frente al progenitor y el cual se rehúsa a cumplir con sus obligaciones; sin embargo, la presente ley pese a que ayuda a que el alimentista cumpla con las prestaciones económicas, esta no asegura las atenciones afectivas entre progenitor e hijo.

4.1.5.2 Ley N° 28457, que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y su modificatoria con la Ley N° 29715

Este instrumento legislativo si bien busca garantizar la protección de derechos económicos y sociales y defender los intereses del niño; pero que lamentablemente al igual que la norma antes citada presenta vacíos respecto a términos afectivos, lo cual se entiende importante para que el menor logre su desarrollo íntegro, pues cuando existen problemas familiares, tales como divorcios, estos tienen como consecuencia daños psicológicos en el menor, existiendo prácticas de obstrucción del vínculo entre el progenitor que tiene derecho a visitas.

4.2 La necesidad de la unificación de procedimientos en los que se necesite defender los derechos del niño o adolescente

En el Perú los derechos de los niños involucrados en los problemas judiciales de sus progenitores están regulados en dos normas sustantivas, el Código Civil (CC) y el Código del Niño y del Adolescente (CNA), y una norma procesal que es el Código Procesal Civil (CPC). (Bermúdez, 2019, p. 23)

Sin embargo, por su carácter de sujeto de derechos limitado a una representación procesal; por lo general de uno de sus progenitores, la defensa de sus derechos nunca es realizada por acción directa, esto genera no solo un error material de la legislación respecto de la protección de los derechos del niño y el adolescente, sino también una acción de perjuicio directa respecto del otro progenitor, porque los intereses y derechos son de naturaleza diferente y diferenciada entre tres partes autónomas en un contexto en el cual solo se han determinado dos partes procesales. (Bermúdez, 2019, p. 23)

Bajo esta apreciación, los derechos de los niños y adolescentes usualmente son planteados por las madres, pero no tienen una premisa directa de protección, siendo limitadas a las acciones favorables a quien tiene la representación procesal y termina por vincular directamente derechos fundamentales como la determinación de una residencia, convivencia con un progenitor, alimentación y sustento moral, etc. (Bermúdez, 2019, p. 23).

El resultado de esta situación no garantizará el cumplimiento de una acción estatal de protección del interés superior del niño y del adolescente, dado que las dispersiones de normas aunado a la praxis judicial no cumplen con el objetivo máximo,

que es brindar una tutela efectiva al niño. (Bermúdez, 2019, p, 23)

4.3 El proceso judicial en el tiempo: el justiciable que no es valorado como sujeto de derechos

El desarrollo de un proceso, sin importar su naturaleza, su condición procedimental o el desarrollo de procesos paralelos, complementarios o recursos autónomos, se desarrolla en un plazo relativamente **extenso,** frente al parámetro temporal que inicialmente es determinado por el Código Procesal Civil, el cual es la norma supletoria en términos procesales para la mayoría de los procesos judiciales en el Perú, pese a ser un principio vinculado al debido proceso pues la mayoría de procesos resultan estar desvinculados al tiempo en el cual se desarrollan. (Bermúdez & Pinedo, 2019, p. 168)

4.3.1 El plazo razonable

A partir del derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, existen una serie de derechos que actúan como un conjunto de principios y disposiciones de carácter normativo y procedimental. Sin embargo, esta situación nos permite analizar la **legitimidad funcional del Poder Judicial** en el ámbito de la impartición de justicia, basándose en la evaluación de la garantía del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, aplicables al propio proceso en curso, que está vinculado a una esfera constitucional de tutela de los derechos básicos y referenciales de toda persona en el ámbito jurisdiccional y que por ello se estructuran y relacionan. (Bermúdez & Pinedo, 2019, p.170-171)

4.3.2 Respecto del plazo razonable

La concepción del plazo razonable es distinta al plazo legal, debido principalmente a que este no se encuentra establecido claramente en norma alguna y en principio su duración debería ser menor al establecido por la ley; no podría decirse que su inobservancia signifique la vulneración del plazo razonable, pero si se constituye en un indicio para valorar si un proceso judicial ha sido resuelto en un tiempo acorde a los plazos procesales que señala la ley. (Bermúdez & Pinedo, 2019, p.172)

4.3.3 El plazo legal

Este constituye un elemento importante, sin importar la condición la cual se le esté determinando, ya sea que se trate de un proceso constitucional, laboral, civil, de familia, penal o administrativo. En ese sentido, pasamos a advertir algunos plazos establecidos en la Ley y que el fiscal y el juez debieran internalizarlo para lograr discernir los plazos máximos establecidos por la ley. (Bermúdez & Pinedo, 2019, p.172)

4.3.4 El plazo máximo

Vinculado sobre todo al ámbito de los plazos de caducidad, de lo que se pudo o debió hacer, salvo que la ley admita una prórroga al plazo ya fenecido. (Bermúdez & Pinedo, 2019, p.173), este término supone que todo proceso tiene la necesidad de ser solucionado dentro de un plazo acorde a las normas procesales y carga procesal, si a pesar de dichos factores, no existe un pronunciamiento, el omitir un pronunciamiento genera en la mayoría de los casos la caducidad del derecho y/o pretensión.

4.3.5 El plazo prudencial

Determinado sobre todo cuando se regulan condiciones en las cuales se evalúa la restricción de un derecho o la determinación de una condición a favor de una persona en el proceso, implica la ejecución de una serie de condiciones materiales para la validación de una condición de aptitud en un tiempo relativamente corto. (Bermúdez & Pinedo, 2019, p.173)

4.3.6 Plazo distinto e irrazonable

En función a las condiciones, características, complejidad y circunstancias de los hechos que son objeto de una investigación generalmente de naturaleza vinculable a situaciones propias de la interacción de las partes. (Bermúdez & Pinedo, 2019, p. 173)

En este punto, los "procesados" han ejecutado "acciones dilatorias" en mérito a una malicia procesal y han "quebrado el proceso" al generar plazos irrazonables y se han tenido que modificar la composición de los órganos jurisdiccionales que estaban llevando el caso. (Bermúdez & Pinedo, 2019, p.173)

4.3.7 Plazo no mayor

Que se establece sobre todo cuando existe una condición que debe ser confirmada o actuada en el ámbito procesal. (Bermúdez & Pinedo, 2019). Lo cual se presenta en las situaciones que han dado mérito a la presente; por lo que, se considera que la acción del órgano jurisdiccional en estas situaciones, debe ser rápida.

4.3.8 La economía procesal

Principio de la teoría general del proceso, que hace alusión a un procedimiento por el cual se debe lograr que el proceso judicial se desarrolle con el menor empleo

posible de actividades, recursos y tiempos en el órgano jurisdiccional, debiendo existir un mínimo de intervenciones actividades por parte de los órganos jurisdiccionales. (Bermúdez & Pinedo, 2019, p. 174).

Se debe procurar que la decisión del órgano jurisdiccional en una sentencia defina sobre el fondo de la causa en una única oportunidad, con lo cual la indecisión jurídica del caso y una eventual acción dilatoria no provocarían una mayor afectación al justiciable, toda vez que el conflicto de intereses debería haberse resuelto.

CAPÍTULO V

EL INTERÉS SUPERIOR Y PATRIA POTESTAD

5.1 El interés superior del niño

5.1.1 Concepto

El principio del interés superior del niño, debe entenderse en un esquema amplio de interpretaciones legislativas y acciones gubernamentales por realizar. La tutela del interés superior del niño tiene por objetivo construir una garantía al desarrollo integral del niño; por lo cual no puede ser restringido a una mera "directriz", porque este concepto gaseoso impide una real aplicación de sus objetivos en los procesos judiciales donde se ventilan los derechos del niño (Bermúdez, 2019, p. 22)

Por ello la primera acción que se debería realizar en un proceso judicial vinculado a los derechos del niño es realizar un test de protección de derechos[1], sobre la base de dos aspectos complementarios:

5.1.1.1 Una directriz de preferencia de interpretaciones normativas

Así, el magistrado (juez o fiscal) deberá optar por hacer prevalecer la norma más favorable al menor con independencia de su nivel jurídico.

5.1.1.2 El resultado de la evaluación psicológica del menor y progenitores

A efectos de determinar el derecho del menor de convivir con el "mejor progenitor".

Solo con este mecanismo sería factible una protección real de los niños en un proceso judicial, por cuanto la judicatura suele interpretar que se protegen los derechos

[1] Debiendo ser realizado aun antes de la etapa de conciliación y saneamiento procesal.

de estos con preferencia hacia las mujeres, sobre la base de las acciones afirmativas en la materia. (Bermúdez, 2019, p. 22)

5.1.2 Interés Superior Del Niño, Niña y Adolescente como principio fundamental

El artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes[2], contiene el principio de Interés Superior del Niño y del adolescente; por lo que, debe ser analizado y aplicado debidamente, caso contrario cualquier decisión o acto que adopte puede ser objeto de observación que busque su revocatoria, nulidad o ineficacia.

Respecto de este principio – derecho, el jurista Ferrero Costa, citado por Aguilar señala "es un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la Convención de los Derechos del Niño se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, de acuerdo con ello, la aplicación de este principio exigirá una doble labor: precisar el significado y contenido del concepto (en qué consiste el "Interés Superior del Niño y del Adolescente"), luego, comprobar en qué situación y circunstancias concretas de las posibles se da el valor que ha pretendido captar la norma (lo que más conviene a un niño determinado)". (Aguilar et al, 2014)

El principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, debe concebirse necesariamente como la búsqueda de la satisfacción de los derechos fundamentales del niño o niña y nunca se puede aducir un interés de otro tipo como superior a la vigencia efectiva de estos derechos, evitando que criterios corporativistas o de supervivencia institucional, sean situados por sobre el interés superior del niño o niña". (Aguilar et

[2] Y prescribe "En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos".

al, 2014)

Este principio debe aplicarse en toda decisión judicial o extrajudicial sobre la vida de los menores, por encontrarse en una posición de desventaja respecto de los llamados a velar por su protección, por ende, debe contar con una legislación y una situación acorde con sus necesidades que a su vez requieren un ejercicio pleno de los derechos que la constitución le ofrece (Aguilar et al, 2014)

El principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, rige sobre todas las decisiones que cualquier persona pueda realizar sobre la vida de un menor y como tal debe verse siempre observando para analizarse si un actuar, inclusive de los padres, es correcto o responde a los intereses de los menores hijos. (Aguilar et al, 2014)

Es un deber el considerar el interés superior del niño y del adolescente y se impone como el que deben seguir sus padres o responsables en el cuidado de su persona y bienes y que ha de tener en cuenta el juez de familia para salvaguardar su integridad y tutelar *in extenso* de sus derechos específicos" (Aguilar et al, 2014)

5.2 Patria Potestad

5.2.1 Concepto de Patria Potestad

El término patria potestad que nace en el Derecho Romano, significa etimológicamente poder del padre; en efecto el término patria alude a la figura paterna, y potestad implica poder, prerrogativa, facultad, derecho; esto es, cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, y en función de los padres y no solo de uno de ellos; sobre el particular, algunos han intentado llamarlo autoridad paterna compartida, otros, autoridad benéfica sobre los hijos; sobre esta última denominación

empleada por don Manuel Lorenzo Vidaurre en su proyecto de Código Civil, se señala que se encerraría en efecto, atributos a favor de los padres y de allí el concepto de autoridad, sin embargo dicha autoridad se ejercita a favor de los hijos, atendiendo a su estado de indefensión e incapacidad, por lo tanto la autoridad tiene sentido en tanto se ejercite en favor de los hijos, que no es otra que en defensa de los derechos de los hijos. (Aguilar et al, 2014, p.14)

La patria potestad tiene como fundamento el hecho de que todo menor de edad requiere cuidado, asistencia y protección. Es una institución natural que el derecho regula y no solamente implica proveer alimentos sino el desarrollo integral de las personas para contrarrestar un estado natural de indefensión. (Bermúdez & Pinedo, 2019, p.139)

Respecto de los derechos en materia de familia, analizando su naturaleza, Guillermo Borda nos precisa que "los derechos pueden tener carácter patrimonial o extra patrimonial; si bien los derechos familiares no son sino consecuencia de otros derechos y deberes más profundos y de carácter extra patrimonial (Del Águila Llanos, 2019, p. 31

El ejercicio de la patria potestad solo corresponde a los padres para que cuiden de la persona y bienes del hijo menor de edad. Se ejerce conjuntamente por el padre y la madre, en relación con los hijos matrimoniales; en caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, por el cónyuge a quien se confían los hijos. En lo que se refiere a los hijos extramatrimoniales, se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido (Del Águila Llanos, 2019, p. 31)

El fin que persigue la institución, es que los hijos a través de sus padres, reciban apoyo,

amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilitando un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas. No es una creación de la ley, sino de la naturaleza, la ley solo cumple con regularla, mas no es ella la que confiere los derechos e impone los deberes a los padres, sino que lo declara, pues ellos vienen impuestos por la naturaleza, por el hecho mismo de la procreación. (Del Águila Llanos, 2019, p. 32)

Esta institución jurídica supone un conjunto de derechos-deberes, que se confieren en el caso, a los titulares de la patria potestad, no solo atendiendo a sus intereses, sino principalmente a los del menor bajo patria potestad; por lo cual, los derechos que se confieren implican correlativos deberes (Del Águila Llanos, 2019, p.32)

5.2.2 Características de la Patria Potestad

5.2.2.1 Institución exclusiva de los padres

La patria potestad es concebida en función de los padres, solo a ellos alcanza, no extendiéndose a los ascendientes, ni a parientes colaterales, los cuales, si fuera el caso de cuidar a un pariente menor de edad, lo harían con el título de tutores, mas no de patria potestad.

En esta característica se comprende la situación del ejercicio exclusivo de la patria potestad por parte de uno solo de los padres, cuando el otro ha muerto, o está suspendido o se ha extinguido la patria potestad (Aguilar Llanos, 2013, p. 319)

5.2.2.2 Derecho personalísimo

La institución está contemplada en función de los padres, solo de ellos, no es posible que se pueda ceder o delegar; y si fuera el caso que los padres no sean idóneos para

asumir tales funciones, o lo vengan haciendo mal en perjuicio de sus hijos, entonces estaremos ante la posibilidad de desplazarlos de la patria potestad, pero no para concedérselos a otros, sino que vendrán otras personas a cuidar al menor, ante un llamado que hace la ley, y bajo el título de tutores, con similares funciones, pero no idénticas a la patria potestad. (Del Águila Llanos, 2019, p. 320)

5.2.2.3 Derecho inalterable, intransmisible e irrenunciable

Los padres no pueden alterar el contenido de la patria potestad ni para aumentar o reducir atribuciones pues constituye un todo unitario, no siendo igualmente posible su transmisión en todo o parte, pues antes que derechos comprenden deberes, y su cesión sería una suerte de abandono e incumplimiento de estos deberes, así mismo no es factible renunciar a la patria potestad, pues nadie puede renunciar a un deber. (Del Águila Llanos, 2019, p.320)

5.2.2.4 Sus normas son de orden público

Significa que son normas de imperativo e ineludible cumplimiento, no hay la más mínima posibilidad de que las partes pretenden pactar contra la institución, pues cualquier pacto sería írrito, nulo, no produciría efectos. El orden público entraña interés de la sociedad en la Institución, no puede ni debe quedarse en el ámbito de los particulares, pues su ejercicio lleva a formar familias consolidadas, estables, y eso interesa y conviene a la sociedad. (Del Águila Llanos, 2019, p. 320)

5.2.2.5 Carácter temporal

La patria potestad tiene sentido en tanto que exista un incapaz, al que hay que cuidar. Pero cuando éste adquiere la capacidad, ya no tiene sentido la patria potestad, pues el

sujeto en pleno ejercicio de sus derechos podrá cautelar sus propios intereses, y la ley le proporciona los medios para hacerlo por sí mismo. (Del Águila Llanos, 2019, p. 321)

5.2.2.6 Rango constitucional

Su categoría de norma constitucional hace que la institución alcance reconocimiento del Estado y la sociedad entera, lo que significa que las relaciones jurídicas que se dan dentro de la patria potestad no se quedan en el plano estrictamente privado, como si fueran solo intereses particulares, sino que su interés trasciende hacia la sociedad, y de allí el rango de precepto constitucional. (Del Águila Llanos, 2019, p. 321)

5.2.3 Atributos de la patria potestad en el orden personal

El Código Civil en su artículo 423 consignó los atributos de la patria potestad mencionando, sin separarlos, tanto los derechos y deberes en el orden personal como en lo económico. Ahora bien, este artículo ha sido modificado por el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes; y en el cual consigna el deber de velar por el desarrollo integral del menor. (Aguilar Llanos, 2013, p. 337)

5.2.4 Deberes de los padres para con sus hijos

5.2.4.1 Velar por el desarrollo integral de sus hijos

Los padres tienen la responsabilidad primaria de asegurar las normas de vida que garanticen el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de sus hijos.

Por lo tanto, cuando se menciona desarrollo integral, estamos cubriendo todo lo necesario para el menor, tanto en el aspecto material como moral, pues allí quedan cubiertos, el sustento diario, la protección, la salud, educación y la formación con

ejemplos de vida. (Aguilar Llanos, 2013, p. 337)

5.2.4.2 Proveer su sostenimiento y educación

Deber que se ubica dentro del concepto del instituto jurídico de los alimentos; sin embargo, se prefiere mencionarlos por separado, y es así que cuando se alude al sostenimiento, nos estamos refiriendo al sustento diario, a la habitación, a la salud del menor y por cierto a la recreación; ahora bien, en lo que atañe a la educación, es indudable que son los padres los que asumen esta responsabilidad educativa que implica transmisión de cultura y conocimientos (Aguilar Llanos, 2013, p. 338)

5.2.4.3 Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes

La tarea educativa debe verse desde dos planos, una de la formación moral y espiritual, en donde resulta importante el cultivo de la personalidad, la internalización de valores morales, reglas de conducta y de socialización, todo ello recae en los padres, y el otro plano se ubica más bien en la educación escolarizada, en la transmisión de cultura y conocimientos, esta última es tarea propia de profesores, pedagogos, educadores y se lleva a cabo en el colegio, universidad, instituto o ente del saber. Esta última tarea no recae en el padre, sin embargo, es él quien tiene derecho a escoger la educación y el centro de enseñanza que crea pertinente para su hijo

Parte importante de este deber también lo constituye la capacitación para el trabajo atendiendo a la vocación y aptitudes del menor. El menor debe comprender la importancia y valor del trabajo, como medio de dignificar a la persona, e instrumento de atención a la satisfacción de necesidade. (Aguilar Llanos, 2013, p. 338)

5.2.4.4 Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente, cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente

Los padres deben observar una vida ejemplar que se traduce en una vida recta, sobre la base del respeto, consideración, siendo solidarios en los actos de la vida diaria. En ese sentido se acierta cuando como deber se impone a los padres educar a sus hijos con el ejemplo. En cuanto a la corrección moderada debemos entenderla como un derecho de los padres en circunstancias en que los hijos no obedecen o respetan su autoridad. Sin embargo, desde ya adelantamos que esta corrección no puede comprender el castigo físico, y en atención a ello es que se usa el término moderado como limitante al derecho de corrección. ((Aguilar Llanos, 2013, p. 339)

5.2.4.5 Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieren la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil

Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de estos según las normas referentes a la patria potestad. Pues bien, son los padres los representantes legales de sus hijos y en atención a ello los terceros que contraten o reclamen contra estos tendrán que hacerlo con los padres. Esta representación viene siendo limitada a propósito de la aparición del Código de Niños y Adolescentes, que ha otorgado capacidad civil a los adolescentes que desarrollan actividades económicas, a quienes les reconoce derechos para actuar en nombre propio.

El titular de la patria potestad y en ejercicio de la misma goza de esta representación legal, por lo tanto, quien se vea suspendido en su ejercicio o se ha producido la extinción de la potestad, no será el representante legal. Ahora bien, la representación

implica relaciones con terceros, quienes al contratar respecto del patrimonio del menor lo hacen con sus padres bajo la presunción de que son ellos los legítimos representantes de sus hijos; sin embargo, pudieran estar contratando con padres que han sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, lo que obviamente acarrearía un contrato ineficaz. (Aguilar Llanos, 2013, p. 340)

5.2.4.6 Atribuciones de la patria potestad en el orden económico

Los menores con patrimonio propio no pueden estar al frente de los mismos en razón de su incapacidad, en tal mérito requieren de otras personas que cuiden este patrimonio, y es por ello que la patria potestad impone a los padres el deber de cuidar la persona y bienes de sus hijos. (Aguilar Llanos, 2013, p. 349)

5.3 Administración

Supone el gobierno de intereses ajenos, cuidar un patrimonio; el término administración en el Derecho Familiar no es igual al que se emplea en economía. En el Derecho de Familia, administrar significa proteger, cuidar y velar por el patrimonio del menor, hacerlo producir sin desprenderse del mismo. Por lo tanto, no está dentro del concepto de administración el gravamen ni disposición de los bienes. (Aguilar Llanos, 2013, p. 349)

En este orden de ideas, el padre administrador de los bienes de sus hijos debe cuidar de esos bienes, cumplir con las obligaciones propias que entrañen el mantenimiento del bien y, en concordancia con ello, por ejemplo, deberá hacer las declaraciones juradas necesarias del bien con respecto a las municipales, pagar los tributos, cobrar los arriendos, etc. Ahora bien, por su propia naturaleza, la administración entraña

obligaciones, como la de inventariar los bienes y deudas que constituyen el patrimonio del menor; así mismo, constituir garantías por las resultas de su gestión, y rendir periódicamente cuentas de su administración. (Aguilar Llanos, 2013, p. 349)

Sin embargo, si el padre no solo es administrador sino también usufructuario de los bienes del menor, entonces la rentas y las utilidades le corresponderán en su calidad de tal, y por lo tanto solo estarán obligados a otorgar garantía por el importe de los bienes muebles, pero si el padre no es usufructuario, sino solo administrador, entonces la garantía si deberá cubrir tanto el valor de los muebles como solo rentas y utilidades que produzcan los bienes. Y en cuanto a la rendición de cuentas, sólo estarán obligados a rendir la cuenta final, mas no tiene la obligación de rendir cuentas periódicas, ahora bien, el hecho de que los padres no estén obligados a inventariar los bienes, tampoco a ofrecer garantías, ni de rendir cuentas periódicas, puede llevar a desproteger los intereses del menor, y diluir la responsabilidad del administrador. (Aguilar Llanos, 2013, p. 349)

El legislador es extremadamente celoso en el cuidado del patrimonio del menor, pues incluso impone al padre administrador la obligación del cuidado del dinero y su inversión, sin dejarle oportunidad para su libre albedrío. En efecto, el artículo 453 del Código Civil señala que el dinero del menor, cualquiera fuera su procedencia, será invertido en predios o en cédulas hipotecarias, y que para hacer otras inversiones los padres necesitan autorización judicial. (Aguilar Llanos, 2013, p. 351)

Por otro lado, el artículo 459 del Código Civil señala que, si es posible, los padres consultarán al menor que tenga más de 16 años los actos importantes de la administración. Se entiende que tal menor cuenta con discernimiento y por lo tanto ya

en capacidad de conocer qué es lo que le conviene y qué no. Sin embargo, la misma norma deja al padre o madre esta potestad, entendiéndose como tal y no como un deber que ineludiblemente debe cumplir el administrador. (Aguilar Llanos, 2013, p. 351)

5.3.1. Término de la administración

Por lo general termina cuando se extinga la patria potestad, empero hay circunstancias especiales en las que el menor sigue siéndolo y por lo tanto continúa bajo patria potestad; sin embargo, concluye la administración de los padres, y estos casos están referido a: cuando se pone en peligro los bienes, o cuando el padre renuncia a la administración, norma con la que no estamos de acuerdo porque ello implica, más que una renuncia, un incumplimiento del deber de cuidado de los bienes. También termina la administración cuando el padre que ejerce en exclusividad la patria potestad desea contraer matrimonio y tiene que convocar al consejo de familia y este consejo se pronuncia por la no permanencia del padre administrador, o cuando se casa sin convocar a dicho consejo. (Aguilar Llanos, 2013, p. 352)

También tenemos que considerar, dentro del término de la administración, cuando surge una oposición de intereses entre padres e hijos. En este caso refiere el artículo 460 del Código Civil que se designará a un curador especial para que proteja el interés del hijo en esta situación particular. Y en efecto, tal como lo señala el artículo 606 del Código Civil en su inciso primero, cuando los intereses de los hijos están en oposición a los de sus padres que ejerzan patria potestad, se nombrará un curador especial, que solo tendrá un único encargo, cual es el de cautelar tales intereses y cuando sea resuelto, cesará esta cautela . (Aguilar Llanos, 2013, p. 352)

5.3.2 Actos de administración que requieren autorización judicial

Por lo general los actos comunes y corrientes de administración no requieren de ninguna autorización, y los realiza el administrador por su propia cuenta y riesgo; sin embargo, existen otros actos de trascendencia que puedan comprometer seriamente el patrimonio del menor, y para ello también se ha previsto que el administrador recurra al juez para que recabe previamente la licencia respectiva. Estos actos están debidamente señalados en el artículo 448 del Código Civil, y comprenden lo siguiente: arrendar los bienes del menor por más de tres años; pues, se considera que dicho tiempo es comprometer el patrimonio por un tiempo prolongado, tiempo que pudo ser aprovechado en mejor forma para los intereses del menor. También se requiere autorización judicial para transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje, renunciar herencias legados o donaciones, liberalidades éstas que, por alguna circunstancia, la renuncia, pueden resultar convenientes al menor, pues en este caso se deberá pedir autorización judicial. También se requiere licencia judicial para celebrar contrato de sociedad o continuar en la establecida, liquidar la empresa que forme parte del patrimonio del menor, dar o tomar dinero en préstamo, entendiéndose aquí el mutuo por cantidades significativas respecto del patrimonio, edificar excediéndose de las necesidades de la administración, aceptar donaciones, herencias o legados con cargas. (Aguilar Llanos, 2013, p. 360)

5.4 Disposición de los bienes del menor

La regla general es la prohibición de disponer bienes del menor; sobre el particular recordemos que el padre, como administrador legal debe gobernar los intereses económicos del hijo, pero esta facultad no entraña la disposición de bienes; ahora bien, solo por excepción y con la debida autorización judicial, podrá gravarse o venderse los

bienes, y así nos los hace saber el artículo 447 del Código Civil, al señalar que por razones de necesidad o utilidad podrá desprenderse de los bienes del menor: en cuanto a las razones de necesidad, es evidente que el Código alude a razones de emergencia para el hijo, por ejemplo el tener que atender una operación urgente para recuperar su salud; sin embargo, no resulta muy claro lo referido a razones de utilidad, que como sabemos el término utilidad está asociado al provecho que se saca de una cosa, por lo tanto útil podría ser por ejemplo, la conveniencia de vender un bien a un precio mucho mayor al que se compró, lo que equivaldría a incrementar el patrimonio del menor; en la práctica es más usual se autorice la venta de un bien del menor por razones de necesidad que por las de utilidad. . (Aguilar Llanos, 2013, p. 358)

Sobre este punto el Código de los Niños y Adolescentes, refiere en los artículos 109 y 110 que quienes administran bienes de niños o adolescentes, como es el caso de los padres, necesitan autorización judicial para gravarlos o enajenarlos por causas justificadas de necesidad o utilidad, y en cualquiera de los casos debe probarse tal estado, indicando los bienes que pretende enajenar o gravar. El proceso a seguir es el no contencioso según el artículo 162 del mismo cuerpo de leyes. . (Aguilar Llanos, 2013, p. 358)

5.4.1 Bienes que no entran en la administración de los padres

El artículo 425 del Código Civil los refiere a aquellos bienes que fueron donados o dejados en testamento a los menores con la condición de que los padres no los administren. Tampoco entran en la administración aquellos bienes entregados por los padres para que se ejerzan una actividad u oficio. No mencionamos profesión, como lo hace confusamente el citado artículo, por cuanto, si se tratara de profesión el menor

habría salido a la capacidad en aplicación de lo dispuesto en el artículo 46 del Código Civil. Tampoco entran en la administración los bienes que han pasado a los hijos por la desheredación o indignidad en que ha incurrido sus padres tal como lo preceptúan los artículos 670 y 755 del mismo cuerpo legal. (Del Águila Llanos, 2019)

5.5 Concepto del consejo de familia

Se la describe como la reunión de parientes del incapaz para velar por sus intereses, en cuanto a su persona y patrimonio, y en esa medida es fiscalizador de los guardadores, sean estos tutores, curadores e incluso padres en el ejercicio de la patria potestad. Pero este concepto de la institución no nos impide tomar posición respecto a que, si bien es cierto el consejo está formado generalmente por familiares del incapaz, también lo es que el consejo puede estar integrado por personas ajenas al incapaz, cuando han sido convocadas por el padre o la madre del incapaz. Esta asamblea de parientes es presidida por un juez, quien convoca, dirige los debates, y preside las votaciones.

La nueva legislación del niño y adolescente ha concedido participación activa al adolescente en las reuniones del consejo, habiéndole dado voz y voto, así como ha contemplado la participación igualmente del niño, quien será escuchado con las restricciones propias de su edad. (Del Águila Llanos, 2019)

5.6 Formación e instalación del consejo de familia

Se trata de una institución temporal, en tanto que se reúne para una determinada gestión, los miembros pueden variar de una reunión a otra, pues bien el artículo 101 del Código de Niños y Adolescentes refiere que habrá consejo de familia para velar por la persona e intereses del niño o del adolescente que no tenga padre ni madre, o que se encuentre incapacitado conforme lo dispone el artículo 619 del Código Civil; esta

última referencia alude a los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre. También habrá consejo, aunque viva el padre o la madre en los casos que señala el código, y en efecto los artículos 341, 426, 427, 428, 433 y 460 del Código Civil prevén los casos en que estos supuestos, existiendo padre o madre, o ambos, rigen el consejo de familia. (Del Águila Llanos, 2019)

CAPÍTULO VI

EL PROCESO NO CONTENCIOSO Y EL DERECHO NOTARIAL

6.1 Noción de la jurisdicción voluntaria o no contenciosa

La jurisdicción voluntaria (o no contenciosa) es la que ejerce el juez en actos o asuntos que, o por su naturaleza o por el estado en que se hallan, no admiten contradicciones de parte, emanando su parte intrínseca de los mismos interesados, que acuden ante la autoridad judicial, la cual se limita a dar fuerza y valor legal a aquellos actos por medio de su intervención o de sus providencias, procediendo sin las formalidades esenciales de los juicios; ordenado de un modo determinado, que se propone como meta la solución de asuntos jurídicos no contenciosos de carácter privado, por aseguración y asistencia, en tanto ofrezca una respectiva necesidad de regulación jurídica y en la que no ofrecen discusión. (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019, p. 285)

Los procesos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria están previstos en la Sección Sexta del Código Procesal Civil, en los artículos 749 al 847.

En el proceso no contencioso no se concibe enfrentamiento de las partes, complejidad del problema sustancial, y actuación y confrontación de la prueba de las partes, sin la cual no pudiera resguardarse los derechos fundamentales, constitucionales y procesales de los justiciables; todo lo contrario, en los procesos no contenciosos se reclama la emisión de un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales que integre o acuerde eficacia a determinado estado de cosas o relación jurídica de carácter privada,

menos se podría pretender la generación de cosa juzgada, pue las decisiones son siempre de mera declaración, no de condena y mucho menos constituye nuevos derechos. (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019, p. 286)

6.1.1 Características de la jurisdicción voluntaria o no contenciosa

6.1.1.1 Introducción de la instancia

EL procedimiento no contencioso comienza en todas partes por un requerimiento. La asignación (citación) no entra en juego en principio. El requerimiento puede ser deducido por cualquier persona (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019, p. 288)

6.1.1.2 Participantes en el procedimiento

En este punto aparecen diferencias esenciales entre el proceso y el procedimiento no contencioso, la cuestión de la participación en este procedimiento está regulada con mucha más elasticidad. Además del requiriente, participantes son todos los interesados, es decir, las personas cuyos derechos puedan verse afectados por el resultado del procedimiento. Como regla, el tribunal debe convocarlos de oficio y pueden incorporarse al procedimiento y participar en él. (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019, p. 288)

En el procedimiento no contencioso, el principio de bilateralidad no es obligatorio. Pero, en realidad, esta observación no es válida más que en ciertos sistemas, donde se prescribe rigurosamente que el procedimiento no contencioso no será utilizado en caso de litigio. Sin embargo, también en ellos puede haber un adversario, por ejemplo: un tercero que se oponga a la promoción del asunto según dicho procedimiento. (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019)

6.1.1.3 Ausencia de contradicción

En la mayoría de los sistemas, la regla en el procedimiento no contencioso consiste en que no es obligatorio el principio de contradicción, que caracteriza el proceso. La ausencia de debates contradictorio es, pues, característica del procedimiento no contencioso, pero no constituye regla absoluta. (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019, p. 289)

6.1.1.4 Papel del juez

El juez actúa de oficio; no solamente da de oficio curso a la instancia y vigila el desarrollo regular del procedimiento, sino que debe intentar de oficio aclarar todas las circunstancias el asunto y todos los informes esenciales para la decisión a tomar acerca del requerimiento. En numerosos sistemas hay disposiciones expresas que prevén los derechos y los deberes de los jueces a este respecto. (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019, p. 289)

6.1.1.5 Diferencias existentes entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa

En la jurisdicción contenciosa la sentencia produce el efecto de cosa juzgada, de cuyo principio se deducen tres reglas que dominan el procedimiento: a) las partes no pueden someter nuevamente resolución judicial una cuestión ya resuelta; b) las partes no pueden poner en cuestión la validez del procedimiento en que se hubiera dictado el fallo; c) el juez no puede modificar su sentencia. (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019, p. 289)

Por el contrario, en la jurisdicción voluntaria el pronunciamiento no tiene el efecto de cosa juzgada, y el acto puede ser revisado nuevamente.

En la jurisdicción contenciosa, la resolución del juez es solo declarativa, en el sentido de que se limita constatar relaciones preexistentes, y, por ello, debe aceptar el debate como las partes lo presentan; en la voluntaria, en cambio, se trata de un acto que solo tienen apariencia de sentencia, porque emana del juez o magistrado. (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019, p. 289)

Se dice que la jurisdicción contenciosa no se ejerce *inter volentes,* sino *inter nolentes;* Por el contrario, la jurisdicción voluntaria se ejerce entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta, por ello se dice que se ejerce *inter volentes.* (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019, p. 289)

En la contenciosa, el juez procede con conocimiento legítimo; y en la voluntaria, con conocimiento informativo; es decir, en el primer caso, el juez actúa como consecuencia de un conocimiento personal; en cambio, en el segundo, lo hace solo en base de los informes de los interesados. (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019, p. 289)

La contenciosa se ejerce pronunciando un fallo con arreglo a lo que resulta de lo expuesto y aprobado por las partes, mientras que en la voluntaria el pronunciamiento solo tiene por objeto, dar autenticidad a un acto o certificar el cumplimiento de algún requisito de forma. (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019, p. 290)

6.1.2 Trámite del proceso no contencioso

El trámite del proceso no contencioso en general es el siguiente:

6.1.2.1 Una vez presentada la solicitud el juez calificará, debiendo pronunciarse sobre su inadmisibilidad o improcedencia (arts. 551-primer párrafo- y 752 del C.P.C.).

6.1.2.2 Se declara inadmisible la solicitud, concederá al solicitante tres días para que

subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución en inimpugnable (arts. 551-segundo párrafo- y 752 del C.P.C.).

6.1.2.3 Si declara improcedente a solicitud ordenará la devolución de los anexos presentados (arts. 551-últtimo párrafo- y 752 del C.P.C.).

6.1.2.4 En caso de declarar admisible la solicitud, fijará el juez la fecha para la audiencia de actuación y declaración judicial, la que debe realizarse dentro de los 15 días siguientes, salvo los dispuesto en el artículo 758 del Código Procesal Civil, referido a los plazos especiales de emplazamiento (art. 754-primer párrafo- del C.P.C.).

6.1.2.5 El emplazado con la solicitud puede formular contradicción dentro de cinco días de notificado con la resolución admisoria, anexando los medios probatorios, los que se actuarán en la audiencia de actuación y declaración judicial (art. 753 del C.P.C.), esta audiencia, dicho sea de paso, según el artículo 760 del Código Procesal Civil, se regula, supletoriamente, por lo dispuesto en el indicado Código para la audiencia de pruebas (arts. 202 al 211 del C.P.C)

6.1.2.6 De haber contradicción, el juez ordenará la actuación de los medios probatorios que la sustentan. Luego si se solicita, concederá al oponente o a su apoderado cinco minutos para que la sustenten oralmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de tres días contados desde la conclusión de la audiencia (arts. 754-segundo párrafo-del C.P.C.).

6.1.2.7 Si no hubiera contradicción, el Juez ordenará actuar los medios probatorios anexados a la solicitud (art.754-tercer párrafo-del C.P.C)

6.1.2.8 Concluido el trámite, ordenará la entrega de copia certificada de lo actuado al

interesado, manteniéndose el original en el archivo del Juzgado, o expedirá la resolución que corresponda, si es el caso, siendo esta inimpugnable (art. 754-último párrafo, del C.P.C.). Es de destacar que las resoluciones finales que requieran inscribirse, se ejecutarán mediante oficio o partes firmados por el Juez, según corresponda (art. 762 del C.P.C.)

La resolución que resuelve la contradicción es apelable solo durante la audiencia. La que la declara fundada es apelable con efecto suspensivo, y la que la declara infundada, lo es sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida (sujetándose el trámite a lo normado en el art. 369 del C.P.C., que contempla la apelación diferida: art. 757 del C.P.C.). Si la contradicción hubiera sido resuelta fuera de la audiencia, es apelable dentro del tercer día de notificación (art. 755-primer párrafo- del C.P.C.)

La resolución que pone fin al proceso es apelable con efecto suspensivo (art. 755-últio párrafo- del C.P.C.)

Declarada fundada la contradicción el proceso quedará suspendido. En los demás, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 376 del Código Procesal Civil (que trata acerca del plazo y trámite de la apelación de autos con efecto suspensivo). Éste último trámite también se aplica a la apelación de la resolución final. Ello según el artículo 756 del Código Procesal Civil. (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019, p. 296-297)

6.1.3 La decisión judicial en la jurisdicción voluntaria o no contenciosa

En las resoluciones que se dictan en un procedimiento judicial no contencioso, los jueces no juzgan ni prejuzgan. Se limitan a fiscalizar si lo que ha afirmado el peticionante es *prima facie* cierto, con arreglo a la justificación que el mismo

suministra. Es una tarea de simple, verificación externa, unilateral, formal.

Cuando el cumplimiento de la jurisdicción voluntaria supone la obtención de una anuencia prescrita por la ley, tal como acontece en las venias o autorizaciones judiciales, el contenido del acto es de mera fiscalización. El juez acuerda o niega la autorización con los elementos que tiene a la vista. La ley no le exige más que eso. Su decisión no juzga rigurosamente en el sentido jurídico de la palabra, sino en su sentido meramente lógico o formal. (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019, p. 298)

En el proceso no contencioso, las resoluciones finales que requieran inscribirse, se ejecutarán mediante oficio o partes firmados por el juez, según corresponda. Así lo determina el artículo 762 del Código Procesal Civil.

6.1.4 Intervención del Ministerio Público en el Proceso No Contencioso

Se colige del texto del artículo 759 del Código Procesal Civil que el Ministerio Público será notificado con las resoluciones que se expidan en cada proceso, para los efectos de velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia. Tal función del Ministerio Público estaba recogida en el inciso 2) del artículo 159 de la Constitución Política de 1993, norma que prácticamente reproduce el primero de los dispositivos constitucionales mencionados. (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019, p. 299)

En los casos en los que se produzca la intervención del Ministerio Público, éste no emitirá dictamen, de conformidad con el artículo 759 del CPC.

6.2 Concepto de derecho notarial

El conjunto de normas legislativa, reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial constituye el derecho notarial. Forman igualmente parte de esta rama del derecho las reglas que rigen la intervención del notario, que modelan su actividad y determinan su trascendencia jurídica. (Tambini Ávila, 2010)

El derecho notarial se encuentra dentro del derecho de las formas, pues pertenece a aquellas formas escritas-documentales que requieren la intervención de un funcionario público llamado notario. Advierte que la función documental, accesoria en otros funcionarios públicos, es en el notario, función principal. (Tambini Ávila, 2010)

Es un sistema jurídico que tiene por objeto regular la forma jurídica y la autenticidad de los negocios y demás actos jurídicos para la realización pacífica del derecho y su autonomía deriva de tres factores: diversidad de la materia, normatividad típica y principios propios; con el objeto de lograr la seguridad y permanencia en las situaciones jurídicas a que la misma se aplica. Además, asegura la vida de los derechos en la normalidad, mediante la autenticación y legalización de los hechos (Tambini Ávila, 2010)

6.2.1 Objeto

El objeto del derecho notarial es regular la actuación del notario, la función notarial y la teoría formal del instrumento público velando por la aplicación de la legislación notarial en su integridad, así como el de leyes conexas. (Tambini Ávila, 2010)

6.3 Fines

Sus fines son los siguientes

6.3.1 Garantizar los procedimientos solemnes para observar el derecho y conseguir

la adaptación de conductas libres y justas al ordenamiento jurídico.

6.3.2 Asegurar los derechos de las personas en plena armonía, con entera libertad, autenticando y legalizando los hechos jurídicos que dan nacimiento a determinados derechos, previniendo el litigio sin coacción y en forma pacífica.

6.3.3 Sistematizar los distintos procedimientos empleados en el cumplimiento y observancia de las formas establecidas en la ley.

6.3.4 Generar doctrina que fundamente la actuación notarial, recopilar la jurisprudencia existente, recoger los usos y costumbres originados por la aplicación práctica del quehacer notarial.

6.3.5 Promover la debida aplicación del derecho, mediante el empleo de las formas en instrumentos públicos.

6.3.6 Instruir a los notarios, personal auxiliar de los mismos, abogados y usuarios para un mejor desenvolvimiento de la práctica notarial. (Tambini Ávila, 2010)

6.4 Importancia

El derecho notarial es importante, pues ayuda a sistematizar todos los aspectos de la función notarial, Además contribuye al desarrollo de las instituciones jurídicas notariales, estableciendo la interrelación con otras ramas jurídicas, complementando el ejercicio de derecho civiles dotándolos de solemnidad, seguridad, certeza, simplicidad, vigencia, permanencia, conservación y eficacia. (Tambini Ávila, 2010)

Brinda seguridad jurídica previniendo el litigio, garantizando la eficacia de los actos jurídicos celebrados ante el notario, también perenniza los hechos contenidos en instrumentos a través del tiempo, respalda la fe pública que ostenta el notario y permite que los actos jurídicos que se pretendan oponer ante terceros gocen de este beneficio.

(Tambini Ávila, 2010)

6.5 Asuntos no contenciosos

El 22 de setiembre de 1996 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, Ley N° 26662, que amplía la función notarial al conocimiento, tramitación y solución de determinados asuntos no contenciosos. (Tambini Ávila, 2010)

En efecto, por medio de esta ley se concedió a los notarios la facultad de tramitar una serie de asuntos no contenciosos que también se tramitan en la vía judicial.

Recordemos que los procesos no contenciosos son aquellos procesos en los que no existe situación de conflicto de intereses o litigio entre las partes, es decir no hay demandante y demandado, pudiendo acudir a un juez o un notario y solicitar su intervención para el perfeccionamiento o legalización de determinados actos. (Tambini Ávila, 2010)

6.5.1 Asuntos no contenciosos que se tramitan ante notario

De conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley N° 26662, los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante notario para tramitar, según corresponda, los siguientes asuntos: (Tambini Ávila, 2010)

6.5.2 Rectificación de partidas.

6.5.3 Adopción de personas capaces.

6.5.4 Patrimonio familiar.

6.5.5 Inventarios.

6.5.6 Comprobación de testamentos.

6.5.7 Sucesión intestada.

6.5.8 Prescripción adquisitiva de dominio.

6.5.8.1 De predios.

6.5.8.2 De vehículos inmatriculados.

6.5.9 Formación de título supletorio para solicitar la primera inscripción de dominio.

6.5.10 Saneamiento del área, linderos y medidas perimétricas de terreno.

6.5.11 Separación convencional y divorcio ulterior conforme a la ley de la materia.

6.5.12 Reconocimiento-declaración unión de hecho.

6.5.13 Convocatoria a la junta obligatoria anual.

6.5.14 Convocatoria a junta general de accionistas.

Los asuntos no contenciosos según nuestra actual legislación se pueden extender en escrituras públicas o actas, según corresponda

6.6 Importancia

La tramitación de los asuntos no contenciosos vía notarial, a través del transcurso del tiempo, ha adquirido mayor importancia, debido a la descarga procesal respectiva del Poder Judicial y a la simplificación y celeridad en su tramitación; lo que beneficia directamente a los interesados en estos asuntos legales.

Son importantes también por el valor legal que ostentan las escrituras y actas notariales de asuntos no contenciosos, ya que cuentan con el mérito de autenticidad de los instrumentos públicos notariales protocolares y su plena eficacia.

El documento notarial es auténtico y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez. (Tambini Ávila, 2010)

6.7 Requisitos previos para iniciar trámites de asuntos no contenciosos

El trámite se inicia por petición escrita de los interesados o sus representantes,

señalando nombre, identificación, domicilio de todos los interesados o sus representantes, motivo de la solicitud, derecho que los asiste y fundamentación legal (artículo 5°, Ley N° 26662)

Es requisito indispensable el consentimiento unánime de los interesados ya que si alguno de ellos, en cualquier momento de la tramitación manifiesta oposición, el notario deberá suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado bajo responsabilidad al juez de paz letrado de turno del distrito correspondiente (artículo 6°, Ley N° 26662)

El notario podrá requerir a las autoridades su colaboración para obtener datos e informes que le sean indispensables para la tramitación de los asuntos no contenciosos.

Las solicitudes de inicio del trámite y los escritos que se presentan deben llevar firma de abogado (art. 14°, Ley N° 26662).

6.8 El notario y la fe pública

6.8.1 Fe pública

6.8.1.1 Desde un punto de vista epistemológico

Deriva del latín *fides*, que significa virtud fundamental del ser humano, que lleva en sí la expresión de seguridad, de aseveración, que una cosa es cierta, sea que se manifiesta, solemne o no, en cualquier orden privado o público.

También deriva de la palabra latina *facere*, que significa "crédito que se da a una cosa por el hecho de que es el funcionario o persona premunida de autoridad el que lo dice o lo hace"

6.8.1.2 Desde un punto de vista semántico

El Diccionario se refiere a la palabra pública en términos de lo que es: "Notario,

patente, visto o sabido por todos y registra el término fe pública otorgándole el significado de: “Autoridad legítima atribuida a notarios para que lo contenido en los documentos que expiden en debida forma se tenga por verdadero, salvo prueba en contrario” (Tambini Ávila, 2010)

6.8.1.3 Desde el punto de vista del conocimiento común de la gente

Fe, significa creer en aquello que no se ha percibido directamente por los sentidos. Por tanto, la fe significa para el común de las personas confianza, creer en algo. Desde un común entender, la fe pública es “una verdad oficial que se impone obligatoriamente”.

Llegamos a este punto podemos decir que, por tanto, para que la fe pueda ser pública, es decir, frente a todas las personas, necesita de la facultad legal para ser otorgada a determinados funcionarios, tanto del Estado como particulares. (Tambini Ávila, 2010)

6.8.1.4 Desde un punto de vista técnico-jurídico (en general)

La fe pública es un atributo del Estado, que tiene en virtud de *ius imperium* y que es ejercitada a través de los órganos estatales y del Notario”

Supone la existencia de una verdad oficial cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo cuya resolución queda a nuestro albedrío, sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autóctonamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social”. (Tambini Ávila, 2010)

6.9 Características de la función notarial

6.9.1 Personal

Esta función no puede ser delgada, el notario es el único investido de la facultad de dar fe pública.

6.9.2 Autónoma

El notario debe actuar siempre con objetividad e imparcialidad. Ni el Notario ni el notariado están sujetos a poderes de decisión extraños, ni al mandato imperativo de autoridad o a persona alguna. El notario al ejercer la función notarial, no presenta dependencia ni subordinación, no forma parte del aparato estatal y menos aún de la estructura administrativa del Estado. (Tambini Ávila, 2010)

6.9.3 Exclusiva

No se permite la delegación de facultades a servidores notariales, compartiendo el carácter de ser el personal. La función notarial es privativa del Notario.

Solamente mediante ley, le Estado, en ciertos casos y para supuestos jurídicos taxativos, habilita a otro funcionario para realizar una función equivalente. (Tambini Ávila, 2010)

6.9.4 Imparcial

El Notario no tiene compromiso con las partes, a las que debe de atender en condiciones de igualdad.

6.9.5 Probidad

El notario debe actuar con rectitud en todos los casos, o sea, inspirándose siempre en los valores fundamentales para que su actuar esté enmarcado en el bien. La probidad es el otro componente de la esencia de la fe pública, al ser consustancial a la legitimidad del acto notarial.

6.9.6 Técnica

En gran medida, la actuación eficaz y eficiente del Notario depende principalmente de la perfección de su tecnicismo. Como conocedor del Derecho, auxiliador y orientador del mismo, debe saber aplicar la ley a cada caso concreto que se le presente.

6.10 Garantías de la función notarial

6.10.1 Profesionalización

El notario es un profesional en Derecho y conocedor, por tanto, de la ciencia jurídica. En el caso peruano, el ejercicio de la función notarial exige ser profesional en derecho y haber aprobado previamente los exámenes establecidos por la legislación especial vigente. (Tambini Ávila, 2010)

6.10.2 Independencia

La función notarial es ejercida por un profesional que no tiene compromiso alguno con ningún gobierno de turno. Precisamente para preservar esta necesaria independencia el ingreso a la función notarial se realiza por méritos académicos. Durante el desarrollo de su función el Notario no depende de ninguna autoridad dentro del organigrama del Estado peruano. Si bien es cierto que ejerce una función pública, la desempeña en forma privada, supeditándose en su ejercicio al sistema legal peruano. (Tambini Ávila, 2010)

6.10.3 Imparcialidad

El Notario, siendo un profesional en Derecho, no debe olvidar que su obligación es hacer respetar el derecho y, por lo tanto, en el ejercicio de la función notarial debe asumir una posición neutral, lo que significa que no puede ni debe asesorar a una de las partes para perjudicar el derecho de la otra parte. Por el contrario, deberá explicar

al usuario por qué conviene cumplir con los requisitos que establece la ley, así como cuáles son las conveniencias que en el presente y en el futuro deparará a las partes. (Tambini Ávila, 2010)

6.10.4 Estabilidad e inamovilidad en el Ejercicio

El Notario, habiendo ingresado a la función notarial por Concurso Público, goza de la permanencia en el ejercicio de la función notarial, en tanto no incurra en ninguna de las causales de cese establecidas por la ley del notariado. (Tambini Ávila, 2010)

6.11 Deberes del Notario

Tal como lo señala el Decreto Legislativo del Notariado N°1049, son los deberes principales del Notario; cumplir con la legislación vigente, conducirse bajo los principios de veracidad, honorabilidad, objetividad, imparcialidad, diligencia y respeto a la dignidad de las personas, la Constitución y la Leyes. (Tambini Ávila, 2010)

Deberá además prestar su servicio a cuanta persona lo requiera, salvo se trate de actos contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, o cuando se le cause agravio o cuando no se cubran los honorarios y gastos. (Tambini Ávila, 2010)

Pues de no cumplir con tales deberes, los usuarios tienen el derecho de presentar ante el Colegio de Notarios al que el Notario Pertenece o ante el Consejo del Notariado del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos queja o denuncia, cuando por alguna razón considere que el notario no ha realizado sus funciones de acuerdo a ley. Tomando en cuenta además que, con la finalidad de garantizar más un este derecho de los usuarios, dicho procedimiento es gratuito, teniendo pues para ello un plazo de 05 años desde que se cometieron los hechos materia de la queja o denuncia. (Tambini Ávila,

2010)

6.12 Trámite de la queja o denuncia contra notario

6.12.1 Queja por escrito acompañando las pruebas que correspondan, ante el Colegio de Notarios o ante el Consejo del Notariado.

6.12.2 La tramitación se encuentra a cargo del Tribunal de Honor del Colegio de Notarios que corresponda al lugar de localización del notario.

6.12.3 Se le solicita al notario un descargo en el plazo de 10 días hábiles.

6.12.4 El Tribunal del Honor resuelve sobre la Apertura del Procedimiento Disciplinario. Si se declara la apertura de señalan los cargos por los que se inicia la investigación. En caso declare la no apertura de procedimiento, el quejoso puede apelar la decisión ante el Consejo del Notariado para que prosiga el trámite de la queja.

6.12.5 El Fiscal del Colegio de Notarios realiza la investigación de los hechos y emite su dictamen en el plazo de 45 días prorrogables.

6.12.6 Resolución del Tribunal de Honor del Colegio de Notarios, declarando fundado o infundado la queja.

6.12.7 La resolución del Tribunal de Honor del Colegio de Notarios puede ser apelada presentando por escrito ante el mismo órgano, en el plazo de 15 días hábiles, para que el expediente sea elevado al Consejo del Notariado que resuelve en segunda instancia, como Tribunal de Apelaciones.

6.12.8 Con la Resolución de Consejo del Notariado se pone fin a la vía administrativa.

CAPÍTULO VII

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

7.1 Presentación de resultados

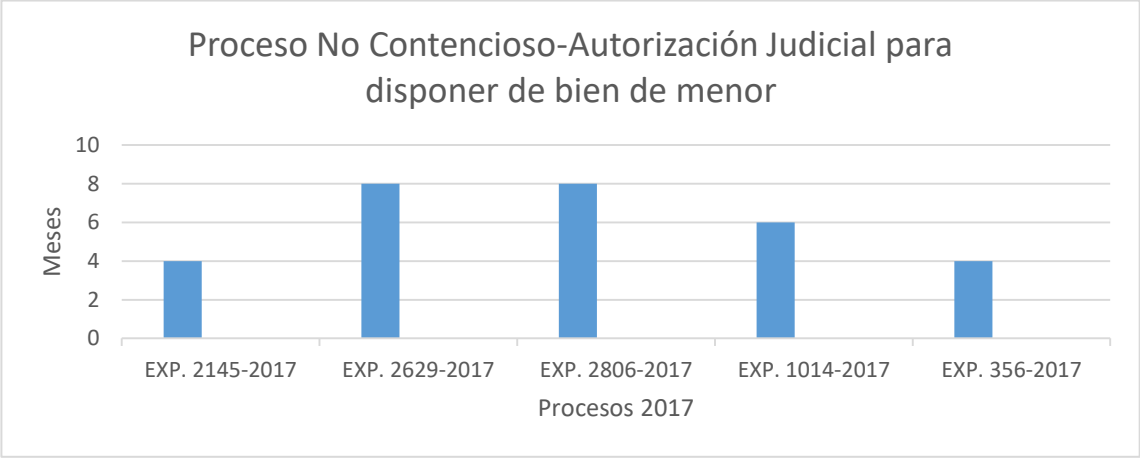
Del análisis y revisión de los procesos no contenciosos sobre autorización judicial para disponer bien de menor, tenemos como resultado que el órgano jurisdiccional demora entre un mes y más de un año en resolver este tipo de solicitudes; plazo que corren desde el ingreso del expediente, la declara fundada y se dicta el auto final, tomando además en cuenta que no es un proceso que implique una serie de actos procesales, pues por el contrario, solo que se busca dar la autenticidad a un acto o certificar algún requisito de forma, y más aún en dicha autorización se busca que se corrobore que existe la necesidad de que el patrimonio del menor sea utilizado en su beneficio.

Por otro lado, del estudio realizado se tiene, que en la vía notarial, el plazo para resolver estas solicitudes, sería entre quince días y un mes, tiempo prudente para determinar si es necesario y urgente disponer del bien de un menor. Este plazo propuesto se sustenta atendiendo que la solicitud contiene intereses de un menor y tomando en cuenta los plazos ya dispuestos para los otros procesos llevados ante esta vía.

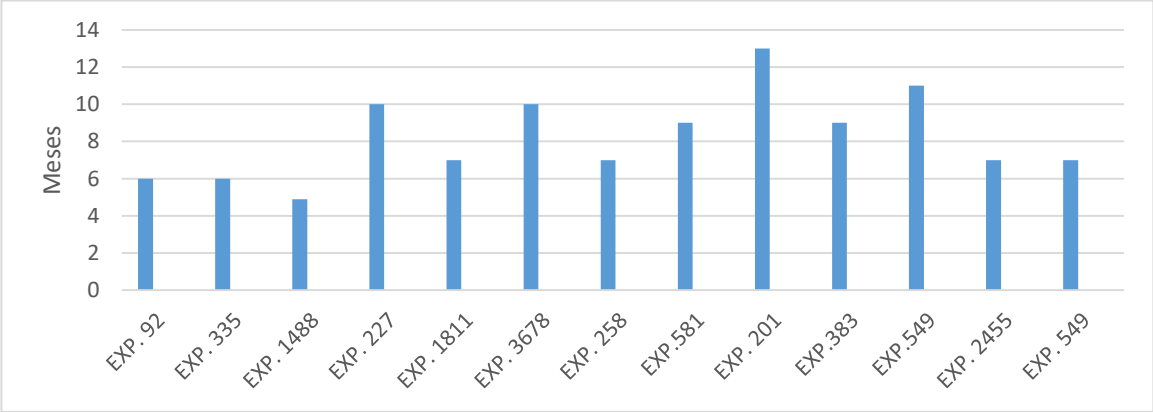
Por lo que, resulta ilógico que el órgano jurisdiccional se tome tanto tiempo en atender la solicitud para disponer del bien de menor; ya que en dicho tiempo se pueden afectar derechos fundamentales, como el derecho a la salud, alimentación, educación, y otros que tiene reconocido el menor.

Por lo tanto, se puede tener la certeza que la vía notarial, es la opción más viable para evitar este tipo de inconvenientes, que impliquen sanciones para los jueces, pero sobre todo protección y garantía del cumplimiento de los derechos de los menores; pudiendo evaluar la situación en menor tiempo, y no como sucede actualmente con la vía judicial, tal como apodemos apreciar en los siguientes expedientes evaluados en los años 2017 y 2018 de La Corte Superior de Cajamarca.

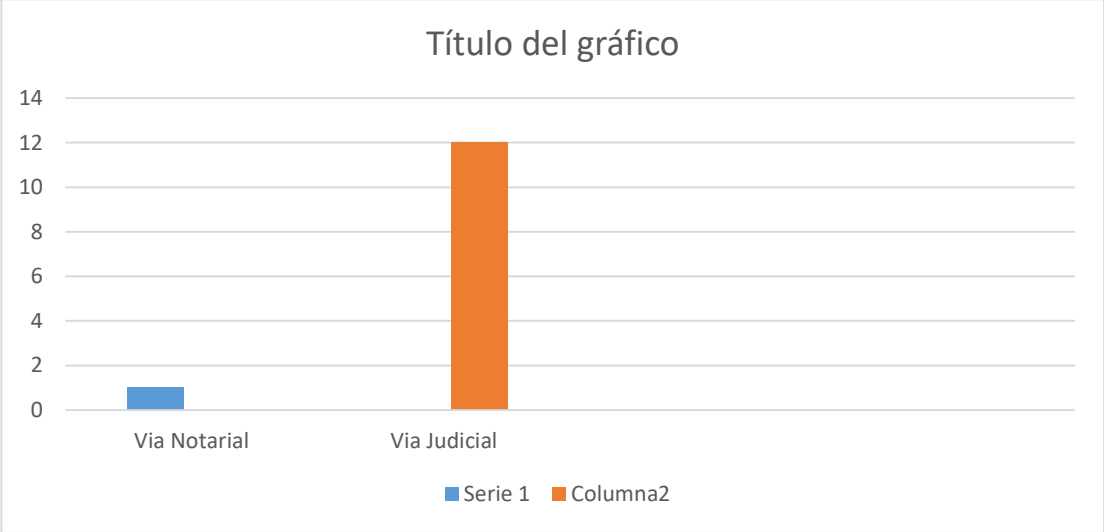
Pata efecto, se procede a presentar los resultados obtenidos de los siguientes años, iniciaremos por el año 2017, donde tenemos:



Seguidamente, los procesos analizados durante el año 2018, evidencian los siguientes resultados:



Habiendo analizado en cada expediente, el tiempo que se toma el Órgano Jurisdiccional en decidir si se debe disponer del bien de un menor, y teniendo en cuenta los plazos de los procesos llevados en la vía notarial, resulta conveniente que facultativamente se permita tramitarlos en ésta última vía, ya que en ella tardaría entre quince y treinta días, plazo que incluso puede llegar a ser menor, tomando en cuenta que se trata de un menor al que hay que prestar una atención preferencial con el propósito de garantizar y salvaguardar sus derechos. Además respecto del costo, implicaría también un beneficio, pues implicará un único gasto; ya que conforme a la realidad de la función que realiza el notario, éste no inicia el trámite si considera que no cumple con los requisitos obligatorios para realizar los procesos permitidos por la Ley Notarial, lo cual no será diferente al momento de solicitar la autorización para disponer del bien de menor.



7.2 Discusión de resultados

Respecto al problema de investigación de la presente tesis, se tiene que no existen muchos estudios o investigaciones sobre el tema; sin embargo, en nuestra legislación existe una tesis denominada “Propuesta Legislativa a la Ley 26662 para la autorización Notarial de Disposición de bien de menores e incapaces”, la que tiene como objeto principal dicha regularización, y como específicos describir los beneficios de ello.

No alejándonos mucho del fin de la tesis antes mencionada, con la presente hemos intentado por el contrario evaluar si la inserción de la autorización para disponer de bien de menor en la competencia notarial, permite garantizar los derechos del menor contenidos no solo en nuestra Constitución y Legislación sino en las diversas normas ya antes descritas en los capítulos anteriores; todo en base al Interés Superior del Niño y/o adolescente.

Como hemos podido apreciar del análisis de los resultados, se tiene que la autoridad jurisdiccional demora en resolver este tipo de solicitudes, considerando que se extienden demasiado para el fin que busca dicho proceso; pues atendiendo que estas proceden solo y cuando se trate de una necesidad urgente que permita garantizar el bien y desarrollo del menor; y que de no permitirse dicha disposición del patrimonio del menor puede existir consecuencias tales como no poder atender a tiempo su salud, alimentación, educación u otros derechos que se le amparan como tal.

La tesis que se ha mencionado en las primeras líneas, a pesar de haberse enfocado en las consecuencias que afectan al menor, se ha fijado más en el ámbito notarial,

resaltando la manera en que se realizaría el proceso, lo cual no es incorrecto, pero lo importante es ver si dicha implementación a la Ley N° 26662, ayudará no solo a descongestionar la carga del Poder Judicial, sino de manera primordial, determinar si esta garantizará la protección de los derechos del menor, atendiendo en el tiempo prudente estas solicitudes, confiando en la capacidad del notario al analizar si el estado de necesidad del menor amerita permitir que se realice la disposición de sus bienes.

CONCLUSIONES

1. La inserción de la autorización para disponer de un bien de menor, dentro de los asuntos no contenciosos de la competencia notarial, garantiza los derechos fundamentales del menor como es el de la salud, educación alimentación, entre otros que involucren su integridad y desarrollo; pues en la vía notarial, se puede atender de manera rápida dichas solicitudes, tomando en cuenta el estado de necesidad e incluso la vulnerabilidad a la que pueden verse expuestos, confiando en el criterio correcto del notario en base al Interés Superior del Niño y del Adolescente.
2. El estado de necesidad en que se encuentra el menor debe ser valorado tanto por el órgano jurisdiccional y el notario (de ser el caso), para admitir la solicitud para disponer de los bienes de un menor, solo cuando el solicitante haya podido demostrar que resulta necesario y urgente disponer del patrimonio del menor para satisfacer sus necesidades y proteger sus derechos; es decir, cuando implique o comprometa satisfacer sus derechos tales de salud, alimentación, educación y no exista otra manera de poder hacerlo.
3. Insertar la autorización para disponer del bien de menor, dentro de los asuntos no contenciosos en vía notarial, tiene varios beneficios entre ellos que las solicitudes sean atendidas de manera rápida y eficaz, evitando perjudicar a los menores con la dilatación de los procesos; además ayudará al órgano jurisdiccional con la carga procesal, y a las partes los beneficiará respecto de los costos y costas que implican dentro de la vía judicial.

4. Se ha demostrado que existe un amplio margen de diferencia entre la tramitación en vía judicial y la notarial, puesto que en la primera demora entre un mes y un año en resolver las solicitudes; sin embargo, en la vía notarial, teniendo en cuenta su naturaleza y los plazos de los otros procesos contenidos en ésta Ley, el promedio del tiempo para resolver éste tipo de solicitudes es entre quince días y un mes, lo que implica también menores gastos.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los futuros investigadores, que se profundice respecto al tema desarrollado en esta tesis, respecto de la importancia que tiene el desarrollo integral del niño y del adolescente, específicamente lo relacionado con sus asuntos patrimoniales; lo que además puede conllevar a la proposición de una Ley en la que se determinen plazos menores para resolver este tipo de solicitudes.

2. Se exhorta en futuras investigaciones a que busquen determinar la razón o las causas por la que el órgano jurisdiccional demora en resolver este tipo de solicitudes para disponer del bien de un menor, teniendo en cuenta que si se solicitaría en la vía notarial este tiempo sería menor.

LISTA DE REFERENCIAS

Aguilar Llanos, B. (2013). Derecho de Familia. Ediciones Legales

Bermúdez Tapia, M. (2019). *La Evaluación Constitucional De Derechos En El Derecho de Familia.* Gaceta Jurídica

Bermúdez Tapia, M. (2019). *La Evaluación Constitucional De Derechos En El Derecho de Familia.* Gaceta Jurídica

Bermudez Tapia, M. y Pinedo Aubián, M. (2019). *El Proceso de Familia. Un tratamiento Realista Del Conflicto Familiar.* Gaceta Jurídica.

Cabanellas, G. (1994), Diccionario enciclopédico de Derecho Usual. Argentina: Heliasta.

Castillo Córdova, Luis. (2019). *El Derecho Constitucional Creado Por El Tribunal Constitucional.* Gaceta Jurídica.

Del Águila Llanos, J. (2019). Patria Potestad, Tencia y Régimen de Visitas. Ubi Lex Asesores.

Diccionario de la Real Academia Española de la lengua (2014) (23 ed.). España

División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. (2019). *Guía Total de Procesos Civiles. De Consulta Rápida para el Abogado Litigante.*Tomo II. Gaceta Jurídica.

Plácido Vilcachahua, A. (noviembre, 2017). La responsabilidad parental y la autonomía progresiva del hijo en la determinación del interés superior del niño para la solución de litigios contra los padres. *Gaceta Jurídica.*

Tambini Ávila, M. (2010). *Manual del Derecho Notarial.* Lima Perú. Grijley

Torres Carrasco, M. (coordinador). (2014). Patria Potestad, Tenencia y Alimentos.

Lima. Gaceta Jurídica

Salazar Puente de la Vega, M. (2007). *Protocolo Notarial.* Grijley