

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**Facultad de Derecho y Ciencia Política**

**Carrera Profesional de Derecho y Ciencia Política**



**CRITERIOS JURÍDICOS QUE UTILIZAN LOS JUECES DE PAZ LETRADO  
DEL DISTRITO DE CAJAMARCA PARA OTORGAR LA ASIGNACIÓN  
ANTICIPADA DE ALIMENTOS DE OFICIO, DURANTE EL AÑO JUDICIAL  
2017**

**Tesis para optar el Título Profesional de Abogado**

**Presentada por:**

Bach. Carrasco Calua Saira Lizeth.

Bach. Graus Villanueva Paola Marilú.

**Asesor:**

Palomino Correa Otilia Loyita

**Cajamarca – Perú**

**2019**

COPYRIGHT 2019 © by

Bach. Carrasco Calua Saira Lizeth

Bach. Graus Villanueva Paola Marilú

Todos los derechos reservados.

## DEDICATORIA

*A Dios Padre, por la vida, sabiduría y perseverancia para caminar en esta vida y cumplir todos y cada uno de nuestro sueños y metas trazadas: he aquí el resultado de una de ellas.*

*A nuestros padres y hermanos por su motivación, apoyo constante, por la paciencia, esto es para ustedes.*

*A nuestros amigos, quienes no solo me apoyaron con la búsqueda de información sino también por dejarme el tiempo suficiente para desarrollar la presente investigación.*

## **AGRADECIMIENTO**

*A nuestros docentes y asesores temáticos y metodológicos, por la paciencia en la absolución de cada una de las consultas y por la revisión de la presente investigación en sus distintas etapas, lo cual evidencia su calidad de profesionales.*

## ÍNDICE

DEDICATORIA .....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
ÍNDICE .....	v
RESUMEN.....	ix
ABSTRAC .....	x
CAPÍTULO I.....	1
INTRODUCCIÓN .....	1
1. MARCO METODOLÓGICO .....	1
1.1. El problema de investigación .....	1
1.1.1. Planteamiento del problema de investigación .....	1
1.1.2. Formulación del problema .....	2
1.1.3. Justificación de la investigación.....	2
1.1.3.1. Justificación socio-jurídica.....	2
1.1.3.2. Justificación teórica.....	2
1.2. Objetivos de la investigación .....	3
1.2.1. Objetivo general .....	3
1.2.2. Objetivos específicos.....	3
1.3. Hipótesis de la investigación.....	4
1.3.1. Operacionalización de las variables .....	1
1.4. Metodología de la investigación.....	1
1.4.1. Aspectos generales .....	1
1.4.1.1. Enfoque .....	1
1.4.1.2. Tipo .....	1
1.4.1.3. Diseño .....	1
1.4.1.4. Dimensión temporal y espacial .....	2
1.4.2. Aspectos específicos .....	2
1.4.2.1. Unidad de análisis, universo y muestra.....	2
1.4.2.1.1. Unidad de análisis .....	2
1.4.2.1.2. Universo .....	2
1.4.2.1.3. Muestra.....	3
1.4.3. Métodos.....	3
1.4.4. Técnicas de investigación.....	3

1.4.5.	Instrumentos .....	4
1.4.6.	Técnicas estadísticas de procesamiento para el análisis de datos.....	4
1.4.7.	Limitaciones de la investigación .....	4
1.5.	Aspectos éticos de la investigación .....	4
CAPÍTULO II .....		5
MARCO TEÓRICO.....		5
2.1.	Antecedentes de la investigación .....	5
2.2.	Teorías que sustentan la investigación .....	7
2.2.1.	Principio del Interés Superior del Niño.....	7
2.2.2.	Teoría de la argumentación jurídica y su papel en la construcción del razonamiento de las decisiones judiciales.....	9
2.3.	Bases Teóricas de la investigación.....	10
2.3.1.	La medida cautelar de asignación anticipada de alimentos en el derecho nacional y comparado.....	10
2.3.1.1.	El derecho cautelar en el Perú.....	10
2.3.1.1.1.	La tutela jurisdiccional y la tutela cautelar.....	10
2.3.1.1.2.	La finalidad de la tutela cautelar .....	12
2.3.1.1.3.	La medida cautelar .....	13
2.3.1.1.4.	Presupuestos de la medida cautelar .....	14
2.3.1.1.4.1.	Verosimilitud del derecho invocado.....	14
2.3.1.1.4.2.	El peligro por la demora del proceso.....	16
2.3.1.1.4.3.	La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión	17
2.3.1.1.5.	Características .....	18
2.3.1.1.6.	Clases .....	21
2.3.1.2.	Las medidas cautelares en el derecho comparado.....	23
2.3.1.2.	Las medidas cautelares en el derecho chileno.....	23
2.3.1.3.	Las medidas cautelares en el derecho colombiano.....	25
2.3.2.	El vínculo existente entre el principio del interés superior del niño y adolescente con el derecho alimentario .....	27
2.3.2.1.	Reconocimiento del principio del interés superior del niño y adolescente en el derecho internacional y conceptualización.....	27
2.3.2.2.	Elementos fundamentales del interés superior de los niños y niñas.....	29
2.3.2.3.	El derecho de alimentos del menor de edad .....	33
2.3.2.3.1.	Naturaleza jurídica del derecho de alimentos.....	33
2.3.2.3.2.	Características del derecho de alimentos.....	34
2.3.2.3.3.	Criterios para fijar la pensión de alimentos.....	36
2.3.2.4.	Relación existente entre el principio del interés superior del niño y adolescente con el derecho alimentario .....	37

2.3.3.	Análisis de la Ley N° 29803, que modifica los artículos 608° y 675° del Código Procesal Civil .....	39
2.4.	Discusión teórica.....	41
2.5.	Definición de términos básicos .....	42
2.5.1.	Alimentos .....	42
2.5.2.	Asignación anticipada .....	43
2.5.3.	Proceso de alimentos .....	43
2.5.4.	Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente .....	44
CAPÍTULO III.....		45
CRITERIOS JURÍDICOS UTILIZADOS POR LOS JUECES DE PAZ LETRADO DEL DISTRITO JUDICIAL DE CAJAMARCA PARA OTORGAR LA ASIGNACIÓN ANTICIPADA DE ALIMENTOS DE OFICIO .....		45
3.1.	El carácter positivista de la norma, como norma-regla .....	45
3.1.1.	Positivismos clásico.....	45
3.1.2.	Positivismos moderno.....	47
3.1.3.	Manifestación del positivismo en el derecho de familia y derecho alimentario .....	48
3.2.	El contenido del interés superior del niño, como principio.....	50
3.2.1.	Orígenes .....	50
3.2.2.	Funciones del Principio del Interés Superior del Niño.....	54
3.2.3.	Hacia una conceptualización del principio del interés superior del niño .....	57
3.2.4.	Naturaleza jurídica del principio del interés superior del niño, como principio .....	59
3.2.4.1.	Como principio garantista .....	59
3.3.	El carácter funcional y regulador del derecho.....	61
3.3.1.	El derecho como instrumento regulador .....	66
CAPÍTULO IV .....		70
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....		70
4.1.	Presentación de resultados .....	70
4.1.1.	Resultados de expediente analizados en el Sexto Juzgado de Paz Letrado.....	71
4.1.2.	Resultados de expediente analizados en el Segundo Juzgado de Paz Letrado .....	73
4.1.3.	Resultados de expediente analizados en el Tercer Juzgado de Paz Letrado .....	74
4.2.	Análisis, interpretación y discusión de resultados.....	77
4.2.1.	Respecto del sexto juzgado de paz letrado.....	78
4.2.2.	Respecto del segundo juzgado de paz letrado .....	79
4.2.3.	Respecto del tercer juzgado de paz letrado .....	80
4.3.	Contrastación de hipótesis.....	82

CONCLUSIONES .....	83
RECOMENDACIONES .....	85
LISTA DE REFERENCIAS .....	86

## RESUMEN

La presente tesis surge a raíz de que la modificatoria dada el 06 de noviembre del año 2011, a través de la Ley N° 29803 - Ley que modifica los artículos 608° y 675° del Código Procesal Civil, referidos a la competencia del juez para dictar medida cautelar y asignación anticipada de alimentos; siendo lo más significativo en esta norma la obligación que recae sobre el juez de otorgar de oficio, la medida de asignación anticipada de alimentos cuando esta no ha sido requerida dentro de los tres días de notificada la resolución que admite a trámite la demanda, cuando se trate de hijos menores de edad con indubitable relación familiar con el demandado. En este contexto, esta investigación indaga en los criterios jurídicos que utilizan los jueces de paz letrado (órganos jurisdiccionales competentes en procesos de alimentos) para otorgar la asignación anticipada de alimentos, cuando esta medida no haya solicitada por la parte demandante. Buscamos conocer cómo el juez interpreta y fundamenta sus resoluciones; en caso contrario, estaríamos frente a situaciones que además de vulnerar principios del derecho -tales como el principio de legalidad- estarían atentando contra el principio del interés superior del niño. Para lograr ello, hemos creído conveniente desarrollar la institución de la medida cautelar de asignación anticipada, así como la manifestación directa del derecho de alimentos como parte del principio del interés superior del niño, así como la revisión directa de las resoluciones judiciales del año 2017, que conceden este tipo de medida en aplicación a la ley; todo ello, guiadas por el método cualitativo, siendo una investigación básica y de *lege data*, de diseño descriptivo.

**Palabras claves:** Ley N° 29803, medida cautelar, asignación anticipada de alimentos, actuación de oficio, principio del interés superior del niño, derecho de familia.

## ABSTRAC

The purpose of this thesis arises as a result of the modification given on November 6, 2011, where Law N ° 29803 was published, a law that modifies articles 608 and 675 of the Civil Procedure Code, which a they refer to the jurisdiction of the judge to issue precautionary measures and advance food allowance; being the most significant in this rule the obligation that falls on the judge to grant ex officio, the measure of anticipated allocation of food when it has not been requested within three days of notification of the decision that admits processing the claim, when try underage children with indubitable family relationship with the defendant. Given this provision what is intended, the development of this research work, is to determine the legal criteria used by judges of peace counsel (jurisdictional bodies competent in food processes) to grant the advance allocation of food, when this measure has not logically requested by the plaintiff, in this sense we seek to know how the judge interprets and bases its decisions, otherwise we would be faced with situations that in addition to violating principles of law such as the principle of legality, would be directly attacking the principle of the best interest of the child. In order to achieve this, it has been deemed convenient to develop the institution of the precautionary measure for early assignment, as well as the direct manifestation of the right to maintenance as part of the principle of the best interests of the child, as well as the direct review of the judicial resolutions of the year 2017, that grant this type of measure in application of the law; all of them guided by the qualitative, basic and lege data method, of descriptive design.

**Key Words:** Law No. 29803, precautionary measure, advance food allowance, ex officio action, principle of the best interests of the child, family law.

# **CAPÍTULO I**

## **INTRODUCCIÓN**

### **1. MARCO METODOLÓGICO**

#### **1.1. El problema de investigación**

##### **1.1.1. Planteamiento del problema de investigación**

En los procesos de alimentos a favor de hijos menores de edad existe una medida temporal que concede dicho derecho de manera anticipada. En este caso, el Juez de Paz Letrado admite la demanda y señala un monto de dinero que el obligado pagará por mensualidades adelantadas hasta que se fije el monto definitivo con la emisión de la sentencia. La medida es aplicada de oficio desde el año 2011, y se ordena siempre a favor de menores de edad con indubitable vínculo familiar con el demandado.

En la práctica, la parte demandante solicita alimentos a favor de menores de edad —con indubitable vínculo familiar con el demandado—, omitiendo solicitar la asignación anticipada de alimentos; debiendo ser el órgano jurisdiccional competente quien de oficio disponga tal medida, debiendo determinar si de verdad se cumple con dicha disposición, y de manera adicional conocer la justificación del juez, reflejada en los criterios que se buscan proponer para sustentar sus resoluciones. En caso

contrario, el juez estaría lesionando los principios que orientan el derecho de familia y entre ellos el principio interés superior del niño.

### **1.1.2. Formulación del problema**

¿Cuáles son los criterios jurídicos utilizados por los Jueces de Paz Letrado del Distrito de Cajamarca para otorgar la asignación anticipada de alimentos de oficio, durante el año judicial 2017?

### **1.1.3. Justificación de la investigación**

#### **1.1.3.1. Justificación socio jurídica**

Los niños, niñas y adolescentes constituyen una de las poblaciones más vulnerables en el Perú, pues por su propia condición de menores de edad requieren de cuidado, protección y orientación; debiendo el estado peruano garantizar sus derechos y, entre estos, el derecho a los alimentos. Si bien la norma regula el reconocimiento de este derecho, incluso de manera anticipada a través de la medida cautelar de asignación anticipada de alimentos, el presente proyecto se justifica en poder determinar si, durante el año 2017, en el distrito de Cajamarca esta medida cautelar es aplicada de oficio por el juez competente, siendo los beneficiados los hijos menores de edad con indubitable vínculo familiar con el demandado.

#### **1.1.3.2. Justificación teórica**

Desde el punto de vista teórico el presente proyecto de investigación, se justifica en la medida de que, con la presente investigación y con

los resultados obtenidos se determinará si la regulación actual es aplicada por los jueces que laboran en el Distrito de Cajamarca. Para tal efecto, se establecerán los criterios jurídicos sobre la base de la motivación de las resoluciones de los jueces paz letrado, lo cual constituirá un gran aporte a los operadores del derecho.

## **1.2.Objetivos de la investigación**

### **1.2.1. Objetivo general**

Determinar los criterios jurídicos que utilizan los Jueces de Paz Letrado del Distrito de Cajamarca para otorgar la asignación anticipada de alimentos de oficio, durante el año judicial 2017.

### **1.2.2. Objetivos específicos**

**1.2.2.1.** Desarrollar la medida cautelar de asignación anticipada de alimentos en el derecho nacional y comparado.

**1.2.2.2.** Determinar el vínculo que existe entre el principio del interés superior del niño y adolescente con el derecho alimentario.

**1.2.2.3.** Analizar la Ley N° 29803, Ley que modifica los artículos 608° y 675° del Código Procesal Civil.

**1.2.2.4.** Analizar expedientes judiciales del año 2017, del segundo, tercero y sexto juzgado de paz letrado de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, para determinar la existencia de criterios jurídicos para otorgar la asignación anticipada de alimentos, de oficio.

### **1.3. Hipótesis de la investigación**

Los criterios jurídicos utilizados por los Jueces de Paz Letrado del Distrito de Cajamarca para otorgar la asignación anticipada de alimentos de oficio, durante el año judicial 2017, son:

- a. El carácter positivista de la norma, como norma regla.
- b. El contenido del interés superior del niño, como principio.
- c. El carácter funcional y regulador del derecho.

### 1.3.1. Operacionalización de las variables

OBJETIVO	PROBLEMA	HIPÓTESIS	VARIABLES/ CATEGORÍAS	INDICADORES	INSTRUMENTOS
<p><b>General</b> -Determinar los criterios jurídicos que utilizan los jueces de paz letrado del distrito de Cajamarca para otorgar la asignación anticipada de los alimentos de oficio, durante el año judicial 2017.</p> <p><b>Específicos</b> - Desarrollar la medida cautelar de asignación anticipada de alimentos en el derecho nacional y comparado. - Determinar el vínculo que existe entre el principio del interés superior del niño y adolescente con el derecho alimentario. - Analizar la Ley N° 29803, Ley que modifica los artículos 608° y 675° del Código Procesal Civil. - Analizar expedientes judiciales del año 2017, del sexto, tercero y segundo juzgado de paz letrado de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, para determinar la existencia de criterios jurídicos para otorgar la asignación anticipada de alimentos, de oficio.</p>	<p><b>Formulación:</b> ¿Cuáles son los criterios jurídicos utilizados por los Jueces de Paz Letrado del Distrito de Cajamarca para otorgar la asignación anticipada de alimentos de oficio, durante el año judicial 2017?</p>	<p>Los criterios jurídicos utilizados por los Jueces de Paz Letrado del Distrito de Cajamarca para otorgar la asignación anticipada de alimentos de oficio, durante el año judicial 2017, son:</p> <p>a. El carácter positivista de la norma, como norma regla. b. El contenido del interés superior del niño, como principio. c. El carácter funcional y regulador del derecho.</p>	<p><b>Categoría 1</b> Criterios jurídicos utilizados por los jueces de paz letrado del Distrito de Cajamarca para otorgar la asignación anticipada de alimentos de oficio</p> <hr/> <p><b>Categoría 2</b> a. El carácter positivista de la norma, como norma regla. b. El contenido del interés superior del niño, como principio. c. El carácter funcional y regulador del derecho.</p>	<p>-Análisis normativo y doctrinal</p> <p>-Protección del principio del interés superior del niño, derecho alimentario.</p> <p>-Análisis de las resoluciones judiciales del año 2017.</p>	<p>- Fichas de Observación documental</p> <p>- Estadísticas.</p>

## **1.4. Metodología de la investigación**

### **1.4.1. Aspectos generales**

#### **1.4.1.1. Enfoque**

Es *cualitativo*, porque evalúa el desarrollo natural de los sucesos, este enfoque realiza la recolección de datos para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 7), siendo que la investigación a realizarse requiere de análisis doctrinario y jurisprudencial.

#### **1.4.1.2. Tipo**

Es *básica*, de *lege data* porque busca interpretar y proponer soluciones dentro de un ordenamiento jurídico sin modificarlo (Sánchez Zorrilla, Tantaleán Odar, & Coba Uriarte, 2016, p. 12); toda vez que se busca obtener el conocimiento, en el caso en particular, demostrar que los jueces de paz del distrito de Cajamarca no aplican de oficio la medida de asignación anticipada de alimentos a favor de los menores de edad con indubitable vínculo familiar con el demandado.

#### **1.4.1.3. Diseño**

Es *no experimental*, en tanto no existe manipulación de variables, restringiéndose éste al tratamiento de fenómenos que se han producido ya en la realidad y sobre los cuales no se pueden incidir de otra forma que no sea a lo mucho, mediante la descripción, análisis y

explicación (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 148).

#### **1.4.1.4. Dimensión temporal y espacial**

Es *transversal*, porque estudia los aspectos de desarrollo de la materia a investigar en un momento único; en este caso en la actualidad (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 151); así se ha escogido un periodo en la legislación peruana vigente, además de buscar conocer la realidad jurídica social en el Distrito de Cajamarca, durante el año 2017.

### **1.4.2. Aspectos específicos**

#### **1.4.2.1. Unidad de análisis, universo y muestra**

##### **1.4.2.1.1. Unidad de análisis**

La unidad de análisis está delimitada por los procesos judiciales de alimentos del sexto, tercero y segundo juzgado de paz letrado de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca durante el año 2017.

##### **1.4.2.1.2. Universo**

Expedientes judiciales de alimentos tramitados ante el juzgado de paz letrado del distrito judicial de Cajamarca pertenecientes al año 2017.

#### **1.4.2.1.3. Muestra**

Expedientes judiciales de alimentos tramitados ante los 3 juzgados de paz letrado de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca durante el año 2017.

#### **1.4.3. Métodos**

Es *dogmática – jurídica*, porque busca que la interpretación del texto normativo no sea aislada, sino que busca uniones entre ellas (Ramos Nuñez, 2005, p. 103), así en el presente trabajo de investigación la finalidad de analizar los expedientes judiciales de alimentos a efectos de determinar los criterios jurídicos que aplican los jueces respecto de la asignación anticipada de alimentos.

#### **1.4.4. Técnicas de investigación**

Se utilizará la *técnica de observación documental*, porque es el análisis de las fuentes documentales, mediante esta técnica se iniciará la búsqueda y observación de los hechos presentes en los materiales escritos consultados que son de interés para la investigación (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 418). La técnica a usar será la de observación documental, al agenciarnos de material bibliográfico, específicamente en lo que se refiere a doctrina, además de analizarse cierto número de expedientes judiciales en materia de alimentos.

#### **1.4.5. Instrumentos**

Las *fichas de observación documental y cuadros estadísticos*, que es el instrumento más utilizado para recolectar los datos (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 217).

#### **1.4.6. Técnicas estadísticas de procesamiento para el análisis de datos**

Serán codificadas mediante un registro sistemático de cuadros estadísticos a través del software Excel.

#### **1.4.7. Limitaciones de la investigación**

La presente investigación tiene como limitación la obtención de Expedientes Judiciales de Procesos de Alimentos, iniciados durante el año judicial 2017; toda vez que el personal que labora en dichos juzgados de paz mostró cierta renuencia a entregar las resoluciones judiciales.

### **1.5. Aspectos éticos de la investigación**

Los investigadores asumimos el compromiso de mantener la confidencialidad de los datos personales (nombres completos, direcciones de domicilio, centro de estudios, entre otros) de las partes involucradas en los procesos de alimentos (demandante y demandado), así como también el de preservar la identidad de los menores de edad para los cuales se solicitan los alimentos, además de la reserva de identidades de los órganos jurisdiccionales involucrados.

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Antecedentes de la investigación**

Habiendo realizado las indagaciones en las bibliotecas y repositorios de las principales universidades del país, hemos podido encontrar que si bien es cierto existen tesis referidas a la asignación anticipada del proceso de alimentos, ninguna de ellas lo aborda desde el punto que plantea la presente investigación, en tal sentido se ha recogido estudios, reportajes, datos informativos, entre otros antecedentes a la investigación a desarrollar, encontramos lo siguiente:

Según reporte de la Agencia Peruana de Noticias “Andina” publicado el 10 de julio del año 2012, se informa que algunos jueces del Distrito de San Juan de Miraflores – Lima, no aplican asignación anticipada de pensión de alimentos. El reporte señala que:

La fiscal de familia de San Juan de Miraflores, Miluska Armas Alvarado, recordó que en noviembre último se hicieron modificaciones a los artículos 608° y 675° del Código Procesal Civil, los cuales incorporan esta especie de pensión adelantada cuando no hay duda del vínculo familiar. Precisó que, con la nueva normatividad, el juez está facultado a dictar de oficio una medida cautelar fijando un monto mínimo de pensión de alimentos a favor del menor de edad mientras dure todo el proceso de alimentos; sin embargo, esto no se estaría realizando. “Hay jueces que aún están exigiendo a las mujeres que sean ellas las que soliciten una medida

cautelar para recién emitir una pensión mínima de alimentos y en algunos casos muchas demandantes nunca lo solicitan porque desconocen las leyes. Tenemos casos que han culminado su proceso en la parte civil y nunca se fijó la asignación anticipada”, remarcó. Durante su participación en Radio Nacional, Armas Alvarado dijo que incluso en algunos juzgados, para admitir una demanda por alimentos, están exigiendo haber realizado antes una conciliación extrajudicial, lo cual no es requisito indispensable. “Hay jueces y jueces (...) y muchos no se están adecuando a los cambios que se vienen aplicando en la normatividad”, manifestó la representante del Ministerio Público”. (Agencia de Noticias Andina, 2012, p. 01).

Encontramos un artículo escrito por la doctora Rosa Sánchez Villafuerte, Juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Abancay, quien refiere que los procesos de alimentos constituyen aproximadamente el setenta por ciento de los expedientes que se tramitan en los juzgados de Paz letrados a nivel nacional. En el caso de la ciudad de Abancay en la sede central, existen tres Juzgados de Paz Letrado, siendo el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Abancay el único que tiene competencia sobre prestación de alimentos. (Idem, 2012, p.1) Asimismo, la especialista en derecho de familia, desarrolla el acápite concerniente a la asignación anticipada de Oficio, alegado lo que,

los Jueces de Paz Letrado al calificar y admitir la demanda de Prestación de Alimentos en caso que los menores alimentistas se encuentren reconocidos por su progenitor, deben disponer la Asignación Anticipada después de tres días de notificada la demanda. Al respecto, el juez deberá disponer que se forme el cuaderno de medida cautelar de Asignación Anticipada. Es necesario considerar que la Ley debió señalar que con la demanda en forma inmediata se debe establecer el monto de la Asignación Anticipada, formar en cuaderno sin esperar el plazo de tres días implica una demora innecesaria e inclusive el Juzgado por la carga procesal si no realiza el seguimiento del proceso, puede incurrir en omisión y omitir

conceder de oficio la Asignación Anticipada ,lo cual causa perjuicio a los menores alimentistas, ya que el demandante deberá solicitar mediante un escrito la Asignación Anticipada. En consecuencia, la propuesta es que se modifique la Ley, y de oficio se deberá disponer que, con la demanda, también se proceda a establecer la Asignación Anticipada formándose el cuaderno respectivo, sin esperar el plazo de notificación de la demanda (Sánchez Villafuerte, 2012, p.3)

En la tesis presentada en el año 2018, por la bachiller Ángela Laura Pérez Chávez en la Universidad César Vallejo: *“Los criterios legales para la determinación de la pensión de alimentos en los procesos judiciales”*, se llegan a las siguientes conclusiones:

Al analizar los criterios legales para la determinación de la pensión de alimentos en los procesos judiciales, el juez debe tener criterios objetivos y subjetivos, estos deben estar concatenados; si bien es cierto, la norma señala que el juez en los procesos de alimentos debe ser tuitivo referente al interés superior del menor, ya que existen jueces que están paramentados a la norma.

El juez para la fijación de la pensión de alimentos, llegué a la conclusión que nuestras normas jurídicas, muchas veces no garantiza que el obligado cumpla con el alimentista, y este satisfaga sus necesidades básicas para su desarrollo físico y psicológico; ya que son parte de los deberes de crianza que los progenitores tienen hacia los hijos” (Pérez Chávez, 2018, p. 40).

## **2.2. Teorías que sustentan la investigación**

### **2.2.1. Principio del Interés Superior del Niño**

El interés superior del niño es uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño. Se encuentra implícito del artículo 4º de la Norma Fundamental en cuanto establece que “La comunidad y el Estado

protegen especialmente al niño, al adolescente (...)"'. Tal contenido fundamental es reconocido a su vez por la "Convención sobre los Derechos del Niño" de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 noviembre 1990 y mediante Ley N ° 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión de la "Convención sobre los Derechos del Niño" (Cas N°02132-2008, p. 219).

Según el principio de interés superior del niño, en todas las medidas concernientes a la infancia que tomen "las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá al interés superior del niño como una consideración primordial" (Aguilar Cavallo, 2008).

Este principio es un criterio orientador para resolver conflictos de derechos en que puedan verse involucrados los niños y jóvenes, que rige y obliga expresamente al legislador, los tribunales, los órganos administrativos y los servicios de bienestar públicos y privados; en este sentido es un principio que pretende realizar la justicia y no es un mero lineamiento u objetivo social (Cillero Bruñol, 2008, p. 32).

Esta particularidad del principio del interés superior del niño, de servir de regla de interpretación y de resolución de conflictos entre derechos,

queda de manifiesto con la propia aplicación que de él hace la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en diversas disposiciones (artículos 9.1, 20.1, 21, 37 de la CDN).

### **2.2.2. Teoría de la argumentación jurídica y su papel en la construcción del razonamiento de las decisiones judiciales**

Así, consideramos pertinente adoptar la postura de MacCormick quien señala que “la argumentación práctica en general, y la argumentación jurídica en particular, cumple una función de justificación, que está presente incluso cuando la argumentación persigue una finalidad de persuasión, pues sólo se puede persuadir si los argumentos están justificados, si están en conformidad con los hechos establecidos y con las normas vigentes. Incluso quienes afirman que la argumentación explícita que puede hallarse en las sentencias judiciales está dirigida a encubrir las verdaderas razones de la decisión, estarían en realidad presuponiendo la idea de justificación; justificar una decisión jurídica quiere decir, pues, dar razones que muestren que las decisiones son las correctas” (MacCormick, 1978, p. 105).

Ello nos lleva a concluir la necesidad de que los jueces den razones necesarias y coherente entre cada una de ellas al momento de expedir su decisión, lo que a su vez refleja una manifestación de la aplicación de las normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea esta una actividad que llevan a cabo jueces en sentido estricto, órganos administrativos en el más amplio sentido de la expresión o simples particulares; en la presente

investigación conviene analizar bajo que fundamento o argumento los jueces de paz letrado conceden la asignación anticipada de alimentos, aún cuando esta no se haya solicitado.

## **2.3. Bases Teóricas de la investigación**

### **2.3.1. La medida cautelar de asignación anticipada de alimentos en el derecho nacional y comparado**

#### **2.3.1.1. El derecho cautelar en el Perú**

##### **2.3.1.1.1. La tutela jurisdiccional y la tutela cautelar**

Previo a realizar un análisis de la medida cautelar de asignación anticipada regulado por nuestro Código Procesal Civil, consideramos pertinente analizar la institución de la medida cautelar de manera general.

En principio, diremos que toda medida cautelar, y posterior decisión judicial contenida en una sentencia, refleja una manifestación de la tutela jurisdiccional el mismo que es entendido como

el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas; es el mecanismo de protección, defensa o amparo de los derechos e intereses en virtud del cual todo sujeto de derecho está legitimado para reclamar, por sí mismo o en representación de otro, ante los órganos jurisdiccionales la protección inmediata de sus derechos cuando estos resultan vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad o de un particular (Gonzales Pérez, 1989, p. 27).

En consecuencia, este derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, involucra una serie de derechos, tales como el acceso a la jurisdicción, derecho a obtener una sentencia de fondo, oportuna y motivada, derecho al cumplimiento y ejecución del fallo, y no menos importante para el desarrollo de la presente investigación el derecho a obtener medidas de protección que aseguren la efectividad de la sentencia, dentro de esta manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, es donde encontramos a las medidas cautelares, que no es otra cosa que la manifestación de la tutela cautelar.

La tutela cautelar “no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139.º inciso 3), de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada” (Pérez Ríos, 2010, p. 62).

Por su parte, otro reconocido jurista señala que “el verdadero fundamento de la pretensión de seguridad o del derecho sustancial de cautela emana de un principio de naturaleza constitucional, inmanente a todo Estado de

Derecho. Su mayor o menor extensión dependerá de múltiples contingencias y factores históricos, sociales y políticos pero su dimensión constitucional es hoy reconocida no solo por la doctrina europea, sino por los juristas americanos. El Tribunal Constitucional peruano, precisa que si bien la regla general es que todo proceso jurisdiccional deba contar con mecanismos que aseguren una tutela cautelar, caben determinadas excepciones como sucede, por ejemplo, en el caso de la ausencia de tutela cautelar en el proceso de inconstitucionalidad” (Da Silva Ovidio, 1979, p. 144).

#### **2.3.1.1.2. La finalidad de la tutela cautelar**

La tutela cautelar encuentra sustento implícito en la Constitución, además que si se busca garantizar la eficacia y cumplimiento de una decisión, esta no siempre será oportuna, por lo que justamente por estos factores externo al proceso, es que se debe prever un mecanismo para garantizar la eficacia de la decisión futura, esto se sustenta con lo expuesto por Calamandrei quien señala “la tutela jurisdiccional cautelar está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra. El contenido de la tutela cautelar es variable, pues debe adecuarse caso por caso al diverso contenido de la pretensión definitiva. Este es precisamente su carácter distintivo: ser el anuncio y la anticipación (se podría decir la sombra que precede al cuerpo) de otra providencia jurisdiccional, el instrumento para hacer que ésta pueda llegar a tiempo, la garantía de la garantía” (Calamandrei, 2005, p. 41).

Esto es, desde una perspectiva de los derechos sustanciales, la tutela cautelar se constituye como el interés de los justiciables para hacer efectivo la tutela jurisdiccional, satisfaciendo de esta manera el interés público.

Por su parte, Hugo Rocco señala que “la finalidad de la actividad cautelar no es más que una actividad dirigida a comprobar desde el punto de vista objetivo y subjetivo la existencia de un peligro (posibilidad de un daño) y a eliminarlo puesto que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, incierto o controvertido, conservando el estado de hecho y de derecho mientras está pendiente o por previsión de la declaración de certeza o de la realización coactiva de la tutela reclamada con prontitud por el derecho objetivo a dichos intereses” (Rocco, 1977, p. 57).

#### **2.3.1.1.3. La medida cautelar**

Habiendo definido que se entiende por tutela cautelar como parte integrante de la tutela jurisdiccional, ahora nos centraremos en el análisis de la medida cautelar propiamente dicha, en tal sentido se tiene que en la doctrina no existe una denominación uniforme pues para algunos señalan “si buscamos su nombre en la pretensión, tendríamos que designarlas como acción o acciones cautelares o conservativas; procesos o procedimientos cautelares” (Podetti, 1959, p. 25).

En tanto, Chiovenda las denomina medidas provisionales de cautela o conservación (Giuseppe, 1948, p. 280).

Nuestro Código Procesal Civil optó por la denominación del término *medidas cautelares*, y doctrinariamente se los define como “un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba” (Monroy Gálvez, 1987, p. 21), si bien esta definición es comumente conocida en el área del derecho procesal civil, por una institución propia su finalidad, requisitos y definición es aplicable a las pretensiones penales, contenciosas administrativas, laborales, constitucionales, civiles e incluso meramente administrativas.

#### **2.3.1.1.4. Presupuestos de la medida cautelar**

##### **2.3.1.1.4.1. Verosimilitud del derecho invocado**

En el derecho romano es conocido como “*fumus boni iuris*” que significa *humo de buen derecho*; jurídicamente es entendido que “esta actividad no está destinada a producir certeza en el juez, sino únicamente considerable probabilidad de amparo de la pretensión principal,

razonable apariencia de que el solicitante de la medida litiga con razón, pues quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho” (Fernández, 1996, p. 408). Es decir, que para la procedencia de la medida cautelar no solo se tiene que afirmar o denegar una pretensión, sino que además es deber del accionante acreditar con suficiente caudal probatorio que existe una apariencia de verdad de su pretensión.

Este presupuesto supone “la existencia de un juicio de verosimilitud o de probabilidad, provisional e indiciario, a favor del demandante de la medida cautelar sobre el derecho que viene afirmando en el proceso principal. Este fundamento responde al justo término medio entre la certeza que implica la sentencia que se dicta al finalizar el proceso y la incertidumbre propia de la iniciación de ese proceso. A este término medio es lo que se denomina verosimilitud” (Barona Vilar, 2000, p. 743), aquí juega un rol fundamental el derecho y deber a probar lo que el accionante alega, pues se entiende que los medios de prueba deben ser oportunos, útiles, eficaces y legales destinados a acreditar la verosimilitud de su derecho y generar cierto grado de convicción en el juzgador.

#### **2.3.1.1.4.2.El peligro por la demora del proceso**

Para Ugo Rocco, este supuesto es entendido bajo la denominación del daño. Así precisa: “el daño no solo es propio del derecho privado o derecho público, sino también del derecho procesal, puesto que representa un concepto jurídico fundamental. Precisa seguidamente que todo daño provoca, en general, detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia; el daño jurídico, en consecuencia, puede considerarse como la sustracción o disminución de un bien, pero al mismo tiempo puede concebirse como la supresión o afectación de un interés, sea éste tutelado por una norma jurídica en la forma de un derecho subjetivo, sea tutelado en la forma de un simple interés” (Rocco, 1977, p. 45).

Para Calamandrei, es este presupuesto se define de una perspectiva del peligro, así sustenta que “el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal; en el derecho procesal no puede ser otra cosa que la potencia o la idoneidad de un hecho para ocasionar el fenómeno de la pérdida o disminución de un bien o el sacrificio, o la restricción de un interés sea este tutelado o la forma de un derecho subjetivo o en la de un interés jurídico; por lo que, no es el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede,

en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario” (Calamadrei, 2005, p. 42).

En tal sentido, se tiene que ambos juristas exponen desde sus puntos de vista la actividad subjetiva de raciocinio que debe hacer el juez al calificar la demanda, pues deberá evaluar que la lentitud de un proceso por diversos factores, pueda causar un posterior daño en la demora de la decisión definitiva, así el juez no solo evaluará la verosimilitud de la cautelar, sino también la finalidad de preveer el daño dictando para tal efecto esta medida de manera urgente.

#### **2.3.1.1.4.3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión**

Sobre este último requisito se ha establecido que “el otorgamiento de una medida cautelar, inexorablemente, genera una restricción de uno o más derechos fundamentales, sin embargo, esta restricción debe justificarse en la necesidad de salvaguardar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso la protección de fines constitucionalmente relevantes justifica la

intervención estatal jurisdiccional en el ámbito de derechos fundamentales” (Pérez Rios, 2010, p. 104). Aquí juega un rol fundamental el test de proporcionalidad, pues el juez deberá evaluar que la medida cautelar que va a conceder no afecte los derechos fundamentales del demandado u obligado, es decir, deberá evaluar que sea idónea, necesaria y si es proporcional o razonable la medida a adoptar. Así la razonabilidad no solo legitima la decisión a adoptar sino también fomenta el respeto por los derechos fundamentales de ambas partes, como garantía inherente del debido proceso.

#### **2.3.1.1.5. Características**

Habiendo analizado los presupuestos esenciales para la concesión de una medida cautelar, independientemente de su naturaleza, procederemos a evaluar las particularidades que goza:

##### **a) Instrumentalidad**

Debe ser entendido que la medida cautelar, sirve de instrumento o medio para garantizar una decisión a futuro, bien lo explica Piero al señalar que “las cautelas nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la

cual aseguran preventivamente. Nacen por así decirlo al servicio de una providencia definitiva con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito” (Calamadrei, 2005, p. 65), es decir siempre van a buscar garantizar la estimación o procedencia de la decisión final, y una manifestación de lo expuesto es lo que regula el artículo 630° del Código Procesal Civil, al señalar que la cancelación de pleno derecho, de las medidas cautelares, si la sentencia de primera instancia desestima la demanda es otra de evidencia del carácter instrumental de aquellas.

#### **b) Provisionalidad**

Se entiende que “la cualidad de provisoria dada a las medidas cautelares significa en esencia que los efectos jurídicos de éstas no sólo tienen duración temporal, sino que tienen duración limitada a aquel periodo de tiempo que debe transcurrir entre el dictado de la medida cautelar y el pronunciamiento de la sentencia definitiva” (Calamadrei, 2005, p. 28), es decir, la medida cautelar subsistirá en tanto los presupuestos procesales se cumplan, caso contrario, en cualquier estado del proceso el juez puede revocar y dejar sin efecto dicha medida; ahora bien el rechazo de la medida no impide que pueda ser solicitada nuevamente en el cuaderno cautelar o en el principal.

### **c) Variabilidad**

A esta característica también se le denomina mutabilidad o flexibilidad, y se entiende que “las medidas cautelares pueden estar sujetas a modificaciones antes de que se dicte la resolución principal, debido a la variación de las circunstancias concretas acaecidas con posterioridad a su dictado, siempre que la medida cautelar inicialmente dictada no sea la adecuada a la nueva situación fáctico jurídica. Ninguna institución procesal requiere más flexibilidad que la medida cautelar, a fin de cumplir sus fines en forma satisfactoria, sin ocasionar molestias o perjuicios que puedan evitarse” (Podetti, 1956, p. 25). Esta característica no requiere mayor explicación que únicamente precisar que el accionante o demandada puede solicitar en cualquier momento del proceso, que la medida sea variada en su forma, monto y órgano de auxilio judicial.

### **d) Funcionalidad**

Para Calamandrei, esta peculiaridad de la medida cautelar recae en que “la funcionalidad de las medidas cautelares está relacionada precisamente con los principios de proporcionalidad y congruencia procesal. Así por ejemplo, no podría dictarse una medida de embargo si la pretensión principal está referida a la paralización y posterior

demolición de una construcción, del mismo modo si la pretensión principal versa sobre nulidad de acto jurídico se atendería contra el principio de congruencia y la funcionalidad de las medidas cautelares al disponerse un secuestro conservativo” (Vecina Cifuentes, 2002, p. 59). Es decir, que la clase de medida cautelar debe no solo estar acorde con la pretensión, sino también con su naturaleza y alcances de la misma, en consecuencia esta característica refleja la proporcionalidad y adecuación que debe realizar el juez al momento de conceder la misma.

#### **2.3.1.1.6. Clases**

Adoptaremos la clasificación de Piero Calamandrei:

##### **a) Providencias anticipativas**

Se trata de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, que podrán ser utilizadas después en aquel proceso en el momento oportuno. Normalmente tales providencias instructorias se adoptan en el curso del proceso ordinario, y forman parte del mismo; pero cuando, antes de que el proceso se inicie, existe motivo para temer que, si la providencia instructoria tardase, sus resultados podrían ser menos eficaces, ésta puede ser provocada inmediatamente a través de un procedimiento autónomo, que trata de provenir el

periculum in mora inherente al procedimiento ordinario eventual.

**b) Providencias para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada**

El carácter instrumental de estas providencias expresamente puesto de relieve por otras legislaciones en la que se habla en cuanto a ellas de aseguramiento de la futura ejecución forzada, aparece también en nuestro derecho en forma tanto más evidente en cuanto los varios tipos de medidas cautelares comprendidas en este grupo corresponden con preciso paralelismo a otros tantos tipos de procedimiento ejecutivo, de los que la providencia cautelar constituye, por así decir, el anuncio y la vanguardia.

**c) Providencias mediante las cuales se decide interinamente**

Son providencias cautelares por las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva.

**d) Providencias cuya finalidad cautelar consiste en la imposición de una caución**

Son aquellas providencias que se materializan en la prestación de una caución por el interesado como condición

para obtener una ulterior providencia judicial. Es la condición impuesta por el Juez para la ejecución de la providencia cautelar solicitada, funcionan como aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños que podrá surgir si en el juicio definitivo la medida provisoria es revocada (Calamadrei, 2005, pp. 53-54).

Si bien es cierto, para el Código Procesal Civil la división que realiza es sobre medidas cautelares genéricas y específicas, hemos adoptado la postura de Piero, en la medida que establece establece como primera clasificación aquellas de carácter anticipativo, que buscan conservar ciertas circunstancias y que es justamente sobre la que tratara la presente investigación, es decir, la asignación anticipada de alimentos, que será analizada en los siguientes capitulos.

### **2.3.1.2. Las medidas cautelares en el derecho comparado**

#### **2.3.1.2. Las medidas cautelares en el derecho chileno**

Las medidas cautelares se encuentran reguladas en el título V, del libro II, del Código de Procedimiento Civil, y que “sirven para asegurar el resultado práctico de la acción, pero en ningún caso pueden anticipar parte o el total de la pretensión del actor y son esencialmente patrimoniales, esto

es, pretenden asegurar uno o más bienes para una futura ejecución forzosa” (Marín Gonzáles, 2006, p. 19).

Si nos remitimos a la evolución del mismo podemos afirmar que “toda la construcción dogmática de las medidas cautelares se sustentaba en la fuerza del derecho natural, la confianza en la actuación de buena fe del deudor que no iba a realizar ninguna conducta que perjudicase los derechos o intereses de su acreedor. De allí que la regla de no intervención reconocía algunas excepciones que precisamente fueron recogidas en el Código Procedimental Civil chileno bajo el título V del libro II denominado de las medidas precautorias.

Posteriormente, en el siglo XIX, se establecen los propios fundamentos de la tutela cautelar, alterándose la finalidad que tradicionalmente cumplió. En esta materia paulatinamente se ha avanzado de una concepción eminentemente conservativa o precautoria hacia un plano anticipativo de la resolución del litigio” (Idem, p. 20).

No obstante, algo novedoso que tiene el ordenamiento jurídico chileno, es que las medidas cautelares se encuentran regulados en su Código Procesal Civil, sino que se han dado leyes especiales que establecen dichas cautelares a diferencia de nuestro ordenamiento, donde en cualquier área del

derecho, siempre se recurre de manera subsidiaria al Código Procesal Civil. Así, se han establecido las siguientes cautelares contenidas en “las siguientes leyes: ley 19,968, de 30 de agosto de 2004, que creó los Tribunales de Familia; ley 19,996, de 11 de marzo de 2005, que modificó la ley de Propiedad Industrial; ley 20,066, de 7 de octubre de 2005, de Violencia Intrafamiliar; ley 20,087, de 3 de enero de 2006, que sustituye el procedimiento laboral contenido en el título V del Código del Trabajo; y ley 20,152, de 9 de enero de 2007, que introdujo diversas modificaciones a la Ley 14,908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias” (Marín Gonzáles, 2006, p. 21).

Podemos concluir que la tutela cautelar, regula aquellas medidas únicamente de carácter conservativo, donde el legislador no ha establecido una regulación uniforme al respecto, ni mucho menos una clasificación clara, pues se usa indistintamente las medidas precautorias, de medidas cautelares, de potestad cautelar, de función cautelar.

### **2.3.1.3. Las medidas cautelares en el derecho colombiano**

Se tiene que, en Colombia “el Código Civil expedido en el siglo pasado, contiene muchas disposiciones enderezadas a la protección de las personas, en especial de aquellas que no pueden hacerlo por sí mismas o por razones de orden

público o interés social. Con el transcurrir del tiempo, la necesidad social llevó al legislador a dictar medidas protectoras de igual naturaleza con diferente contenido, pero con igual finalidad” (Barbosa Larios, 1999, p. 14); así la clasificación que se realiza en Colombia doctrinariamente son; las medidas de protección, de seguridad y de conservación. La principal diferencia con el ordenamiento jurídico peruano recae en el objeto, sobre el particular se ha expresado “el objeto de las medidas cautelares personales según si esta constituye un proceso autónomo enderezado a prevenir un daño o si se conforma un proceso cautelar a fin de garantizar el cumplimiento del resultado favorable de la sentencia o simplemente el de precaver un daño a quien la pida dentro de un proceso concreto sin que necesariamente haya una conexión directa de lo resuelto en la sentencia pues lo allí decidido conlleva lo pedido como cautela tales el caso de la residencia separada de cónyuges en un proceso de divorcio, pues el quedar divorciados conlleva a no vivir juntos” (Rojas Gonzáles, 1996, p. 7); en tanto que la medida cautelar tiene por objetivo garantizar la ejecución de un fallo posterior.

En fin, el derecho procesal colombiano, busca proteger preventivamente efectos dañinos a las personas o a los bienes de quien no está en capacidad de prever el peligro que se

ciernes sobre ellos, y otras de aseguramiento de los efectos esperados por la sentencia, denominadas medidas provisionalísimas, por su carácter eminentemente procesal.

### **2.3.2. El vínculo existente entre el principio del interés superior del niño y adolescente con el derecho alimentario**

En el apartado teorías que sustentan la presente investigación, se realizó un breve análisis del principio del interés superior del niño, no obstante, ahora nos centraremos en el contenido del mismo visto desde el derecho internacional y el derecho nacional; para posteriormente establecer su estrecha relación con el derecho alimentario.

#### **2.3.2.1. Reconocimiento del principio del interés superior del niño y adolescente en el derecho internacional y conceptualización**

Habiéndose reconocido los derechos humanos del hombre, se tiene que el marco jurídico de los derechos del niño se dio en la Declaración de Ginebra aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924, seguidamente en el año 1959 se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, posteriormente surgió la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989.

A todos los instrumentos internacionales antes descritos se tiene que la “convención sobre los derechos del niño presenta la mayor

cantidad de ratificaciones en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación uniforme de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños contenidos en dicha Convención” (Zermatten, 2003, p. 30), en consecuencia el reconocimiento de este principio en diversos instrumentos internacionales refleja su importancia supranacional.

En esa línea de pensamiento se ha llegado a establecer que “el sujeto de la Convención sobre los Derechos del Niño es precisamente el niño, y el objeto de la Convención es reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos, ya que ellos tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos y, además, son beneficiarios de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable. El principio de interés superior del niño como idea rectora en el área de los derechos del niño es una idea antigua en el orden internacional, se ha establecido que el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados” (Baeza Concha, 2001, p. 359).

Si bien es cierto, la CDN no define qué se entiende por el interés superior del niño, la doctrina lo ha entendido como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la

persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar” (Larumbe Canalejo, 2002, p. 252).

Por su parte, se ha establecido también que “existe un núcleo duro de derechos del niño dentro de la Convención, en adelante CDN, lo cual constituiría un claro límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional. Este núcleo comprendería el derecho a la vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad y las garantías propias del Derecho Penal y del Procesal Penal” (Freedman, 2007, p. 15).

Otra definición que se propone es que “el llamado interés superior del niño, debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña” (Gatica, 2002, p. 19).

### **2.3.2.2.Elementos fundamentales del interés superior de los niños y niñas**

#### **a) Expresión y deseos de los niños, niñas y adolescentes**

Es entendido como “la capacidad natural de actuación de los niños, niñas y adolescentes se puede determinar a través de su grado de desarrollo intelectual y emocional, que les permite decidir libremente lo que realmente desean hacer y decir. De ahí que pueda establecerse que el niño o niña con suficiente madurez, independientemente de su edad, puede ejercer y definir sus deseos” (López Contreras, 2015, p. 51).

La expresión, entiende que “la idea generalizadora de que se debería contar con una determinada edad orientativa en relación con la existencia o no de suficiente madurez de los niños y niñas, sin considerarla con una infranqueable rigidez, por lo que valdría la pena tomarla como una franja de edad orientativa y flexible a la vez, con dependencia del caso concreto y particularizado” (De Lama, 2006, p. 19).

La expresión de los menores, se ve reflejada con la autonomía progresiva del niño, donde sin duda, mayor es su capacidad para ejercer sus derechos y contraer obligaciones, ahora viene este elemento muchas veces es lesionado por el síndrome de alienación parental<sup>1</sup>, versión del síndrome de estocolmo<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> Consiste en un proceso por medio del cual uno de los progenitores (el padre o la madre) realiza estrategias personales y egoístas, donde logra transformar la conciencia y derecho de sus hijos e hijas, impidiéndole, obstaculizándole y destruyéndole los vínculos de los niños y niñas con el otro progenitor y demás familiares (López Contreras, 2015, p. 61)

<sup>2</sup> Consiste en una versión del síndrome de personas secuestradas por sus secuestradores, donde se logra un grado de afectividad entre el agredido o agredida con su agresor o agresora, hasta impedir cualquier tipo de intervención policial y judicial (Idem, p. 61)

padrectomia<sup>3</sup> (también denominado síndrome del padre destruido). Para todos estos síndromes el legislador le ha dado un margen discrecional al juez para que pueda realizar una correcta interpretación de la norma y aplicación del principio antes señalado.

#### **b) Entorno familiar y social de los niños y niñas**

Esta referido al “conjunto de circunstancias personales, familiares, sociales, educativas, morales, culturales, etc., de las que se rodea el niño, niña o adolescente. Es necesario advertir cada una de estas circunstancias antes de tomar cualquier decisión, puesto que el niño o niña tiene pleno derecho de gozar y disfrutar su vida dentro de un adecuado entorno familiar, social, educativo y cultural” (De Lama, 2006, p. 63).

Este elemento refiere que el Juez, en cada caso deberá elavuar y ponderar de cada uno de los derechos con los que cuenta el niño, dentro del entorno familiar, con la finalidad de que se tenga en cuenta el entorno y el ambiente que mayor beneficio le genere para el desarrollo de su personalidad, así se ha expresado además que “se tiene que promover la educación formativa e integral al niño o niña. En este campo del entorno, se hace viable el planteamiento de la ponderación de bienes y

---

<sup>3</sup> Consiste en la extracción de la figura paterna de la mentalidad y necesidad de los niños, niñas y adolescentes, con lo cual se produce la pérdida total o parcial de los derechos del padre o madre ante sus hijos e hijas (Idem, p. 61)

derechos de los niños y niñas, tomando en consideración lo que más les favorezca en cada caso concreto, toda vez que se tendrá que sopesar los derechos que tenga de un lado con los derechos que tenga de otro lado, para advertir y resolver la colisión por el derecho que tenga mayor peso” (López Contreras, 2015, p. 13).

**c) Predictibilidad**

Este elemento “consiste en tratar de predecir la situación o condición futura de los niños, niñas y adolescentes, en cada caso concreto, por lo que en toda decisión judicial o administrativa se deberá valorar las condiciones futuras que sopesarán sobre ellos y ellas. El principio del interés de los niños y niñas prevé una actuación en el presente para establecer los resultados futuros a su favor, en donde se tiene que predecir, con visión expectante, su futuro, destacándose la predictibilidad para alcanzar el mejor desarrollo integral” (Diez Picazo, 1984, p. 15). Esta referido a que todos los padres y/o apoderados del menor, deberán actuar sobre la base de la posición del menor en el futuro, establecer aquello que es más beneficioso para el menor, que contribuya al desarrollo de su personalidad y cimientos de valores, principios, derechos.

Así, con la reunión de estos 3 elementos que forman parte del contenido del principio del interés superior del niño, se logrará y garantizará el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia.

### **2.3.2.3. El derecho de alimentos del menor de edad**

Los alimentos, bajo la perspectiva de los derechos del menor, es entendido todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente. También se considera alimentos los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del post- parto, ello como así lo ha expuesto nuestro ordenamiento nacional en el artículo 101° del Código de Niños y Adolescentes.

La definición acoge de forma correcta lo que comprende y que se debe entender por alimentos y que además implica una manifestación del principio del interés superior del niño, dado que en la CDN se establece que el niño deberá gozar de una protección especial para tal efecto debe disponer de oportunidades y servicios, refiriéndose a esto último como todos los medios para poder desarrollarse que implica alimentos, salud, vivienda, vestido, asistencia psicológica, entre otras.

#### **2.3.2.3.1. Naturaleza jurídica del derecho de alimentos**

Se han considerado la siguiente propuesta que explica la naturaleza jurídica del mismo “la obligación alimentaria contiene siempre como base una cierta relación jurídica del derecho de familia, con lo cual no podría identificarse con la responsabilidad delictual y cuasi-delictual; en ciertos casos el nacimiento es el producto de un

acto delictivo (forzamiento o violación, engaño etc.) pero ello no sustrae el tema, en estos aspectos, del campo del derecho de familia. Se trata de una obligación dineraria más, u ordinaria. En aplicación de esta posición, se llegó a sostener que en los casos de incumplimiento no procedería la sanción de la pena privativa de la libertad. El derecho de alimentos no puede ser objeto de venta, cesión, gravamen o garantía y su carácter irrenunciable lo sustrae del comercio de los hombres para convertirlo en un derecho tutelado aún contra la voluntad del titular” (Reyes Rios, 1995, p. 777). En consecuencia, la naturaleza del derecho de alimentos, no surge del ámbito contractual, por el contrario radica en el vínculo paterno filial que se deriva por la condición de hijo o hija, ya sea por vínculo consanguíneo o adoptivo, pero que moralmente se expresa en la obligación de proveer y brindar alimentos y asistencia a la prole.

#### **2.3.2.3.2. Características del derecho de alimentos**

##### **a) Personalísimo**

Es personal por cuanto “es asignada a una persona determinada en virtud de un vínculo jurídica que tiene con el acreedor o alimentista con el objetivo de proveerle los elementos necesarios para su supervivencia, sabemos que la obligación alimentaria es *intuitu personae* puesto que no se puede transmitir a los herederos” (González, 2007, p. 56). Se refiere a que los

alimentos le corresponden de manera exclusiva a una sola persona, por sus propias necesidades.

**b) Variable**

El citado autor, lo entiende como “la obligación alimenticia es revisable, dado que los elementos legales y voluntarios que generan la obligación son materia de un análisis constante puesto que ello puede llevar a una variación, exoneración, reducción, aumento” (Idem, p. 56).

Esta peculiaridad adquiere relevancia dentro del proceso, pues, el alimentista o su representante y el obligado o demandado puede solicitar que se revisen las necesidades del alimentista y las posibilidades del obligado, debiendo probar lo que expone.

**c) Recíproco**

“Es mutua y bilateral en la medida que se da jurídicamente entre seres humanos unidos por un vínculo” (Canales Torres, 2013, p. 10); esta característica expresa la naturaleza jurídica de los alimentos en la medida que se deriva de un vínculo filial.

**d) Irrenunciable**

Se entiende que “la obligación de alimentar pertenece al orden público, razón por la cual su renuncia está prohibida. Esta característica se encuentra relacionada a la prescripción, mayormente en el caso de las llamadas pensiones devengadas y las cuales no fueron percibidas durante un periodo de dos

años” (Idem, p. 11). El derecho alimentos perteneciente al derecho de familia, nace o surge dentro de la esfera de los derechos sociales, en consecuencia, forman parte del derecho público, más no privado, por lo que corresponden al orden público.

#### **2.3.2.3.3. Criterios para fijar la pensión de alimentos**

El Código Civil como norma sustantiva establece en su artículo 481° los criterios que deberá tener en cuenta el juez al momento de fijar la pensión de alimentos, son:

##### **a) Vinculo legal entre el alimentista y alimentante**

Es decir, que “la obligación alimentaria respecto de todas las personas que se encuentran expresamente reconocidas en la ley y los obliga a suministrar los alimentos con carácter de reciprocidad y también respecto de las personas que por la propia voluntad se vinculan en torno a la obligación alimenticia” (López, 2008, p. 66). Este requisito queda validamente acreditado con la partida de nacimiento del menor que evidencia el reconocimiento y por ende el vinculo paterno filial.

##### **b) Estado de necesidad de alimentista**

Ello “determina que el alimentista debe carecer de los medios indispensables para cubrir sus propias necesidades, su sustento y su derecho a la vida” (Idem, p. 67). Este presupuesto en el caso de los menores de edad, se encuentra plenamente acreditado, pues por el mismo

hecho de ser menores para la legislación, es necesario que se tienen que cubrir ciertas necesidades.

**c) Posibilidades económicas del alimentante**

Aquí, “el alimentista debe encontrarse en un estado de necesidad, el alimentario debe tener lo suficiente teniendo en cuenta las posibilidades de ganar más de lo que actualmente gana el alimentante, este aspecto debe ser evaluado en cada caso en concreto. La capacidad económica del alimentante para proporcionarlos, es uno de los requisitos determinantes para obtener alimentos” (Carrasco Fernández, 2015, p. 474).

Se refiere a los ingresos económicos del obligado, es decir que el deudor alimentario se encuentre en la situación económica adecuada para cumplir con la obligación sin poner en peligro su propia subsistencia y de otros alimentistas (carga familiar), el juez deberá valorar cada caso en concreto.

**2.3.2.4. Relación existente entre el principio del interés superior del niño y adolescente con el derecho alimentario**

Habiendo analizado el marco que regula el principio del interés superior del niño, así como conceptos básicos del derecho de alimentos, corresponde ahora establecer la relación que existe entre ambas instituciones, para tal efecto haremos notar que nos encontramos frente a un vínculo entre principio y norma, entendida en términos de

complementariedad, ello por cuando el derecho de alimentos es una manifestación de la Convención de los Derechos del Niño y los derechos económicos y sociales consagrados en la Constitución Política del Perú.

El principio supraconstitucional irradia y orienta a todo el ordenamiento jurídico peruano, y así lo ha adoptado y regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes al señalar 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; es decir, obliga no solo al Juez garantizar el contenido del principio antes señalado, sino a todos los demás actores jurídicos y sociales, de allí que el proceso de alimentos adquiere una peculiaridad de urgente, en la medida que en el se están tutelando los derechos de menores, y es aquí donde se resalta la importancia de la medida cautelar de asignación anticipada de alimentos, el mismo que también encuentra justificación en el principio antes citado.

### 2.3.3. Análisis de la Ley N° 29803, que modifica los artículos 608° y 675° del Código Procesal Civil

La Ley N° 29803, publicada en el Diario El Peruano el 14 de octubre del 2011, modifica los artículos 608° y 675° del Código Procesal Civil, los mismos que a la actualidad se encuentran redactados de la siguiente manera:

El Artículo 608°, establece que el juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda. El juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de éste, salvo disposición distinta establecida en el presente Código. **Todas las medidas cautelares fuera de proceso, destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión,** deben solicitarse ante el mismo juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas. El solicitante debe expresar claramente la pretensión a demandar. La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva. (Resaltado es nuestro).

El artículo antes señalado, refleja las características y presupuestos de toda medida cautelar de manera genérica, estableciendo reglas para la competencia del juez, y la finalidad de toda medida cautelar, que como hemos visto a diferencia del Derecho Chileno, se centra en evitar el daño, aquí lo que se busca es garantizar la decisión futura.

Ahora bien, donde centraremos nuestra atención y análisis es en la modificación que se realiza al artículo 675° que establece que en el

proceso sobre **prestación de alimentos procede la medida de asignación anticipada de alimentos cuando es requerida** por los ascendientes, por el cónyuge, por los hijos menores con indubitable relación familiar o por los hijos mayores de edad de acuerdo con lo previsto en los artículos 424, 473 y 483 del Código Civil. En los casos de **hijos menores con indubitable relación familiar, el juez deberá otorgar medida de asignación anticipada, actuando de oficio, de no haber sido requerida dentro de los tres días de notificada la resolución que admite a trámite la demanda.** El juez señala el monto de la asignación que el obligado pagará por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva. (Resaltado es nuestro).

Como se evidencia, de la lectura del citado artículo, establece una norma entendida como mandato, pues obliga al Juez a actuar de oficio y le establece como único requisito que se haya acreditado de manera indubitable el vínculo familiar, dejando de lado al momento de fijar el monto de la asignación anticipada los otros 2 criterios que se debe tener en cuenta para fijar los alimentos.

No obstante, al ser la asignación anticipada una medida temporal sobre el fondo es definida por el artículo 674° del Código Procesal Civil de este modo se tiene que excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia,

sea en su integrado sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público.

Este artículo debe ser aplicado de forma manera complementaria a los artículos 675 y 676 del Código Procesal Civil, pues el legislador peruano le ha otorgado a la medida cautelar de asignación anticipada un artículo destinado para explicar tan finalidad, siendo esta una manifestación externa del principio del interés superior del niño.

#### **2.4. Discusión teórica**

Después de una ardua investigación, sobre los trabajos, tesis y/o artículos científicos relacionados con la formulación del problema, se debe tener en cuenta el reporte de la Agencia Peruana de Noticias “Andina” publicado el 10 de julio del año 2012, el mismo que ha sido desarrollado en el acápite anterior concerniente a las investigaciones previas a la nuestra, antecedentes de la investigación) en el cual se informa que algunos jueces del Distrito de San Juan de Miraflores – Lima, no aplican de oficio la asignación anticipada de alimentos; en consecuencia, podemos observar que en lugares ubicados en la misma capital del país se estaría incumpliendo lo ordenado por la Ley N° 29803. Con mayor razón resulta indispensable determinar si caso similar sucede en otros lugares del país, caso particular, en el Distrito de Cajamarca.

En lo referente al tema de conceder de oficio la Asignación Anticipada de Alimentos, teniendo en cuenta que esta última forma parte de las medidas cautelares siendo una medida temporal sobre el fondo, se deberá considerar la opinión emitida en la tesis antes descrita, que precisa que una medida de oficio puede conllevar a la desnaturalización de los fines de una medida cautelar.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el “actuar de oficio” por parte del juez de paz letrado para otorgar la asignación anticipada de alimentos en favor de los hijos menores de edad con indubitable vínculo familiar con el demandado, es una disposición recogida por la Ley N° 29803, debiendo ser cumplida bajo los presupuestos establecidos por esta misma norma. Toda vez que se debe considerar que, en gran porcentaje de los procesos de alimentos donde no se solicita asignación anticipada, se debe a la falta de conocimiento y/u orientación legal de la demandante, que desconoce sobre este beneficio. Y, como consecuencia de ese desconocimiento no se puede dejar en desamparo al menor de edad, aún con mayor razón si se trata de reconocerle anticipadamente un derecho que de por sí le corresponde.

## **2.5. Definición de términos básicos**

### **2.5.1. Alimentos**

La palabra alimentos, proviene del latín *alimentum* que a su vez significa simplemente nutrir, se trata de una institución importante del Derecho de Familia que consiste en el deber jurídico impuesto

por la ley y que está constituida por un conjunto de prestaciones para la satisfacción de necesidades de las personas que no pueden proveer a su propia subsistencia. (Mejía, 2015, p.2)

### **2.5.2. Asignación anticipada**

La Asignación Anticipada de Alimentos hace alusión al otorgamiento anticipado de una pensión alimenticia; siendo una medida temporal sobre el fondo, toda vez que es carácter excepcional cuyo objeto consiste en anticipar lo que va a ser materia de decisión en la sentencia final. Esta medida permite la anticipación total o parcial de la sentencia futura, satisfaciendo en forma integral lo que es materia del petitorio o parte de aquello contenido en la misma pretensión. (Pagés, 2009, p.58).

### **2.5.3. Proceso de alimentos**

El alimentista utiliza el proceso civil para reclamar un derecho adquirido desde la concepción. Según nuestra legislación actual hay un proceso alimentario propio para los niños y adolescentes que se tramita conforme a las reglas pertinentes del Código de los Niños y Adolescentes; y otro, propio de los adultos y de los simplemente alimentistas que se tramita conforme a las normas respectivas del Código Procesal Civil. Dentro del proceso de alimentos se considera a la acción de alimentos en sí y a las que se derivan de ésta: aumento, reducción, cambio en la forma de prestar los alimentos, exoneración, prorrateo y extinción de la obligación alimenticia.

En el proceso de alimentos se discuten: 1) El conflicto de intereses, cuando el derecho reclamado se sustenta en prueba que, en forma indubitable, acredita la existencia del vínculo familiar invocado. Y 2) La incertidumbre, porque el derecho puede ser declarado o no. Es decir, cuando se trata de alimentos reclamados por un simplemente alimentista, se presenta la discusión de una incertidumbre con relevancia jurídica, porque dicho derecho está reconocido en el artículo 415° del Código Civil a condición que el demandante cumpla con las exigencias que la ley le impone. (Leyva, 2014, pp. 35-36)

#### **2.5.4. Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente**

Es el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de Niñez y Adolescencia. Este principio se encuentra establecido de manera fundamental en el artículo 3° de la Convención Sobre los Derechos de los niños y niñas. Es también conocido como el interés superior del menor, haciendo referencia a un conjunto de acciones y procesos enfocados en garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños (Freedman, 2007, p. 32).

## **CAPÍTULO III**

### **CRITERIOS JURÍDICOS UTILIZADOS POR LOS JUECES DE PAZ LETRADO DEL DISTRITO JUDICIAL DE CAJAMARCA PARA OTORGAR LA ASIGNACIÓN ANTICIPADA DE ALIMENTOS DE OFICIO**

#### **3.1. El carácter positivista de la norma, como norma-regla**

En la hipótesis planteada hemos considerado que si bien existen algunos jueces que no fijan la asignación anticipada de oficio, el contenido de esta norma refleja un aspecto positivista de la misma, es decir de una regla como mandato, en consecuencia, deberá ser evaluada desde el aspecto positivista de la norma.

Para los positivistas, el derecho es entendido como “un conjunto de normas puestas (e impuestas) por seres humanos, y en que señalan como tarea, a la ciencia del mismo, estudiar y, a la práctica, aplicar e imponer el derecho así concebido; así el objeto del derecho son las leyes emanadas del órgano facultado por otra ley, superior, para hacerlo, sin que se tenga que cuestionar nada acerca del contenido de las mismas, sino, en todo caso, constatar que formalmente hayan cumplido con los requisitos de promulgación” (García Maynez, 1999, p. 60), así analizaremos brevemente las etapas del positivismo.

##### **3.1.1. Positivismos clásico**

El positivismo clásico surge cuando se ha considerado que el Derecho Positivo y el Derecho Natural ya no son uno solo y por el contrario “se considera

derecho en sentido estricto al positivismo, es decir, el concepto de derecho sólo admite un objeto: el derecho positivado. El derecho natural no está concebido como derecho, sino algo con pretensión de un día venir a ser positivado y, solamente así, hacerse derecho, forma de considerar como derecho solamente aquello que está positivado a través de las formas previstas por normas de organización y competencia” (Bobbio, 1993, p. 55), en consecuencia es derecho todo aquello que esta escrito, codificado, lo material, sustentándose además en las principales afirmaciones:

- a) Destaca conviene destacar su fuerte carácter ideológico, en el sentido de determinar *cómo deberían portarse los ordenamientos jurídicos*, lo cual puede ser explicado, en cierta forma, por la necesidad de consolidación de una verdadera ideología sobre el papel del derecho, principalmente en lo que se refiere a su contenido, que no debería ser preocupación del jurista (lo resaltado es nuestro).
- b) El derecho debe ser estudiado como un hecho, no como un valor.
- c) El concepto de derecho debe estar vinculado a la posibilidad de hacerse cumplir a través de la coacción y no por su cumplimiento voluntario.
- d) La principal fuente del derecho es la legislación.
- e) La norma jurídica como mandato, teoría imperativista del Derecho.
- f) La teoría del ordenamiento jurídico, donde cada norma debe ser tratada como integrante de un ordenamiento que le condiciona validez y compatibilidad.
- g) El positivismo sostiene como sistema de interpretación la interpretación mecanicista, que hace de la actividad jurídica mero hecho de declaración

del derecho, ya que la regla jurídica ya contiene la solución al caso presentado, que se adapta al supuesto fáctico (Bobbio, 1993, p. 141)

Si aplicamos esta percepción al derecho de alimentos, se tiene que el positivismo se expresa en la medida que considera que las normas de la asignación anticipada de alimentos deberían ser impuesta de oficio, aún cuando no lo hayan solicitado, evidenciando además la teoría imperativa de la norma como mandato que se da con la Ley N° 29803, que modifica los artículos 608° y 675° del Código Procesal Civil. Es decir, la regla jurídica ya ha establecido una solución al caso en que las partes no pidan asignación anticipada a pesar de que se haya acreditado el vínculo paterno filial, por ende el juzgador solo debe ser un mero aplicador de la misma

### **3.1.2. Positivismo moderno**

Su concepción radica en que se asume “un carácter más científico en relación con el estudio del derecho, de modo que propicia el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Se destacan en esas discusiones temas como el contenido del derecho, su relación con la moral, su origen social o la eficacia o falta de esa al derecho. Se caracteriza no tanto como un concepto concreto y acabado del Derecho como un método de aproximarse a su estudio” (Dorado Porras, 2004, p. 36).

Sus máximos representantes son Hans Kelsen y Habert Hart, quienes señalan que “la autonomía del derecho parte de una concepción normativa de derecho, donde toda norma encuentra su criterio de pertenencia a determinado sistema jurídico en otra norma que le sea jerárquicamente superior o posterior. La única norma que no encuentra criterio de validez en otra será la norma fundamental. El concepto de

derecho es, construido basado en relaciones de validez y a partir de la norma fundamental. La primera representa la relación de validez entre normas de jerarquía diversa y la segunda una norma presupuesta con la finalidad de mantener la teoría pura” (Barzotto, 1999, p. 49).

Ambos autores concuerdan en que el Derecho es todo aquello que esta escrito, no obstante realizan la diferenciación de las normas que componen el sistema jurídico, así mediante la piramide kelseniana se establecen las normas primarias, secundarias, etc. Esta piramide positivista Kelseniana, no debe llevar a las siguientes interrogantes ¿La nueva disposición contenido en el artículo 680° del Código Procesal Civil contraviene el principio constitucional del interés superior del niño?, ¿El Juez de Paz Letrado debe de aplicar la norma si es que esta contraviene a la Constitución?, aquí es donde adquiere una especial atención el positivismo, pues aplica el Juez aplicará el carácter prescriptivo de la norma.

### **3.1.3. Manifestación del positivismo en el derecho de familia y derecho alimentario**

Un aspecto fundamental que se debe tener en cuenta es la importancia que tienen para los positivistas los principios, sobre el cual se han realizados las siguientes posturas:

- a) Los principios son aquellos en que se encuentran contenidos el sentido y el capital pensamiento de las instituciones del derecho (Burón, 1954, p. 39).
- b) Los principios generales como el tejido conjuntivo del entero ordenamiento jurídico, principios cuya reconstrucción es posible mediante un procedimiento lógico que arranca de lo particular y va hacia una progresiva y cada vez más amplia generalización (Messineo, 1954, p. 111).

- c) Los principios generales de derecho se imponen por su propia fuerza persuasiva, sin estar referidos a hechos concretos, para los positivistas el derecho es únicamente la ley, y los principios generales solo están en la ley y de ella se derivan por inducción; otros, en cambio, entienden que el derecho es algo más que la ley, que aparece integrado por valores, y en este caso los principios no son reglas obtenidas de la deducción axiomática, sistemática o lógica, sino que aparecen como reglas preexistentes respecto de las cuales las normas no son más que un resultado (Ordoqui Castilla, 2005, p. 145).

Esta última postura de los principios va más allá del positivismo entendido como todo lo escrito o codificado, para hacer notar la vinculación entre el derecho y la moral, a lo que denominamos como positivismo incluyente, así el Juez de Paz Letrado no solo aplica y fija la medida cautelar de asignación anticipada de oficio por el carácter meramente positivista de la norma, sino también por que sabe que es su deber de garantizar la eficacia del principio del interés superior del niño, esto es, acepta y agrega a la norma positiva cierto grado y contenido de moralidad, que no es otra cosa que una expresión del positivismo incluyente. Ello a diferencia de los iusnaturalistas quienes consideran al principio como aquellos preceptos que encierran una verdad jurídica universal.

Lo expuesto se refuerza con la siguiente afirmación “el positivismo jurídico incluyente asume, teniendo en cuenta las aludidas 3 características que identifican al positivismo jurídico, que: i) la existencia y el contenido del derecho en una sociedad depende de una serie de hechos sociales, es decir, de una serie de acciones realizadas por los miembros de tal sociedad, las que pueden reenviar, de modo contingente, a estándares morales, haciéndolos jurídicamente válidos; ii) no se presenta,

necesariamente, el caso de que la validez jurídica de una norma depende de su validez moral; y iii) al menos en algunos casos en los que el derecho reenvía a la moralidad, ésta regula determinadas conductas y por tanto no confiere ninguna discrecionalidad a los jueces” (Himma, 2011, p. 23)

Si aplicamos esta afirmación para que el caso que nos ocupa, se tiene que:

- i) El reconocimiento del principio del interés superior del niño, sin duda ha dependido de una serie de eventos sociales, derivados de la declaración universal de los derechos del hombre, que ha generado que se le otorgue ciertos derechos a las personas más vulnerables como es el caso de los niños, niñas y adolescente.
- ii) La validez jurídica del artículo 680° y 675° que establece la asignación anticipada de alimentos de oficio, su validez no depende de su contenido moral o justo, sino por ser una norma dada por el procedimiento y autoridad competente es plenamente válido.
- iii) A los jueces de paz letrado, no se les confiere discrecionalidad, es decir frente a este mandato imperativo, se tiene que ser aplicado.

### **3.2. El contenido del interés superior del niño, como principio**

#### **3.2.1. Orígenes**

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, constituye un instrumento internacional vinculante para los Estados respecto del tratamiento de la infancia. Dicha herramienta internacional, reconoce a los niños, niñas y adolescentes un conjunto de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales cuyo sustento se resume en cuatro principios fundamentales: la no

discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el respeto de la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten. Es por ello que, debido a la vulnerabilidad propia de su edad, requieren protección, amor y guía para su correcto desarrollo no es una idea que haya sido compartida desde la antigüedad. Por el contrario, los niños eran vistos como seres humanos imperfectos, propiedad de sus padres.

Con respecto a ello Khom Lynne Marie cita lo siguiente:

En el siglo XVIII filósofos de la Ilustración como John Locke comenzaron a defender que los niños tenían derechos naturales que debían ser protegidos y estaban destinados a ser parte de orden social y moral como individuos y, por tanto, sus padres tenían la obligación de asistirlos en su desarrollo hasta que lograsen independencia. (Khom Lynne, 2008, p.89).

Los niños eran una tabula rasa en la que debía trabajarse. Sin embargo, Rousseau, por su parte, consideró que los niños eran puros pero que la sociedad terminaba corrompiéndolos. Es así que durante ese tiempo se empezó a adoptar una postura más sensible hacia la niñez inexistente hasta entonces. Estas ideas propias del romanticismo relativas a la infancia penetraron en la sociedad europea y, luego, americana incorporando las ideas positivas sobre las cualidades de la niñez, vistas ahora como puras y deseables incluso en el mundo adulto.

Es por ello, que en base a este conocimiento surgió el principio del interés superior del niño, si bien en un comienzo no contaba con la extensión con que hoy en día cuenta. Al respecto Khom Lynne Marie manifiesta lo siguiente:

En la Inglaterra del siglo XVII, el derecho de tutela empezaba a desarrollarse. Se empezó usando el concepto de patria potestas, otorgaba poderes absolutos a los padres sobre sus hijos, y sólo a finales del siglo XVIII, se mudó hacia una nueva doctrina llamada *parens patriae*, la misma que reconocía que el estado tenía cierta función parental al poder intervenir mediante sus tribunales en asuntos familiares con el fin de prevenir posibles daños. (Khom Lynne, 2008, p.90).

Así pues, el Estado viene a adoptar un rol protector de las relaciones de familia influenciado sin duda por las ideas de la ilustración y el romanticismo, es intrínsecamente de esta doctrina que nació la idea de que el estado debía actuar para proteger el “interés superior del niño, lo que llevó muchas veces a desviarse de la presunción de que ser criado por el padre respondía al interés superior del niño en toda ocasión. Khom Lynne Marie cita lo siguiente:

En el siglo XIX se acogió en este país el Children Act de 1839, la doctrina de los Tender Years, que presupuso que la tutela de un niño pequeño debía ser otorgada a su madre, por responder al interés superior del niño. En este sentido, el término “interés superior del niño en Inglaterra fue inicialmente usado como una reticencia para denominar las presunciones preferidas del momento. (Khom Lynne, 2008, p.91).

Ahora bien, el derecho del niño fue llevado a lo que hoy en día es Estados Unidos por los colonizadores y se convirtió en la base del derecho estadounidense. El significado en la autoridad parental permaneció hasta años después de la formación de la nueva República. Sin embargo, en los cien años que siguieron a la república esta postura fue cambiando y se adoptó la postura de que los niños no eran sólo sirvientes sometidos a la voluntad de sus padres y que tenían intereses propios.

Asimismo, en el siglo XX esta doctrina siguió desarrollándose e incluyéndose dentro de lo que se llama el sistema de bienestar y fue volviéndose un concepto permanente en el derecho de familia occidental y diversas variantes del mismo fueron incluidas en diversos instrumentos internacionales iniciales cuyo objetivo era sobre todo su protección para evitar abuso de sus derechos. Debemos considerar que ningún tratado internacional ha tenido un impacto tan global como su inclusión en la Convención de los Derechos del Niño logrando alcanzar dimensiones más amplias de las que originalmente tuvo hasta transformarse en la norma incluida en la Convención sobre los Derechos del Niño, la misma que puede ser aplicada para determinar si un Estado, a través de sus funcionarios, o un particular al tomar medidas que conciernan a los niños y adolescentes, ha actuado apropiadamente al considerar el interés superior del niño como primordial.

Como podemos observar, a lo largo de los siglos XIX y XX los reformadores y filántropos extendieron la idea de que la niñez debía ser una feliz, reconociéndose las necesidades especiales y características propias de los niños y hubo una preocupación especial por los niños “ilegítimos” y que vivían aquejados por la revolución industrial. De la mano con esto estaba, naturalmente, la búsqueda del interés superior de los niños en otros temas diversos como la tutela y la protección estatal de niños en estado de necesidad.

La Convención refiere que el interés superior del niño o adolescente será una consideración primordial, es importante resaltar esto pues no se establece que el interés superior del niño será la única consideración a tomarse en cuenta, es decir, no significa que los estados estén obligados a hacer prevalecer el interés superior

del niño ante otros intereses sin embargo este de prevalecer ante la amenaza de una violación de derechos del niño, niña y adolescente.

### **3.2.2. Funciones del Principio del Interés Superior del Niño**

El Principio del Interés Superior del Niño representa el espíritu de la doctrina de la protección integral, materializado en el reconocimiento de los derechos humanos de la infancia consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, asimismo debe ser la guía y criterio rector en la toma de decisiones en materia de infancia, lo que a la vez garantizará la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por tanto este principio posee ciertas funciones y características que se antepone a cualquier otro derecho o interés en controversia, pues constituye una norma sustantiva que tiene prevalencia sobre cualquier norma procesal.

Respecto a ello, Zermatten manifiestan lo siguiente, este autor ha identificado ciertas funciones y características del principio del interés superior que a continuación procederemos a revisar, las funciones señaladas por este autor están incluidas en dos criterios:

Criterio de control y Criterio de solución este primero sirve para asegurar que el ejercicio de derechos y las obligaciones de los niños sean facilitados y cumplidos. Y el criterio de solución asiste a los funcionarios encargados de tomar medidas con el fin de arribar a decisiones apropiadas en casos que involucren a niños (Zermatten Jean, 2003,p. 21).

Siguiendo con lo citado considero que el interés superior juega determinados roles, por ejemplo; apoya, justifica junto con los demás artículos de la Convención un enfoque en particular sobre temas concernientes a los niños y adolescentes, por lo

que es un elemento de construcción de normas legales y a la vez un elemento que debe ser tomado en cuenta a la hora de implementar otros derechos. Es decir, el análisis del interés superior del niño puede ser el fundamento de la creación de una norma legal y, a la vez, puede servir para definir la forma en que habrá de implementarse otros derechos, este es un principio de mediación que puede ayudar a resolver conflictos entre distintos derechos, a partir de la Convención. Es decir, habrá de usarse al interés superior del niño para realizar la ponderación de estos derechos.

Ahora bien, sobre las características de este principio Zermatten enumera lo siguiente:

1. El interés superior no es un derecho subjetivo o sustancial stricto sensu, sino que es un principio de interpretación que debe ser usado en todo tipo de medidas que conciernan a los niños.
2. siempre ha de tenerse en cuenta el estándar más alto favorable al interés superior de los niños.
3. Esto es particularmente importante porque como veremos más adelante el Perú cuenta con un estándar más alto de protección del interés superior del niño y adolescente.
4. Este principio está inmerso en un espacio y tiempo en particular. Por tanto, su determinación en el caso concreto va a depender del conocimiento científico en constante evolución y ha de tener en cuenta los estándares de interpretación válidos existentes. (Zermatten Jean, 2003, p. 21).

En ese sentido, considero que las características del interés superior del niño, muestran la flexibilidad y la riqueza de este criterio y de sus debilidades, no estando definido de manera precisa, siendo relativo al tiempo y al espacio y conteniendo una buena dosis de subjetividad, las características de este principio constituye un

principio de interpretación que debe ser utilizado en todas las formas de intervención con respecto a los niños y que confiere una garantía a los niños de que su suerte será examinada conforme a este principio de interpretación, asimismo esta disposición impone la obligación a los estados de tomar en cuenta al interés superior del niño y adolescente como un pilar para la toma de decisiones.

Por tanto, este principio tiene la primacía de ser amplio y flexible y de poder adaptarse a las diferentes culturas, socioeconómicas, y sistemas jurídicos diferentes. Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico peruano está incluido implícitamente en el artículo 4° de la Constitución, que establece que la comunidad y el estado protegen especialmente al niño y al adolescente. Así lo manifiesta el Tribunal Constitucional en su sentencia del expediente N°02132-2008-PA/TC, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4 de la Norma Fundamental en cuanto establece que la comunidad y el estado protegen especialmente al niño, al adolescente.

Por tanto, podemos afirmar que el principio de interés superior del niño guarda una fuerte carga axiológica, en la medida en que se basa en la dignidad del ser humano, lo que se traduce en que justamente sea este principio la base de toda medida política adoptada a favor de la infancia. Actuando este principio como norma orientadora de todas las medidas que adopten las autoridades judiciales o administrativas. Es uno de los principales pilares de la doctrina de la Protección Integral que otorga prioridad social y comprende la acción preferente de las autoridades del estado a favor de los menores de edad, tiene su sustento en el respeto

de la dignidad de la persona humana reconocido en el artículo 1° y 3° nuestra Constitución Política del Perú.

### **3.2.3. Hacia una conceptualización del principio del interés superior del niño**

Definir en qué consiste el interés superior del niño es complejo porque no hay acuerdo entre los tratadistas sobre su concepto y naturaleza, para algunos no es un principio para otros sí y otros si bien lo aceptan como principio del derecho lo limitan en su aplicación sólo al ámbito de la rama de los derechos del niño y del derecho de familia, pero no a todo el derecho en general. Ante la falta de definición de este principio, la doctrina ha hecho un esfuerzo por delimitar sus alcances. Al respecto, Jean Zermatten, presidente del Comité de los Derechos del Niño, ha profundizado sobre el tema y empieza su artículo al respecto mencionando que:

Cuando en la Convención sobre los Derechos del Niño se une las palabras “interés” y “superior” opta por enfatizar que el fin último es el bienestar del niño. (Zermatten, 2003. p. 3).

Consiguientemente el interés superior del niño es un principio de interpretación jurídica fundamental desarrollado para limitar la extensión de la autoridad de los adultos sobre los niños. Tiene como base el reconocimiento de que un adulto sólo puede tomar decisiones por un niño y adolescente debido a la vulnerabilidad propia de su falta de experiencia y juicio. La consideración del interés superior del niño y adolescente en toda medida que los impacte es una de las reglas procedimentales o etapas por las que se debe pasar para asegurar que la medida a tomarse respeta el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la mano con la obligación estatal de respetar y asegurar que todos los derechos sean aplicados sin mediar discriminación alguna, el derecho inherente a la vida y el derecho del niño y

adolescente a expresar sus puntos de vista libremente en todos los asuntos que lo afecten. A partir de esta breve conceptualización se esbozará una definición de este principio que trata de comprender sus principales características. El interés superior del niño es un principio de interpretación fundamental en el sistema de derechos humanos de los niños y adolescentes que funciona como una regla procedimental que garantiza que los estados y particulares, encargados de tomar medidas que conciernan a los niños y adolescentes, evaluarán el impacto de tal decisión en los intereses de los mismos como paso previo a la toma de una decisión en particular. A la vez, funciona como un criterio de control pues a través de la valoración de efectos y consecuencias que una medida en particular (sea ésta una norma, una resolución judicial, una política en particular, etc.) puede llegar a tener, se controla que el ejercicio de derechos y obligaciones de los niños y adolescentes serán facilitados y cumplidos. Es, por tanto, el principio inspirador de construcción de normas legales pues le otorga el fundamento o justificación a toda medida que concierna a los niños; también lo es a la hora de resolver conflictos de derechos pues es una herramienta de ponderación, y sirve, además, como un criterio de evaluación de leyes, políticas y prácticas existentes con el fin de verificar su adecuación con los intereses de los niños y adolescentes y sus derechos.

La naturaleza de este principio lleva a su determinación en cada caso concreto y, por tanto, es flexible y da pie a que a una protección de los intereses del niño más dinámica haciendo uso de los adelantos que la ciencia, las investigaciones doctrinarias y los consensos sociales vayan generando siempre en pro de una mejor protección de los derechos del niño y adolescente. Tanta importancia tiene este principio que nuestro ordenamiento jurídico le otorga el estándar más alto de

protección pues el interés superior del niño será preferido ante cualquier otro interés en juego en cualquier tipo de decisión que concierna a los niños y adolescentes, y no sólo en casos específicos como lo señala la Convención de los Derechos del Niño.

#### **3.2.4. Naturaleza jurídica del principio del interés superior del niño, como principio**

En lo que concierne a nuestro ordenamiento, el interés superior del niño está incluido implícitamente en el artículo 4° de la Constitución, que establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente.

Podemos concluir entonces, que en nuestro ordenamiento el principio del interés superior del niño ya no es sólo un principio garantista que extiende una obligación a entidades estatales y particulares, sino que se ha pasado a reconocer un derecho subjetivo a favor de los niños de que en cualquier caso su interés superior sea examinado primordialmente y prime sobre cualquier otro interés. Por tanto, los niños tienen conferidos el grado más alto de protección en nuestro ordenamiento.

##### **3.2.4.1. Como principio garantista**

Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos. Sobre el particular, Aguilar Cavallo cita lo siguiente: “Son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos” (Aguilar Cavallo, 2008, p.230).

Entendiendo de este modo la idea de “principios”, la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del

Interés Superior del Niño y adolescente, creer que el Interés Superior del Niño y adolescente debe meramente “inspirar” las decisiones de las autoridades. No, este principio lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades. En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un “principio” que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el Interés Superior del Niño como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el Interés Superior del Niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños y adolescentes tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. En este punto es posible afirmar que, lo que aquí provisionalmente denominamos “principio” también lo podemos denominar “garantía”, siguiendo a Cillero Bruñol, podemos también denominar lo siguiente:

En el caso específico del Interés Superior del Niño en la Convención, como “garantía”, entendida esta última “como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos”. Ensayando una síntesis se puede decir que el Interés Superior del Niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista. (Cillero Bruñol, 1998, p.85).

A pesar de que existen estas menciones específicas, el interés superior es un principio que ha de aplicarse en toda actividad de la implementación de la Convención, pero se hace necesaria esta mención específica en los casos en que se

restringirá un derecho ya reconocido. En estos casos delicados por naturaleza en que el interés superior del niño y adolescente pasa a ser la consideración primordial y antecederá a intereses como el de la familia y del Estado. Por tanto, corresponde a los operadores de justicia de nuestro país de todas las instancias internalizar los alcances del Principio del Interés Superior del Niño y sopesarlo como fundamento de todos los fallos judiciales en materia de infancia.

### **3.3. El carácter funcional y regulador del derecho**

El Derecho, desde el punto de vista doctrinario, es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de los hombres en sociedad, sin embargo sabemos que el derecho se origina por los grupos y fuerzas que de manera desigual operan en cada sociedad concreta, por tanto; es parte de ella y se relaciona con los demás factores y diversos grupos sociales (demográficos, políticos, económicos, culturales entre otros), de tal manera se puede afirmar que existe una conexión entre los contenidos de las relaciones jurídicas, las diferentes relaciones sociales, y los factores que las condicionan. En este sentido, las interrelaciones originadas durante los procesos históricos, marcan el momento de la creación jurídica estatal, a la vez que lo condicionan; y una vez iniciado se convierte en un elemento relativamente independiente para regular la sociedad, con lo que se llega a identificar al Derecho como una realidad autónoma.

El Derecho no es “norma y solo norma” como afirmara en su Teoría Pura del Derecho Hans Kelsen, sino que está impregnado de todo elemento social, político y cultural, económico y también de valores morales y de conducta en una sociedad determinada, sin obviar que la creación normativa es a la vez resultado de las luchas y logros sociopolíticos de clases, grupos y sectores sociales representados en el

órgano supremo de poder y con los agentes sociales que lo aseguran.  
(Hans Kelsen, 1934, pág.33).

Sabemos que el Derecho tiene carácter regulador, fija y consagra lo obtenido, lo querido y como resultado de tal función se dictan las disposiciones aseguradoras de las conquistas. Ejemplos múltiples se tienen a través de toda la historia, luego de las grandes revoluciones, se aprueban Constituciones. Esta función muestra al derecho como un fenómeno posterior al hecho, como ente legitimador jurídico, portador de la validez formal posterior en tanto asiste al cambio, pero consolidando jurídicamente las modificaciones que en las costumbres, concepciones e instituciones de la sociedad se vienen produciendo durante un determinado periodo histórico, las que no tendrían ninguna estabilidad si no obtienen una consagración jurídica. Pero tampoco se puede obviar que el derecho es un fenómeno social y un elemento de la realidad de ésta y no es sólo normatividad posterior, sino que constituye también una parte contextual donde se aplica, que a la vez que nace de la sociedad la condiciona, la moldea.

La propia reciprocidad antes enunciada hace que el derecho también se manifieste como impulsor de transformaciones y asista al cambio social estimulándolo, como guía del futuro que hacer o instrumento de cambio, lo que le hace aparecer como un fenómeno pre-social, independiente y anterior a la realidad, aun sin serlo.

Consiguientemente, como elementos o componentes del concepto del Derecho vale señalar tres básicos: El normativo, a través del cual se regulan las conductas de la sociedad, una norma, con su significado en la vida social, es una regla de conducta, una determinación de lo que se debe hacer, o no hacer o, lo que puede ser hecho alternativamente. Ciertamente, el Derecho es, ante todo, un fenómeno normativo,

una estructura normativa. Incluso hay que significar que el carácter normativo del Derecho no sólo alude a que sea siempre un conjunto de normas, de dictados de conducta deontológico (del deber ser), sino, además, a que sea un conjunto armónico, que pueda constituir un sistema, en el que cada una de sus partes esté en íntima vinculación con el todo en un sentido ontológico y funcional, de modo que una afectación en una de las partes se extiende al todo del sistema.

Entonces, definimos que el derecho es un conjunto de valores, principios e intereses expresados como normatividad, fenómeno espacio-temporal que existe para ser realizado consecuentemente con el ideal de justicia, y resultado de un proceso de creación consciente, matizado por factores ideológicos que dimanen de los intereses que lo fundamentan y de aquellos que priman en los órganos facultados para su creación y aplicación.

Ahora bien, siempre que se estudia el fenómeno jurídico en su manera más totalizadora, se nos hace imposible evitar hacer un análisis real de las funciones del derecho.

Un sistema jurídico o tiene control social o no lo tiene; impera en él la seguridad y la justicia, o no es así. En cambio, tal vez sea más apropiado tratar estos conceptos como graduales, de tal modo que pueda afirmarse que un sistema jurídico ha conseguido un mayor o menor control social, un grado más o menos elevado de seguridad, o un nivel más o menos aceptable de justicia. Con estas dos precisiones, es posible abordar, aunque sea de manera muy somera, el análisis conceptual de las tres funciones de derecho:

La idea de control social puede ser entendida de maneras muy variadas, ha sido destacada por algunos autores una ambigüedad característica de esta expresión.

Manuel Atienza refiere lo siguiente:

El Derecho es un sistema de control social porque supervisa el funcionamiento de las demás instituciones sociales resolviendo los conflictos que se puedan producir dentro del sistema social. En este caso, se hablaría de control social como una función integradora. Otras veces, en cambio, se añade a la anterior significación la de que el Derecho sirve como dirección y guía de conductas, con lo cual se le está calificando de mecanismo no sólo de integración, sino también de regulación. (Atienza, 2001. p.69)

Por consiguiente, de debe tener en claro que las normas sociales y las normas morales funcionan también en este doble sentido integrador y relativo y que únicamente si descendemos al concreto modo en que realizan su tarea es posible efectuar la distinción entre los diversos ordenes normativos. Como es bien sabido, esta tarea en el caso del derecho es llevada a cabo por instituciones.

Por ello, considero que el control social es gradual se puede conseguir una mayor o menor integración social a través del derecho, así como se puede conseguir un seguimiento de las normas jurídicas más o menos amplio. Esto último nos lleva a una segunda observación. Cuando se sostiene que todo sistema jurídico cumple con la función de control social, seguramente se está pensando en un sistema jurídico eficaz, o, mejor dicho, con algún grado de eficacia. Todo sistema jurídico eficaz supera cierto umbral de integración de conflictos y regulación de conductas, Ahora bien, el problema que se puede plantear es que procediendo de este modo se corre el riesgo de sustituir una tesis que pretendía ser sintética (es decir, verdadera por

contraste con una realidad empírica) por otra que es analítica (es decir, verdad simplemente por definición). Si para que sirva como mecanismo de integración y regulación de conductas un sistema jurídico requiere que se cumplan sus normas de manera general, entonces necesita tener algún grado de eficacia. Pero como grado de eficacia significa el cumplimiento de normas, entonces no es conceptualmente posible que exista un sistema jurídico con una cierta eficacia sin que se dé el correspondiente grado de cumplimiento, y, por tanto, de regulación de conductas. Por definición, pues, todo sistema jurídico eficaz cumple con la función de control social y sólo cumplen con tal función los sistemas jurídicos eficaces.

Todo sistema jurídico debe cumplir la función de control social, de tal modo expresaría un ideal ente regulativo, un estado de cosas que se pretende alcanzar porque se considera valioso.

Asimismo, tenemos seguridad jurídica y la justicia, la primera es una idea intuitiva que subyace a la de que el Derecho cumple o debe cumplir la función de seguridad es que las personas a las que van destinadas las normas jurídicas deben saber a qué atenerse, es decir, deben conocer con anterioridad a sus comportamientos cuáles de éstos están prohibidos, son obligatorios o les están permitidos. En definitiva, la seguridad se refiere a la posibilidad de planificar. Empero todo sistema jurídico cumple la función de seguridad. después de lo dicho, se puede entender o bien en el sentido de que los sistemas jurídicos cumplen la seguridad jurídica en algún grado o bien que la cumplen a partir de cierto grado. En cuanto a la justicia, se tiene que los seres humanos nos caracterizamos por tener valores morales. Se suele entender que lo que define este tipo de valores es que son últimos. Con ello se quiere decir, normalmente, que sirven de justificación de nuestras acciones o comportamientos,

sin que ellos requieran un fundamento ulterior. Si esto es así, resulta fácil darse cuenta de que uno de los criterios para valorar los sistemas jurídicos en general y cada una de sus normas en particular será su adecuación a la moralidad y las buenas costumbres.

### **3.3.1. El derecho como instrumento regulador**

El derecho es un elemento puramente social que el ser humano creó desde tiempos antiguos cuando se organizó en comunidades o sociedades y es por esto que la importancia del derecho es vital si buscamos una convivencia mesurada en una sociedad.

Asimismo, se dieron cuenta que para que una sociedad fuera armoniosa tuviera que establecerse una serie de reglas, derechos y obligaciones para así tener un balance que ayudara a regular la conducta de estas sociedades. Ahora bien, entendemos por derecho al sistema de leyes, regulaciones y normas que una región, país o territorio se da a sí mismo con el objetivo de mantener bajo control ciertos comportamientos y actos sociales que puedan ser considerados peligrosos o dignos de interés. El derecho sigue vigente hasta nuestros tiempos con sus diferentes normas que han ido cambiando a lo largo del tiempo y se seguir modificando ya que las sociedades, así, como cada individuo tiene la necesidad de ir evolucionando en su conducta humana de acuerdo al medio que lo rodeado que antes era prohibido ahora puede ser permitido según como cámbienlos pensamientos de lo que es correcto y no. Es como se modifican las normas. Cuando pensamos en derecho, podemos decir que hay dos tipos principales. En primer lugar, encontramos el derecho que no se establece de manera oficial por escrito pero que está en la conciencia social de las personas estas las sabemos a través del sentido común qué cosas se pueden hacer y

qué cosas no, por ejemplo, lastimar a alguien. Se puede decir que así comenzó el derecho pues este tipo de derecho es más antiguo luego, cuando las sociedades se hicieron más complejas, surgió la necesidad de establecer por escrito todas las reglas, leyes, normas y regulaciones.

El derecho se inspira en postulados de justicia y constituye el orden normativo e institucional que regula la conducta humana en sociedad. La base del derecho son las relaciones sociales, las cuales determinan su contenido y carácter. Dicho de otra forma, el derecho es un conjunto de normas que permiten resolver los conflictos en el seno de una sociedad. A la hora de hablar de derecho es fundamental que establezcamos cuáles son sus fuentes, es decir, las ideas y los fundamentos en los que se basa aquel para poder desarrollarse y establecer sus principios básicos. En este sentido, tenemos que subrayar que sus citadas fuentes pueden determinarse, de manera general, en tres grandes categorías:

Las reales, que son las que vienen a establecer lo que es el contenido de una ley en cuestión, las históricas, que son todos aquellos documentos antiguos que se emplean para referirse a los que tienen el contenido de una ley.

El derecho efectivo o positivo está formado por las leyes, normativas, reglamentos y resoluciones creadas por el Estado para la conservación del orden social. Se trata de normas cuyo cumplimiento es obligatorio para todos los ciudadanos. El derecho subjetivo, en cambio, es la facultad propia de un sujeto para realizar o no una cierta conducta. Se trata de la potestad que el hombre tiene, en conformidad con una norma jurídica, para desarrollar su propia actividad frente a otro. Se considera que el derecho tiene varias características. Una de ellas es la bilateralidad (un individuo distinto al afectado está facultado para exigirle el cumplimiento de una norma), que

le otorga la cualidad de imperativo atributivo al derecho. Es imperativo ya que impone un deber de conducta (como pagar impuestos) y atributivo por lo mencionado anteriormente respecto a la facultad para exigir el cumplimiento del imperativo. Otras características del derecho son su heteronimia y coercibilidad (permite el legítimo uso de la fuerza estatal cuando un ciudadano no cumple con sus exigencias).

El derecho como instrumento regulador, este a través de sus normas constituye un conjunto de preceptos destinados a regir la vida de los hombres; pero la moral tiene un radio de acción más amplio que el del Derecho, ya que establece los deberes del individuo no solamente respecto de sus semejantes, sino también respecto a sí mismo. El fundamento del derecho no sólo busca ser explicativo, sino que debe ser justificativo, ya que el espíritu humano no se satisface con razones únicamente explicativas. Existen dos núcleos en el fundamento como es el subjetivismo, que es lo que pertenece al sujeto, al interior del hombre, principalmente su razón, espontaneidad o inspiración. El segundo núcleo es el objetivismo que es todo lo que está afuera, lo que él conoce, le afecta o lo impresiona. Estos núcleos van a formar las teorías subjetivistas y objetivistas.

Existen también métodos del conocimiento, que son el camino a seguir para conocer la verdad de un objeto, estos métodos son; el método deductivo creado por Aristóteles, también llamado método racional, es aquel que va de lo universal a lo particular, de lo abstracto a lo concreto.

El derecho como función reguladora, el derecho acepta y absorbe el conflicto porque las razones del conflicto tienen respaldo en la opinión pública o en el poder

político, dando lugar a normas reguladoras. Ejemplo: normas sobre propiedad intelectual, normas protectoras del niño y adolescente.

Asimismo, considero que la justicia es una condición necesaria de la seguridad. Hay quien sostiene que la seguridad no es tal si las normas jurídicas además de claras, públicas, cumplidas y aplicadas por la autoridad, no son también justas. Así, se afirma:

Tener seguridad jurídica no es solo saber que existe un sistema legal vigente, por injusto que sea, no es sólo saber a qué atenerse, no es sólo saber lo que está prohibido o permitido por un ordenamiento jurídico. Tener seguridad jurídica es la exigencia de que la legalidad realice una cierta legitimidad (Díaz García, 1998, p.44).

Es decir, un sistema de valores considerados como imprescindibles en el nivel ético social alcanzado por el hombre y considerado por él como conquista histórica irreversible: la seguridad no es sólo un hecho, es también, sobre todo, un valor. Lo expuesto, hace notar que los jueces de paz que fijan la asignación anticipada de oficio, no solo velan por el respeto del principio del interés superior del niño, sino también hacen cumplir el rol y fin del derecho, es decir, regular y disponer el comportamiento de ciertos actos.

## **CAPÍTULO IV**

### **RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

#### **4.1. Presentación de resultados**

La presente investigación, tiene por finalidad establecer los criterios jurídicos por los cuales los jueces de paz letrado conceden la asignación anticipada de oficio en los procesos de alimentos.

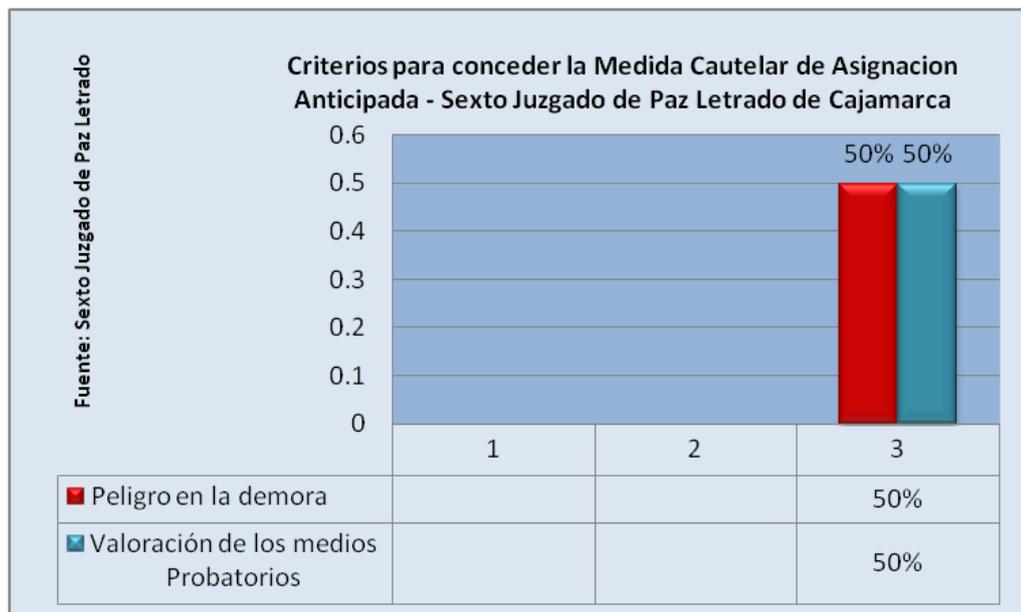
El conflicto jurídico surge a raíz de la modificatoria realizada mediante Ley N° 29803, que modifica los artículos 608° y 675° del Código Procesal Civil y dispone que el Juez de Paz Letrado deberá consignar la asignación anticipada de oficio, aun cuando la demandante no lo haya solicitado, siempre y cuando haya indubitable vínculo familiar, no obstante, consideramos que dicha norma vulnera la naturaleza jurídica y características de la medida cautelar, pero dado el carácter positivo de la norma y el principio del interés superior del niño, esta debe ser aplicada.

Por lo que, atendiendo a la naturaleza de la muestra y unidad de análisis, y dado el desarrollo de la presente investigación, se ha creído conveniente revisar los procesos judiciales del año 2017 del segundo, tercero y sexto juzgado de paz letrado, a fin de evaluar bajo qué criterios o motivación los jueces deniegan o conceden la medida cautelar de asignación anticipada, en la medida que tiene por finalidad demostrar los criterios que guían a esos juzgadores. En ese contexto, se establecen los siguientes cuadros estadísticos a efectos de acreditar y dar mayor validez a nuestra hipótesis,

teniendo presente que los datos de identidad han sido reservados por cuestiones de etica en el desarrollo de investigación; se hace hincapie que al personal jurisdiccional de ambos juzgados de paz letrado se les explico el contenido y alcances de la presente tesis; los resultados son expresados de la siguiente manera:

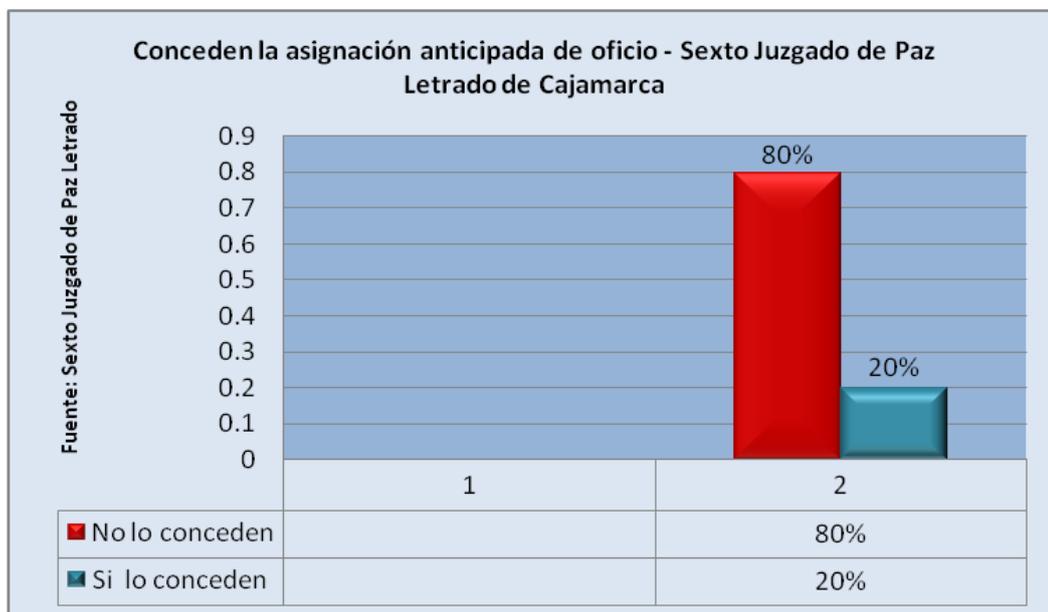
#### 4.1.1. Resultados de expediente analizados en el Sexto Juzgado de Paz Letrado

**GRAFICO N° 01: Criterios de valoración para conceder la medida cautelar de asignación anticipada en el Sexto Juzgado de Paz Letrado.**



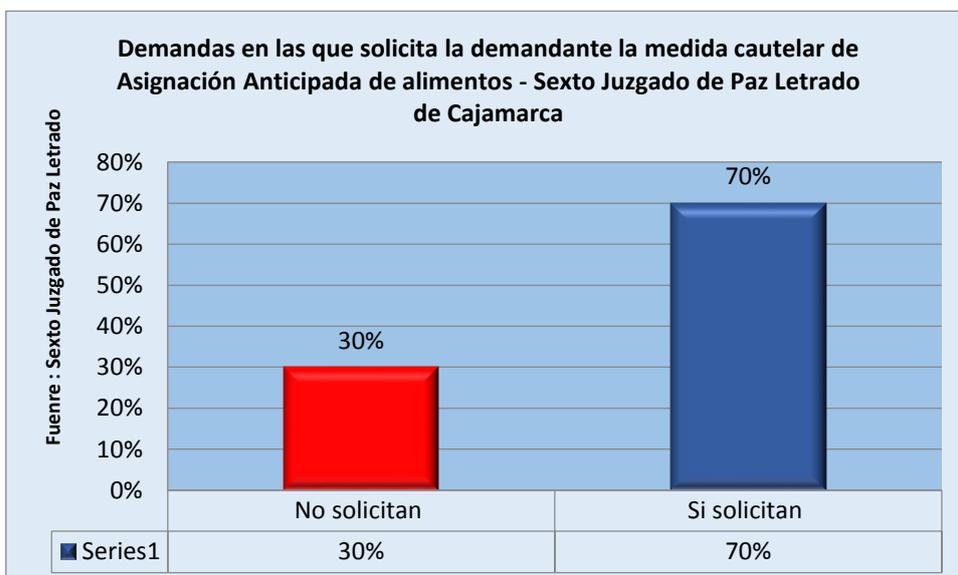
**Fuente:** Elaboración propia

**GRAFICO N° 02: Conceden la asignación anticipada del oficio en el Sexto Juzgado de Paz Letrado.**



Fuente: Elaboración propia

**GRAFICO N° 03: Demandas en las que la accionante solicita la asignación anticipada de alimentos.**

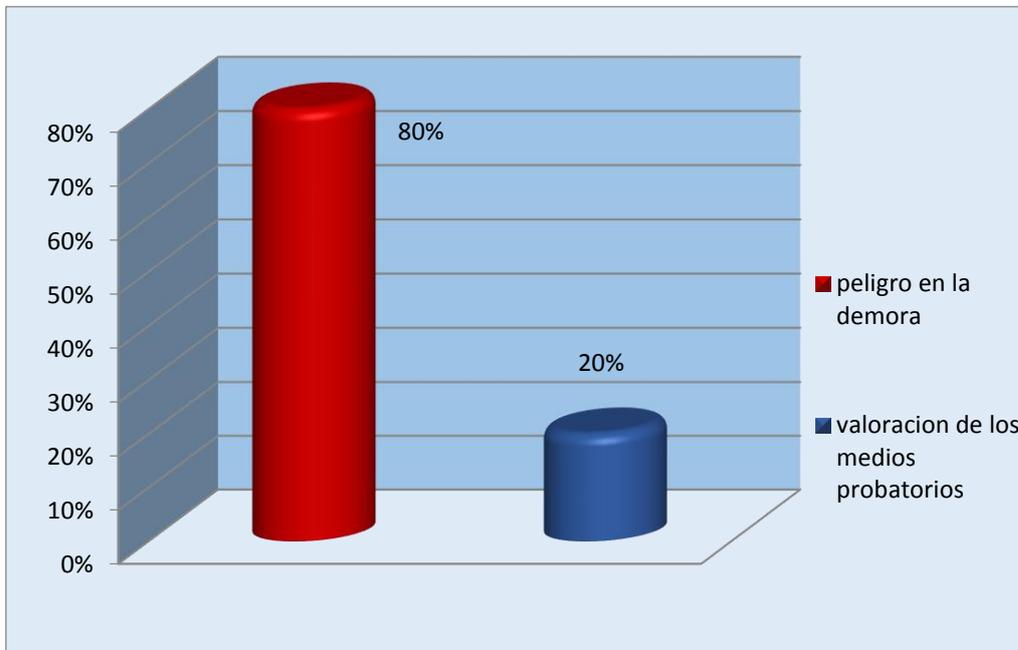


Fuente: Elaboración propia

#### 4.1.2. Resultados de expediente analizados en el Segundo Juzgado de Paz Letrado

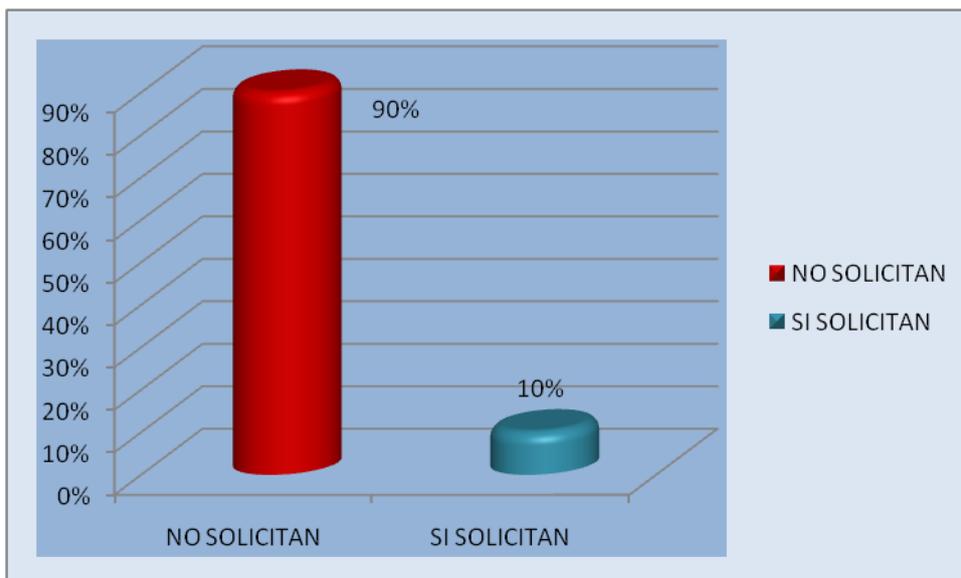
##### GRAFICO N° 01: Criterios de valoración normativa para conceder la medida cautelar

de asignación anticipada de alimentos segundo juzgado de paz letrado de Cajamarca



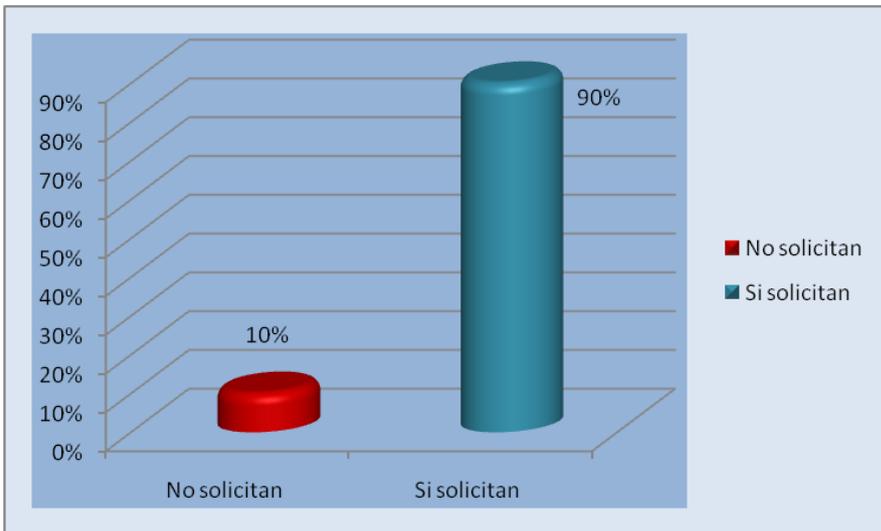
Fuente: Elaboración propia

##### GRAFICO N° 02: Porcentaje de expedientes en las cuales solicitan y le conceden la asignación anticipada de alimentos.



Fuente: Elaboración propia

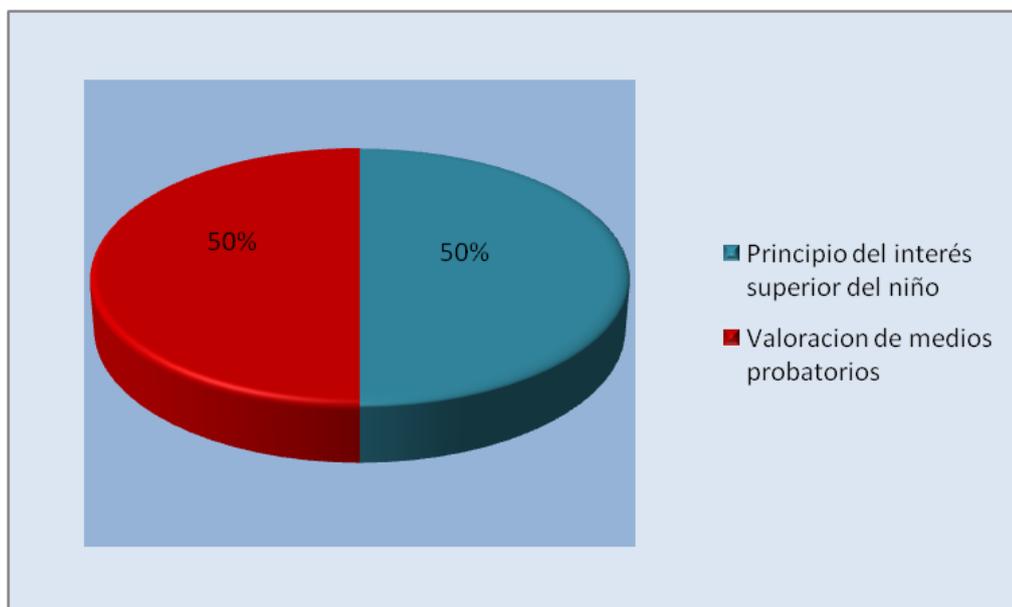
**GRAFICO N° 03: Demandas en las que la accionante solicita la medida cautelar de asignación anticipada**



**Fuente:** Elaboración propia

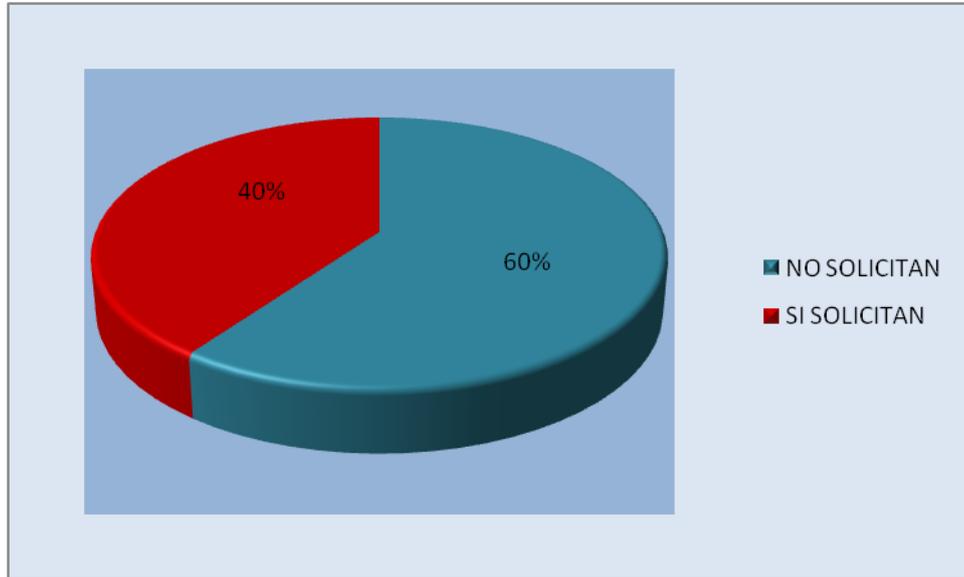
**4.1.3. Resultados de expediente analizados en el Tercer Juzgado de Paz Letrado**

**GRAFICO N° 01: Criterios de valoración objetiva para la concesión de la medida cautelar de asignación anticipada**



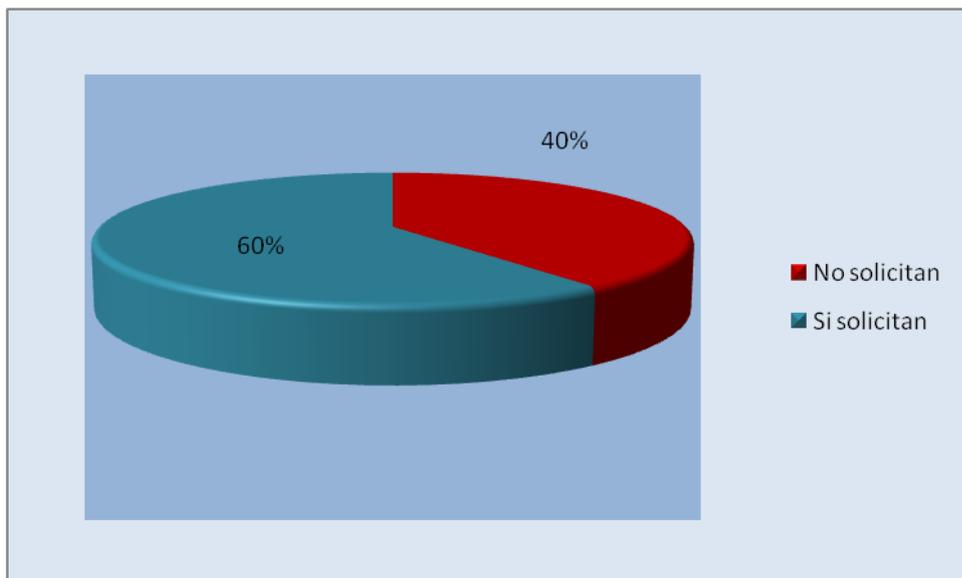
**Fuente:** Elaboración propia

**GRAFICO N° 02: Porcentaje de expedientes en los cuales se solicita y se concede una asignación anticipada de alimentos de oficio**



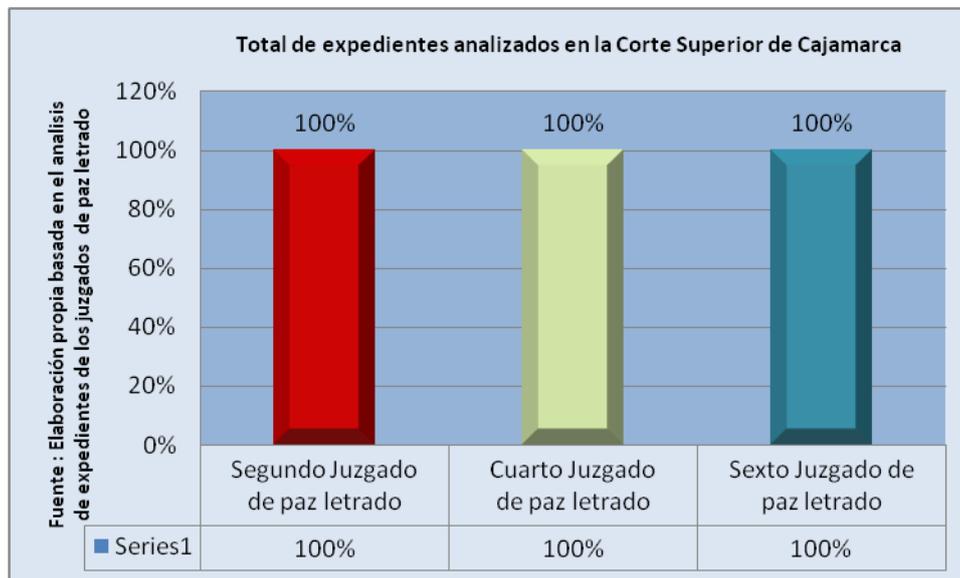
**Fuente:** Elaboración propia

**GRAFICO N° 03: Demandas en las que el accionante solicita la medida cautelar de asignación anticipada**



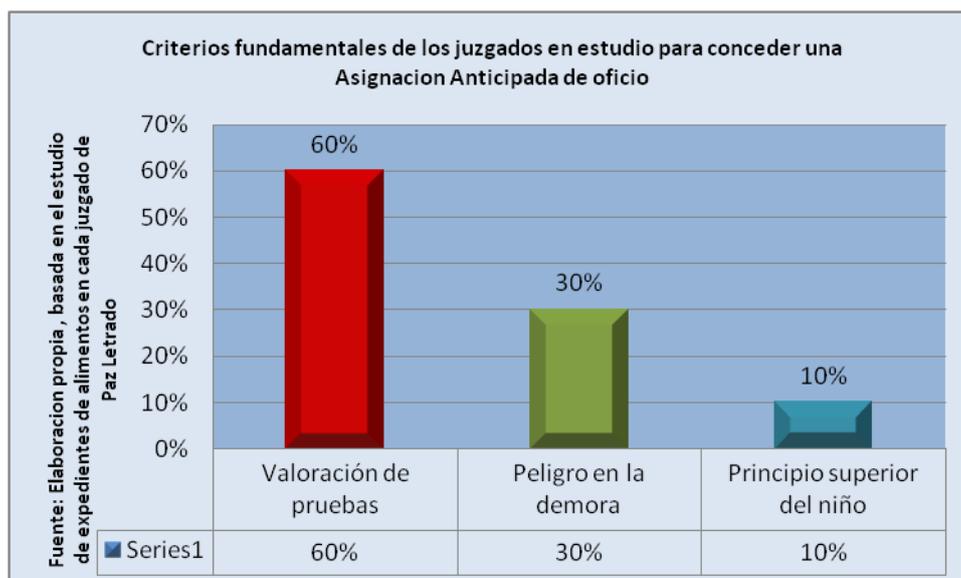
**Fuente:** Elaboración propia

**GRAFICO N° 04: Gráfico resumen de los 3 juzgados de paz letrado.**



Fuente: Elaboración propia

**GRAFICO N° 05: Criterios positivistas utilizados por los juzgados de paz letrado para conceder la asignación anticipada de oficio**



Fuente: Elaboración propia

#### **4.2. Análisis, interpretación y discusión de resultados**

En cuanto al derecho alimentario para el menor alimentista, debemos manifestar que se trata de un derecho personalísimo, en el sentido de que se encuentra dirigido a garantizar la subsistencia del titular, nuestro ordenamiento jurídico a fin de garantizar el cumplimiento de la sentencia a dictarse en un proceso de alimentos, faculta a la demandante a hacer uso de las medidas cautelares previstas en nuestro Código Procesal Civil Peruano, asimismo se faculta a los jueces a adoptar la medida cautelar de asignación anticipada de alimentos de oficio.

Sin embargo, en un estudio de los expedientes de alimentos del Sexto Juzgado de Paz Letrado del departamento de Cajamarca, he podido obtener determinada información con respecto al presente tema de investigación, ahora bien, se ha analizado 100 expedientes del Sexto Juzgado de Paz Letrado, los cuales fueron analizados y revisados por mi persona y del cual llegué a la siguiente conclusión; el juez considera que para poder adoptar este tipo de medida cautelar de oficio se tiene que evaluar el peligro en la demora principalmente para que no se torne ineficaz durante el tiempo del proceso, además de ello considera, que para poder conceder este tipo de medida cautelar de oficio se tiene que evaluar los medios probatorios que la demandante presente en su escrito de demanda ya que, para poder fijar un determinado monto como asignación anticipada tenemos que valorar cada prueba y no es que exista una parcialización por parte del juez sino que resultaría inoficioso conceder una asignación anticipadas sin conocer la realidad económica del demandado, esta breve descripción evidencia el aspecto positivo de la norma. En consecuencia, de acuerdo a los cuadros estadísticos presentados en el ítem anterior, se realizará el análisis e interpretación, por cada juzgado presentado.

#### **4.2.1. Respecto del sexto juzgado de paz letrado**

En mérito a los gráficos presentados, se tiene que los jueces de paz, al momento de revisar el escrito de demanda de alimentos, no cumplen con solicitar de oficio la medida cautelar pese a estar establecido en nuestro Código Procesal Civil, por lo que considero que no se debe omitir esta “obligación” puesto que, al momento de modificar los artículos correspondientes a las medidas cautelares y asignación anticipada de alimentos, esta se configuro como una importante innovación legal, en lo que respecta a los procesos de alimentos para los niños y adolescentes, estableciéndose la obligatoriedad de los jueces de dictar de oficio una asignación anticipada para los hijos menores reconocidos, en caso de no haber sido requerida por el peticionante dentro del tercer día de notificada la admisión de la demanda; en tanto se ha encontrado de los 100 expedientes materia de análisis, 20 procesos judiciales, en los cuales se fijaba una asignación anticipada de oficio en audiencia, hecho que considero que resulta inoficioso puesto que en dicha audiencia se puede llegar a conciliar o dictar sentencia en el mismo acto.

Finalmente, del índice total de demandas analizadas pude corroborar que el 70% de demandantes solicitan ante el Juzgado una asignación anticipada a favor del menor alimentista, como también existe un 30 % que no solicita este tipo medida cautelar, pese a tener el requisito indispensable para poder obtener esta medida cautelar. Considero, que esta información es indispensable y que debe ser proporcionada por todo abogado a efectos de garantizar que el menor goce de una pensión desde el momento de planteada la demanda, contrario sensu significaría que el mismo abogado que asesora lesionaría el deber de probidad, veracidad, lealtad y buena fe con la que debe actuar.

#### **4.2.2. Respecto del segundo juzgado de paz letrado**

En el segundo juzgado de paz letrado, se ha analizado 100 expedientes de alimentos de los cuales se puede colegir lo siguiente, el Juez considera fundamentales para poder establecer una asignación anticipada, al igual que el sexto juzgado también se centra en el peligro en la demora y en la valoración idónea de cada medio probatorio presentado en el escrito de demanda de alimentos, este aspecto evidencia nuevamente el carácter positivista del criterio de los operadores del derecho. Sin embargo, este juzgado se centra esencialmente en el criterio del peligro en la demora, es decir considera que el tiempo muchas veces genera perjuicio en la parte demandante, por ejemplo los factores que afectan la rapidez en la tramitación del proceso, serían la carga procesal en cada juzgado, demora en la notificación por lo que, sí, se concede una asignación anticipada está no se podrá ejecutar hasta que el demandado tenga conocimiento legal de ello, es por ello que este juzgado centra este criterio ya que si se concede este tipo medida cautelar de oficio tendría que evaluarse información personal que brinda la parte demandante como dirección y empleo y sumado a ello, las pruebas que se presenta en el escrito de demanda.

Asimismo, en este juzgado se obtuvo como resultado que el 90% de los escritos de demanda de alimentos, no hay alguna resolución que conceda de oficio la medida cautelar de asignación anticipada. Empero, existe un 10 % de resoluciones donde sí se concede la asignación anticipada en beneficio del menor alimentista este basándose en el principio del interés superior del niño, aunado a ello para poder fijar esta medida cautelar, este juzgado se centra en los ingresos que mantiene el demandado, para que de acuerdo a ello se pueda fijar un monto adecuado a favor del menor alimentista, no siendo necesario investigar rigurosamente el monto de

los ingresos del que debe prestar los alimentos, de conformidad con el último párrafo del artículo 481° del Código Civil, tal como se puede notar los criterios giran en torno al carácter positivo de la norma y al principio del interés superior del niño, niña y adolescente.

Finalmente, de la revisión de cada expediente del segundo juzgado de paz letrado de la ciudad de Cajamarca, he obtenido como resultado que el 90 % de demandantes solicitan en su escrito de demanda una asignación anticipada a favor del menor alimentista, como también hay un 10% de demandantes que no solicitan este tipo medida cautelar, pese existir una indubitable relación familiar.

#### **4.2.3. Respecto del tercer juzgado de paz letrado**

En el cuarto juzgado de paz letrado de Cajamarca, se ha analizado 100 expedientes de pensión de alimentos, llegando arribar a la siguiente conclusión, en el presente grafico se presentan 2 criterios fundamentales que el Juez considera para poder establecer una asignación anticipada, al igual que el segundo y sexto juzgado de paz letrado, el juez evalúa cada medio probatorio presentado en el escrito de demanda de alimentos, sin embargo este juzgado a diferencia de los juzgados anteriores en estudio, se centra en la naturaleza tuitiva de dicha pretensión para poder conceder la asignación anticipada de oficio; es decir se aplica un enfoque del positivismo incluyente donde no solo se aplica aquello que está regulado en la norma, sino busca ir más allá, a la razón subyacente de la norma.

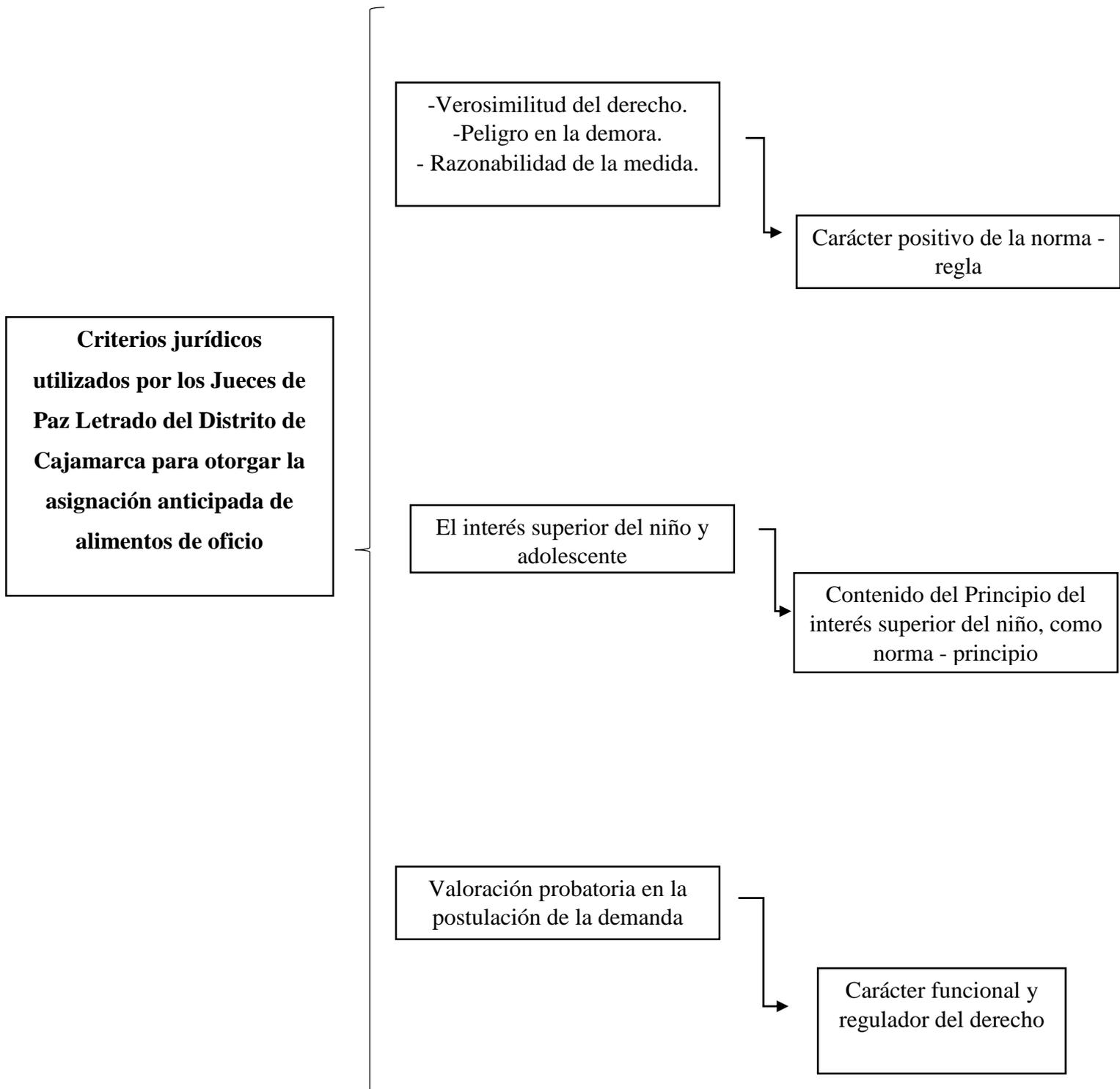
De otro lado, del índice total de demandas analizadas pude corroborar que el 60% de demandantes solicitan ante el juzgado una asignación anticipada a favor del menor alimentista, como también existe un 40% que no solicita este tipo medida

cautelar, pese a tener el requisito indispensable para poder obtener esta medida cautelar.

En los gráficos expuestos, se presenta el porcentaje de casos analizados en el segundo, tercer y sexto juzgado de paz letrado de la ciudad de Cajamarca, el estudio fue en base al análisis exhaustivo de los expedientes de alimentos del año 2017, este análisis se realizó a 100 expedientes por cada juzgado, para así poder determinar los criterios fundamentales para conceder una asignación anticipada de oficio.

Finalmente, como se detalló líneas arriba los criterios que son fundamentales para poder fijar una asignación anticipada de alimentos son los que se encuentran debidamente detallados en el presente gráfico, donde se observa que del 60 % de los expedientes analizados se desprende como criterio superior para establecer esta medida cautelar de oficio, la valoración de pruebas; ello hace notar que como punto denominador de los 3 juzgados analizados, es que todos ellos se centran en el carácter positivo de la norma, que no es otra cosa que los 3 presupuestos para la concesión de la asignación anticipada, garantizando de esta manera el principio del interés superior del niño, que se constituye como el segundo criterio, para finalmente cumplir con el rol del derecho como ente regulador de conductas y lograr la paz social en justicia.

### 4.3. Contrastación de hipótesis



## CONCLUSIONES

1. Los criterios jurídicos utilizados por los Jueces de Paz Letrado del Distrito de Cajamarca para otorgar la asignación anticipada de alimentos de oficio, durante el año judicial 2017, son el principio el carácter positivista de la norma, la garantía del principio del interés superior del niño, como principio; y el carácter funcional y regulador del derecho.
2. La concepción que se tiene de la medida cautelaren nuestro país, difiere de la concepción en el derecho chileno, pues si bien se consagran los mismos presupuestos para su procedencia, la finalidad es distinta, ya que buscan evitar el daño, en tanto el ordenamiento jurídico peruano, busca garantizar la eficacia de una decisión futura, postura que adoptamos ya en los alimentos del menor de edad, se busca que desde el inicio del proceso se garantice cierto monto de alimentos a favor del alimentista, dado que su estado de necesidad se encuentra acreditado.
3. Los jueces de paz letrado de la ciudad de Cajamarca, velan por un irrestricto respecto del principio del interés superior del niño, aunado a las necesidades del menor, establecen en su mayoría asignaciones anticipadas sobre la base de los medios de prueba que se han ofrecido en el escrito postulatorio.
4. La modificación de los artículos 608° y 675° del Código Procesal Civil, por la ley N° 29803, contribuye a la creación de una cultura de respeto, garantía y contenido del principio del interés superior del niño. Por lo que, la interpretación correcta de

los citados artículos logrará garantizar el fin del derecho como norma reguladora y de control social.

## RECOMENDACIONES

1. Se debe disponer una revisión general del Código Procesal Civil, en lo que respecta a las normas referidas al proceso de alimentos, medidas cautelares relacionados a este, a fin de evaluar la necesidad de modificación, eliminación y uniformidad de determinadas normas, para hacer del proceso de alimentos un proceso eficaz, ágil y justo para el alimentante y el alimentista.
2. Se debe realizar mesas de trabajo entre la defensoría del pueblo, jueces de paz especialidad familia, abogados en general, a efecto de aciertos y desaciertos que a fecha ha tenido el proceso de alimentos en todas sus variantes, así como de sus cautelares, a fin de proponer reformas legislativas, en mejor de los derechos del menor.
3. Se debe promover la realización de charlas, capacitaciones, a toda la población del contenido del proceso de alimentos en el Perú y sus respectivas medidas cautelares, así como la carga probatoria que recae en cada en la accionante y demandado.
4. Exhortamos a los jueces, abogados, estudiosos del derecho y alumnos en general a seguir abordando el tema del derecho y proceso de alimentos del menor de edad, que constituye la mayor carga procesal y que muchas veces se generar criterios e interpretaciones distintas, a fin de buscar soluciones jurídicas adecuadas que permitan contribuir con el amplio campo del derecho, logrando así la ansiada justicia.

## LISTA DE REFERENCIAS

- Agencia Peruana de Noticias “Andina”. (2012). *Algunos Jueces no aplican asignación anticipada de pensión de alimentos*. Recuperado de <http://andina.pe/agencia/noticia.aspx?id=419707>
- Aguilar Cavallo, Gonzalo, *El Principio Del Interés Superior Del Niño Y La Corte Interamericana De Derechos Humanos*, Estudios Constitucionales, vol. 6, núm. 1, 2008, pp. 223-247 Centro de Estudios Constitucionales de Chile.
- Atienza Manuel. 2001. *El sentido del derecho*. Editorial: Ariel, edición: 2003, Plaza de edición: Barcelona.
- Baeza Concha, G. (2001). El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho*, 359.
- Barbosa Larios, C. E. (1999). *Las medidas cautelares en el derecho civil y procesal civil colombiano*. Santa Marta: Universidad Autonoma de Colombia.
- Barona Vilar, S. (2000). *El Nuevo Proceso Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barzotto, L. F. (1999). *O positivismo jurídico contemporaneo: Introducción a Kelsen*. Sao Leopaldo: UNISINOS.
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid: Editorial Debate.
- Burón. (1954). *Derecho Civil Español*. Buenos Aires: EJEA.

- Calamadrei, P. (2005). *Introducción al estudio sistemático de las provincias cautelares. Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Lima-Perú: ARA Editores.
- Canales Torres, C. (2013). Criterios en la determinación de la pensión de alimentos en la jurisprudencia. *Dialogo con la jurisprudencia*, 10.
- Carrasco Fernández, W. (2015). *El derecho de alimentos ante la jurisprudencia: responsabilidad alimenticia de los abuelos y capacidad económica del alimentante*. Colombia: Universidad Católica de la Santísima Concepción.
- Casacion, 2132 -2008 (Corte Suprema de Justicia de la República 14 de Mayo de 2008).
- Cillero Bruñol, Miguel (1998). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. 1990, Colombia: Ed.
- Cillero Brunol, M. (2008). *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Mexico: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y el Adolescente de la OEA.
- Da Silva Ovidio, B. (1979). *Bases para la formación de un teoría cautelar*. Madrid: Editorial Civitas.
- De Lama, A. (2006). *La protección de los derechos a la personalidad del menor de edad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díaz García Elias, *Estado de derecho y sociedad democrática*. Editora de Cuadernos para el Diálogo. (1966). Barcelona.
- Diez Picazo, L. (1984). *Familia y Derecho*. Madrid: Tecnos.

- Dorado Porras, J. (2004). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. Madrid: Dykinson.
- Fernández, M. Á. (1996). *Derecho Procesal Civil III*. Madrid: Editorial. Centro de Estudios Ramón Areces. S.A. .
- García Maynez, E. (1999). *Positivismo, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.
- Gatica, N. (2002). La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. *Semana Juridica*, 19.
- Giuseppe, C. (1948). *Instituciones de Derecho Procesal Civil”Vol. I*. Madrid: Edit. Rev. de Derecho Privado.
- Gonzales Pérez, J. (1989). *El derecho a la tutela jurisdiccional. Segunda edición*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- González, G. (2007). *Derecho de Alimentos*. Lima-Perú: Editorial Sala Pastor.
- Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*, Edit. Madrid, 1934
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México: Mc Graw - Hill.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. d. (2010). *Metodología de la investigación* (Quinta ed.). México D.F.: McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Himma, K. E. (2011). *Derecho y moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*. . Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- Kohm, Lynne Marie. "Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence". *Journal of Law and Family Studies*, 2008. Virginia
- Larumbe Canalejo, S. (2002). Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo. *Revista IIDH*, 252.
- Leyva Ramírez, C. A. (2014). *Las Declaraciones Juradas de los Demandados con Régimen Independiente frente al Interés Superior del Niño en los Procesos de Alimentos*. (Tes. Para obtener el título de abogado) Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo. Recuperado de [http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/802/1/LEYVA\\_CINTHYA\\_DECLARACIONES\\_JURADAS\\_PROCESOS\\_ALIMENTOS.pdf](http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/802/1/LEYVA_CINTHYA_DECLARACIONES_JURADAS_PROCESOS_ALIMENTOS.pdf)
- López Contreras, R. (2015). Interés Superior del Niño y Niña: Definición y Contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 51-70.
- López, J. (2008). *Derecho y Obligación Alimentaria*. Buenos Aires-Argentina: Abeledo-Perrot.
- MacCormick, N. (1978). *Razón legal y razón teórica*. Oxford University: Editorial Press.
- Marín Gonzáles, J. C. (2006). Las Medidas Cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. *Revista de Estudios de Justicia - N° 08*, 19.
- Mejía, R. (2015). A propósito de la Asignación Anticipada de Alimentos que regula el Artículo 675° del Código Procesal Civil. *Revista Jurídica Científica SSIAS* (vol. 08/ N° 02). Chiclayo.
- Messineo, F. (1954). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: EJEA.

- Monroy Gálvez, J. (1987). *Introducción al Proceso Civil*. Lima-Perú: Ediciones librería Studium.
- Ordoqui Castilla, G. (2005). *Buena fe contractual*. Montevideo: Ediciones del Foro.
- Pagés, H. (2009). *Proceso de Alimentos*. Argentina
- Pérez Chávez, A. L. (2018). *Los criterios legales para la determinación de la pensión de alimentos en los procesos judiciales*. Trujillo, Perú: Universidad César Vallejo.
- Pérez Rios, C. A. (2010). *Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Lima-Perú: UNMSM.
- Podetti, R. (1956). *Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral, T.IV, Tratado de las Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Ediar S.A.
- Podetti, R. (1959). *Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral, T.IV, Tratado de las Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Ediar S.A. Editores.
- Ramos Nuñez, C. (2005). *Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ramos Nuñez, C. (2005). *Como hacer una tesis en derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Reyes Rios, N. (1995). *Derecho alimentario en el Perú: propuesta para desformalizar el proceso*. Lima: Revistas de la PUCP.
- Rocco, U. (1977). *Tratado de Derecho Procesal Civil T.V*. Buenos Aires: Editorial de Palma.

Rojas Gonzáles, G. (1996). *Esencia y trámite de la función cautelar*. Santa Fé de Bogota: Doctrina y Ley.

Sánchez Zorrilla, M. E., Tantaleán Odar, C. F., & Coba Uriarte, J. L. (2016). *Protocolos para proyectos de tesis y tesis de bachillerato y de titulación profesional*. Cajamarca: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.

Sánchez Villafuente, R. (2012). *Prestación de Alimentos: La cenicienta en la especialidad de familia civil*. Lima: Revista del Poder Judicial. Obtenido de [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/50b68e00418d853ca22daeed8eb732cb/CSJAP\\_D\\_ARTICULO\\_ESPECIALIDAD\\_FAMILIA\\_CIVIL\\_13032012.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=50b68e00418d853ca22daeed8eb732cb](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/50b68e00418d853ca22daeed8eb732cb/CSJAP_D_ARTICULO_ESPECIALIDAD_FAMILIA_CIVIL_13032012.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=50b68e00418d853ca22daeed8eb732cb)

Vecina Cifuentes, J. (2002). *Potestad cautelar, contenido y límites*. Buenos Aires: Ediar S.A. .

Zermatten, J. (2003). El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico. *Informe de trabajo*, 30.