



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN
ESCUELA DE DERECHO Y EDUCACION



TESIS:

**“TENENCIA PROVISIONAL DE LOS HIJOS MENORES, Y LA
PROPUESTA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 87° DEL CÓDIGO
DEL NIÑO Y ADOLESCENTE PERUANO”**

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

MENDOZA PALOMINO, CINTHYA CAROLINA

ASESOR:

DR. ENRIQUE RODAS RAMIREZ.

LINEA DE INVESTIGACIÓN

DERECHO DE FAMILIA

Pimentel, Perú - 2022

Tesis titulada "Tenencia provisional de los hijos menores, y la propuesta modificación del artículo 87° del código del niño y adolescente peruano, presentada por la Bachiller Srta. Mendoza Palomino, Cinthya Carolina, a la facultad de Derecho de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogado".

Bachiller

Asesor

Aprobado por:

Presidente

Secretario

Vocal

DEDICATORIA

A mis padres y familia

AGRADECIMIENTO

A Dios y mis padres.

RESUMEN

El derecho peruano reconoce para la protección del niño y del adolescente tenemos al régimen de visitas y la tenencia de los hijos. Instituciones que, a su vez, se sustentan en la responsabilidad y obligación alimentaria del padre o madre para con sus hijos, sean estos niños o adolescentes.

El artículo 87°, regula a la tenencia provisional, dentro de un contexto de carácter extraordinario, donde el ad quo ampara y toma la decisión dentro de las 24 horas, respecto a tal institución respecto a dos supuestos vinculantes, en caso de que uno de ellos faltase no configura la acción. Indicando, en los casos de que el menor tenga tres años de edad y que se encuentre en peligro la integridad física y psíquica de dicho menor.

objetivo General: Analizar la necesidad de modificar el contenido del artículo 87° del Código del Niño y Adolescente respecto a la tenencia provisional de menores, para proponer una modificación legislativa de cambio en la edad del menor afectado.

la investigación es aplicada, se encuentra en la búsqueda de resolver problemas dentro de la administración de justicia en el presente caso el acto jurídico y una debida protección de los bienes jurídicos enfocada en mejorar las relaciones de convivencia de la sociedad (justicia y la paz social).

Se concluye: la tenencia es un derecho que es atribuido a un solo progenitor. El derecho de solicitar la variación de la tenencia le pertenece a quien no tiene la tenencia. El progenitor que tiene al hijo consigo, tiene una responsabilidad mayor de quien no lo tiene a su lado, el padre que cede la tenencia al otro, confía en los cuidados que este prodigará a su hijo. No obstante, esta norma determina la atribución que posee todo progenitor de solicitar la variación de la tenencia en caso de que dichos cuidados no existan o no sean suficientes”.

Palabra clave: Tenencia Provisional

ABSTRACT

Peruvian law recognizes for the protection of children and adolescents we have the visiting regime and the possession of children. Institutions that, in turn, are based on the responsibility and food obligation of the father or mother towards their children, whether these are children or adolescents.

Article 87 regulates provisional tenure, within a context of an extraordinary nature, where the *ad quo* protects and makes the decision within 24 hours, regarding such institution regarding two binding assumptions, in case one of them missing does not configure the action. Indicating, in cases where the minor is three years old and that the physical and mental integrity of said minor is in danger.

General objective: Analyze the need to modify the content of article 87 of the Code of Children and Adolescents regarding the provisional custody of minors, to propose a legislative amendment to change the age of the affected minor.

the research is applied, it is in search of solving problems within the administration of justice in the present case the legal act and due protection of legal rights focused on improving the relations of coexistence of society (justice and social peace).

It is concluded: possession is a right that is attributed to a single parent. The right to request the variation of custody belongs to the person who does not have custody. The parent who has the child with him, has a greater responsibility than the one who does not have him by his side, the parent who gives custody to the other, trusts in the care that he will lavish on his child. However, this rule determines the power that every parent has to request a change in custody in the event that such care does not exist or is not sufficient.

Key word: Provisional Tenure

INDICE

DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTO.....	4
RESUMEN	5
ABSTRACT	6
INDICE	7
I.- INTRODUCCION	8
II.- DESARROLLO.....	14
<i>El interés superior del niño en un estado constitucional; e</i>	60
III.- METODOLOGÍA	64
4.1.- Tipo Investigación.....	64
4.2.- Diseño de investigación.....	64
4.3.- Población y muestra y muestreo.	64
4.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.	65
4.5.- Procedimientos de análisis de datos.	66
CONCLUSIONES.....	67
RECOMENDACIONES	68

I.- INTRODUCCION

En la actualidad, los matrimonios y las uniones de hecho, llámese convivenciales son cada día más susceptibles de disolverse, sea por decisión de uno o ambos padres, situación que lleva en gran parte a que se inicien conflictos de interés en respecto a los hijos, entre los que se anuncian tenencia, y régimen de visitas de los hijos menores de edad.

La legislación de familia tanto en el extranjero y nacional, ha previsto varias normatividades respecto a establecer con cuál de los padres crecería convenientemente el hijo menor de edad, en muchas oportunidades las normativas han sido inclinadas en favorecimiento de la madre, resolviendo la problemática en base al género, más es hora que no pensemos ni en la madre ni en el padre, sino en el niño, puesto que la verdad es sólo una: todo niño para desarrollarse necesita que ambos padres se comprometan de manera responsable en su crianza.

Señala, un estudio elaborado por el Instituto Familia, referido en Perú 21 (2018), precisa algunas causas de separación de las parejas: que, entre los factores que son incidentes en separaciones de hogar o familias, se tienen como causas: la infidelidad, casi el 18%; la falta de comprensión, 21% de separaciones ocurre por esta; la violencia contra la mujer, entre física o psicológica, 18% y la muerte del cónyuge es poco más del 11% del total.

Cuando los padres de un menor se encuentran separados solo uno de ellos debe quedarse al cuidado de los niños o adolescentes a eso se llama tenencia; sin embargo cuando no hay acuerdo el tema se complica, sobre todo si quien va a demandar la tenencia es el padre contra la madre.

La presunción de la tenencia materna permaneció firme durante muchas décadas, sobre todo en la cultura anglosajona, hasta aproximadamente los años 1960, donde se produjo un movimiento social exigiendo el final de la discriminación existente basada en el sexo.

El movimiento feminista y la entrada de gran número de mujeres en el mercado de trabajo, hizo que muchos estados de EE. UU modificaran a mediados de los años 1970 la presunción de los pocos años, por el mejor interés

del niño, donde por vez primera las decisiones sobre tenencia se basaron en las necesidades de los hijos más que en el género del progenitor.

Nuestro país, no es ajeno a la tendencia de preferencia al menor con su madre sin tomar debidamente en cuenta las condiciones sociales o familiares particulares de las personas.

Esta tendencia empieza desde la cultura que se ha forjado, la madre es responsable de sostener criar a los hijos y el padre de proveerlos, pues debido a ello, si es la madre quien solicita demandar tenencia de su niña o niño, pues es orientada a defender sus derechos como madre de permanecer con su hijo, sin embargo dándose el caso de que sea el padre quien lo solicite generalmente desprestigian sus capacidades paternas, haciéndolos ajenos a derechos que se les son reconocidos como padres. Lo mismo sucede cuando se judicializa el caso, en la práctica los factores empleados por los jueces de familia, para la otorgar la tenencia a favor de uno de los padres, parecen estar apartados del interés superior del niño e inclinados a los prejuicios socioculturales manteniendo la visión a priori que la madre es la más idónea para ejercer los cuidados del menor, situación que se encuentra no motivada correctamente en sus decisiones, despojando a los padres de sus derechos inherentes como tales, y principalmente no priorizan el derecho del menor a permanecer alado de ellos.

Otro aspecto, que se analiza en el presente trabajo es El interés superior del niño, que es un principio rector en todas las legislaciones que tratan el tema, en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño: *los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular* (Artículo 9.3).

En el análisis del código del Niño y del adolescente, encontramos los artículos 84° y 87°; los cuales parecen ser opuestos: por un lado el artículo 84° inciso b, da un marco rígido a las facultades del juez tendentes a la tenencia monoparental a favor de la madre, el artículo 87° solo establece que si fuera menor de tres (3) años y estuviere en peligro su integridad física; dejando de lado otros aspectos muy importantes. La posibilidad de actuar a favor del hijo (Interés

Superior del Niño) es sólo un contexto referencial, no siendo así, una exigencia al juez especializado.

En los últimos años, los cambios sociales que se vienen experimentando con afectaciones que degradan el entorno social y familiar, y en este último extremo los más perjudicados son los niños.

Es obligación de la comunidad y del Estado la protección, especialmente, del niño y del adolescente, mediante la Ley N° 27337, en su artículo 4°, señala:

Artículo 4°.- A su integridad personal.- El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante.

Nuestra legislación reconoce para la protección del niño y del adolescente el régimen de visitas y la tenencia de los hijos. Instituciones que, a su vez, se sustentan en la responsabilidad y obligación alimentaria del padre o madre para con sus hijos, sean estos niños o adolescentes. Estas dos instituciones tienen mucha importancia, pues reside en la contribución, continuidad y equilibrio emocional de los niños o adolescentes afectados por la separación de sus padres y quebrantamiento del hogar.

Ley N° 27337 define, en el Artículo I del Título Preliminar, al niño como todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce (12) años y adolescente desde los doce (12) años hasta cumplir los dieciocho (18) años. Asimismo, preceptúa en el Artículo IX de dicho título, que en toda medida que adopte el Estado y la sociedad que concierna al niño y al adolescente se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto de sus derechos.

El artículo 87°, regula a la tenencia provisional, dentro de un contexto de carácter extraordinario, donde el ad quo ampara y toma la decisión dentro de las 24 horas, respecto a tal institución respecto a dos supuestos vinculantes, en caso de que uno de ellos faltase no configura la acción. Indicando, en los casos de que el menor tenga tres años de edad y que se encuentre en peligro la integridad física y psíquica de dicho menor.

Artículo 87° Código del Niño y Adolescente.

Tenencia provisional, Se podrá solicitar la Tenencia Provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el Juez resolver en el plazo de veinticuatro horas.

En los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal.

Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia. No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso.

La escritura en dicho artículo, no se observa por lo menos a los niños de 04 a 12 años, menos contempla el daño o puesta en peligro respecto a su integridad física y/o psíquica también moral. Siendo éstas situaciones que, en la realidad quedan presentes y son de demostración cotidiana a través de la violencia psicológica de los padres.

No siendo clara de manera clara lo descrito en dicho artículo para estos niños, si bien es cierto pueden contar con una tutela jurisdiccional, pues primero deben pasar algunas etapas administrativas entre ellos el Informe del Equipo Multidisciplinario previo dictamen fiscal.

En la presente investigación se considera la necesidad de modificar la redacción de dicho artículo debiendo modificar el aspecto de la edad del niño considerando hasta los 12 años de edad; pues ya superando dicha edad muchos niños toman consciencia de la realidad en la que viven y de la violencia que pueden ser víctimas en su contra, además de las secuelas posteriores que podrían afectar su personalidad.

Más aún cuando el mismo código señala en su artículo 4° respecto a su integridad "personal:

El niño "y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante. Se consideran formas extremas que afectan su integridad personal, el trabajo forzado y la

explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación.

Formulación del problema, será General: ¿Es necesaria que el contenido del artículo 87° del Código del Niño y Adolescente respecto a la tenencia provisional de menores, se realice una propuesta legislativa de cambio en la edad del menor afectado?

otros problemas específicos tenemos:

¿Por qué la Tenencia provisional del menor hasta la edad de tres años a cargo de la madre, es insuficiente para el bienestar mental emocional del menor?

¿Se encuentran protegidos los derechos del niño de 04 a 12 años de edad en la tenencia provisional prescrita en el artículo 87° del código de los Niños y adolescentes?

La presente investigación encuentra su justificación teórica en la doctrina de protección integral, que se encuentra plasmada en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, la cual señala en su artículo 3°, el reconocimiento a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en desarrollo, estando protegidos mediante el principio del interés superior del niño, regulado en la legislación nacional en el artículo IX del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes

El presente trabajo de investigación cuenta con una justificación práctica, porque busca un beneficio para la sociedad en éste caso la protección del niño que se encuentra en una situación vulnerable ante daño físico o psíquico por parte de uno de los padres, en el presente caso se pretende que se debe considerar a los niños hasta los 12 años.

Asimismo, permitirá analizar casuística existente en los Juzgados de Familia de la Provincia de Chiclayo, sobre procesos de Tenencia provisional y la aplicación de la normatividad del derecho de familia.

Los objetivos trazados son: objetivo General: Analizar la necesidad de modificar el contenido del artículo 87° del Código del Niño y Adolescente

respecto a la tenencia provisional de menores, para proponer una modificación legislativa de cambio en la edad del menor afectado.

Objetivos específicos: a) Desarrollar los aspectos generales de la tenencia provisional en el derecho de familia peruano; b) Analizar los derechos protegidos del niño en la figura de tenencia provisional prescrita en el artículo 87° del código de los Niños y adolescentes; c) Proponer una modificación normativa al artículo 87° del Código del Niño y Adolescente respecto a la tenencia "provisional.

II.- DESARROLLO

Se han desarrollado Antecedentes de la investigación, entre ellos, a nivel internacional:

(Guerrero, 2014), en su tesis titulada: La Indeterminación de criterios para valorar la opinión del niño al momento de decidir su tenencia vulnera los derechos constitucionales de su integridad, intimidad personal y familiar (tesis de maestría), de la Universidad Regional Autónoma de los Andes, en Ambato, Ecuador; presentó como problema científico que, no existen análisis críticos ni Jurisprudencia para la valoración del consentimiento de un niño en la determinación de su tenencia, violando el derecho constitucional de integridad, la intimidad personal y familiar. En la Investigación se demuestra que la vulneración de derechos del niño o adolescente se evidencia por la no aplicación de los principios protectores de los menores (sic), y por la inobservancia de la ley, por lo que el principio de prevalencia de los derechos se establece en favor de los niños, niñas y adolescente, a fin de garantizar la efectiva vigencia de los mismos. La autora concluye que no existen criterios suficientes conocidos por los juzgadores al momento de valorar la opinión del niño, que garanticen de forma eficaz y expedita el reconocimiento ese derecho, en los procesos de tenencia. Recomendando que, al tratarse de derechos de niños, los jueces deberán tener especial cuidado, sobre a cuál de los padres otorga la tenencia, puesto que es su responsabilidad de velar por el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

El antecedente contribuye a reforzar a la presente investigación, pues se señala que se debe velar por el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, y qué mejor manera, que proponer mayor participación de estos sujetos de derecho en todo lo concerniente a su desarrollo, a pesar que en el antecedente se señala que no existen suficientes criterios en la vía judicial, con mayor énfasis se considera como referencia los límites que existen en caso de la tenencia compartida, pues la participación de los niños, niñas y adolescentes se debe tomar en cuenta siempre, por lo que en la presente investigación se pretende establecer criterios y procedimientos a fin de garantizar el principio del interés superior del niño, niña y adolescente”.

Los antecedentes nacionales, se cuenta con:

(Preciado, 2020), en su tesis "La aplicación del principio de interés superior del niño en los procesos de tenencia en los juzgados de familia del distrito judicial de Ucayali-año 2019, busca establecer si se respeta y si se aplica adecuadamente el interés superior del niño, ya que nuestra sociedad prima las familias disfuncionales es decir familias con padres separados o divorciados, y los más afectados en esta situación de separación de los padres son los hijos. En los procesos de tenencia los padres tienen que buscar el bienestar de los hijos, mas no lo que les resulta más favorable para su economía, por lo que debe primar el interés superior del niño.

El aporte de este trabajo es que analiza la debida aplicación del principio del interés superior del niño, en los procesos de tenencia y custodia; haciendo hincapié, en rescatar la opinión del niño por parte del juez, ante la disputa de los padres quienes utilizan a los hijos como trofeos en sus problemas, por lo que el juez toma la decisión adecuada y más favorable al niño".

(Chong, 2015), en su tesis "titulada: Tenencia compartida y desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel del primer juzgado transitorio de familia, Lima sur, 2013 (tesis de pregrado), de la Universidad Autónoma del Perú, en Lima, Perú; presentó como problema ¿De qué manera la Tenencia Compartida se relaciona con el desarrollo integral teniendo como base acuerdos conciliatorios en los niños y/o adolescentes a nivel de las resoluciones sentenciales del juzgado transitorio de familia del distrito de San Juan de Miraflores, Lima Sur en el año 2013? En la investigación se demuestra que es importante e indispensable, las asesorías que se deberían brindar a ambos padres, para que ellos puedan reflejar y dejar sus discrepancias lejos del niño o adolescente y no causarles un gran daño en sus emociones, afectando en su desarrollo integral del menor(sic). Lo que debe primar es su interés emocional y psíquico. La autora concluye que la Tenencia Compartida se relaciona en forma directa y significativa con el desarrollo integral teniendo como base acuerdos conciliatorios en los niños y/o adolescentes a nivel de las resoluciones sentenciales del juzgado transitorio de familia del distrito de San Juan de Miraflores, Lima Sur en el año 2013; indicando que se recomienda que los

operadores o instituciones competentes difundan por los diversos medios como garantizar la Tenencia Compartida y el bienestar para su desarrollo integral.

El estudio señalado contribuye a reforzar la presente investigación, pues se señala que la tenencia compartida va a relacionarse con el desarrollo integral del niño, niña y adolescentes, por eso se indica que se deben maximizar las garantías para la protección del interés superior de esos sujetos de derecho, señala conciliaciones en la vía judicial, en la presente investigación se pretende realizar el enfoque del desarrollo integral de los niños en las conciliaciones extrajudiciales de tenencia compartida, por lo que se proponen criterios y procedimientos a fin de garantizar y proteger el principio en mención.

El antecedente igualmente contribuye a reforzar la presente investigación, pues se señala que la tenencia compartida va a relacionarse con el desarrollo integral del niño, niña y adolescentes, por eso se indica que se deben maximizar las garantías para la protección del interés superior de esos sujetos de derecho, a pesar que el antecedente señala límites de la tenencia, en la presente investigación se pretende realizar el enfoque del desarrollo integral de los niños en los límites de tenencia compartida, por lo que se proponen criterios y procedimientos a fin de garantizar y proteger el principio en mención”.

(Cruz, 2013), en su tesis titulada: “Criterios para otorgar un régimen de tenencia compartida en aplicación del principio del interés superior del niño por los jueces especializados en familia (tesis de pregrado), de la Universidad Privada Antenor Orrego, en Trujillo, Perú, presentó como problema ¿Qué criterios se deben considerar en los juzgados especializados en familia para otorgar el régimen de tenencia compartida? En la investigación se demuestra que para determinar la tenencia compartida resulta viable siempre y cuando se dé bajo la observación de los seis criterios propuestos por la investigadora, los cuales son, la aplicación del principio del interés superior del niño y del adolescente, la evaluación social y psicológica de los padres y menores(sic), la responsabilidad compartida de los padres respecto de la formación integral de los menores(sic), la judicialización y no judicialización de procesos sobre tenencia compartida en los juzgados de familia de La Libertad, evaluar la solvencia económica y moral de los padres, y la referencia del menor(sic) con

respecto a si está de acuerdo en vivir alternadamente con cada uno de sus padres. La autora concluye que es preponderantemente elemental la correcta aplicación del principio del interés superior del niño, puesto que siempre debe prevalecer el aseguramiento de otorgarle un ambiente en el cual pueda desarrollarse de manera plena y óptima”.

El antecedente “contribuye a reforzar en la presente investigación, pues desarrolla qué criterios se deben aplicar al momento de otorgar la tenencia compartida en el ámbito judicial, debido a que es una manera de proteger el desarrollo integral del niño, niña y adolescente, de igual forma se podría verificar el respeto y cumplimiento del interés superior de estos sujetos de derecho como se pretende en la presente tesis, instaurando para ello no solo criterios sino también procedimientos que ayuden a que la correcta aplicación y defensa del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en la conciliación extrajudicial de tenencia compartida En los antecedentes referidos, no se hace referencia a las conciliaciones extrajudiciales, por lo que el tema que aborda la presente tesis es nuevo y trascendental, porque se refiere al ámbito no abordado en el País.

El antecedente contribuye a reforzar en la presente investigación, pues desarrolla qué criterios se deben aplicar al momento de otorgar la tenencia compartida en el ámbito judicial, debido a que es una manera de proteger el desarrollo integral del niño, niña y adolescente, de igual forma se podría verificar el respeto y cumplimiento del interés superior de estos sujetos de derecho como se pretende en la presente tesis, instaurando para ello no solo criterios sino también procedimientos que ayuden a que la correcta aplicación y defensa del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en los límite de la tenencia³⁷ compartida.

Base Teórica.

La **Familia**. Señala (ARIAS SCHEREIBER- PEZET, 2002), La Familia nace espontáneamente del propio desarrollo de la vida humana, por ser una institución tan próxima a la naturaleza según la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU. La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

La Familia es la Categoría histórica más importante y la más primitiva Comunidad Humana Organizada. Es la Comunidad Natural de padres e hijos, cédula de la sociedad y forma principal de vida social.

A.- Familia en sentido amplio, En el sentido más amplio (familia con parentesco), es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar. Desde este punto de vista, la familia está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco. Este expresado sentido de la familia es el que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones que da lugar son las reguladas por el Derecho de Familia; sin perjuicio.

B.- Familia en sentido restringido (familia nuclear). En el sentido' más restringido, la familia comprende, sólo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Desde este punto de vista, la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad.

Este expresado sentido de la familia asume mayor Importancia social que jurídica, por ser el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales que tienden a imponer al Estado su defensa o protección; aunque sea la más aludida en la legislación.

C.- Familia en sentido intermedio (familia compuesta). En el concepto intermedio, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Este expresado sentido de familia sólo tiene importancia social, por ello la legislación no la toma en cuenta.

Principios de la institución familiar.

1. Es la unión natural de hombre y la mujer
2. Es la Unión basada en el amor.
3. Es la unión digna basada en el respeto mutuo.
4. Es la Unión libre por que el ser humano dispone de la vida para ese fin.

Naturaleza jurídica de la familia, desde la óptica de la sociología, la familia es, sin duda alguna, una institución social, pues las relaciones determinadas por la relación intersexual, la procreación y el parentesco se constituyen en un sistema integrado, en una estructura social, como base en pautas estables de la sociedad.

La función del Derecho es garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar, imponiendo a sus miembros-cónyuges, convivientes, hijos, parientes -deberes y derechos que la estructura requiere para el adecuado cauce de las pautas socialmente institucionalizadas. Esto no significa que el Derecho debe regular la totalidad de los aspectos de la institución familiar. Suele haber comportamientos basados en las costumbres, las tradiciones, que la ley no recoge y otros que deliberadamente quedan librados a la espontaneidad o a la conciencia, y que obedecen a concepciones fácticas o morales, e incluso religiosas de los miembros de la familia.

Así las cosas, carece de sentido pretender descubrir una específica naturaleza jurídica de la familia. No tiene asidero pretender que la familia constituye una persona jurídica, pues no existe norma de la que pueda derivarse que la familia, como tal, sea un centro de imputación de derechos y deberes. Tampoco la familia es un organismo jurídico en el cual se pueda advertir una interdependencia entre los individuos que la componen y una dependencia a un interés superior, un poder familiar, que, a semejanza del poder estatal, trasciende en una estructura autoritaria.

Esta concepción, impregnada de contenido ideológico, ha servido y sirve a los sistemas políticos que mantienen una permanente injerencia en la vida interior de la familia y se hace de ésta un ámbito en que sus miembros -en

particular, los padres- actúan como delegados del poder estatal. Igualmente, la consideración de la familia como institución es más de carácter sociológico que jurídico, por no encuadrar en el concepto de institución y más aún, no tener una definición única como tal”.

Caracteres “peculiares del derecho de familia, El derecho de familia reviste caracteres peculiares que los diferencian de otras ramas del Derecho Civil. Son ellos, en especial:

a) La influencia de las ideas morales y religiosas en la adopción de las soluciones legislativas referentes a los problemas que presentan, y la necesidad de que sus normas guarden correlación con la realidad social, lo que hace que su regulación sea un problema de política legislativa.

b) La circunstancia de que los derechos subjetivos emergentes de sus normas implican deberes correlativos, lo que ha hecho que se los califique de derechos- deberes, o bien de poderes-funciones.

c) El rango superior de las relaciones familiares puras u organizadoras de la familia por sobre las relaciones jurídicas reguladoras de los efectos patrimoniales de dicha organización.

d) La mayor restricción de la autonomía privada que en otras ramas del Derecho Civil, pues casi todas sus normas son imperativas. La imperatividad de las normas jurídicas del derecho de Familia está destinada a satisfacer el interés familiar. Al efecto, las leyes imperativas establecen soluciones de aplicación inexorable, o bien prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ellas.

e) La participación de órganos estatales en los actos de emplazamiento en el estado de familia o en determinadas autorizaciones vinculadas a la familia o a su patrimonio.

Principios constitucionales de la regulación jurídica de la familia, Siguiendo la corriente contemporánea de introducir en las Constituciones nacionales normas referentes a la familia, en la Constitución Política del Perú se contemplan los principios que inspiran el sistema jurídico familiar peruano y que son aludidos en el artículo 233 del Código Civil, cuando establece que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la

Constitución Política del Perú. Sobre esta materia, los especialistas reducen a dos categorías las normas constitucionales, a saber: normas programáticas y normas autónomas.

Las primeras son aquellas que proponen un postulado, requiriendo de una ley que lo desarrolle. Así, p. ej., el caso de la norma referida a las causas de separación y de disolución del matrimonio, contenida en el último párrafo del artículo 4 de la Constitución, que remite expresamente a una ley - el Código Civil- la regulación de las mismas. Las segundas son aquellas que pueden ser aplicadas inmediatamente, por no requerir un desarrollo legislativo. Así, p. ej., el caso del principio de igualdad de categorías de filiación (todos los hijos tienen iguales derechos y deberes junto a sus padres), establecido en el tercer párrafo del artículo 6 da la Constitución Política.

Las normas programáticas consisten en un desarrollo legislativo de acuerdo al criterio imperante en determinado momento y sustentará cualquier reforma legislativa, por no sugerir limitación o restricción ninguna en cuanto a la extensión del programa, que queda a la apreciación del legislador. Este tipo de normas admiten su referencia en la interpretación para identificar los alcances de la disposición legal.

Las normas autónomas permiten un desarrollo legislativo dentro de su propio contenido, del cual no se puede apartar el legislador. Una reforma legislativa determinará la previa reforma constitucional en cuanto a la reforma autónoma que la propia Constitución contiene. Además, solo estas normas, que son de aplicación inmediata, autorizan interpretar el ordenamiento legal, sea prefiriéndolas, cuando la disposición legal-de menor jerarquía- se contraponga a ella; o sea integrándola, en caso de defecto o deficiencia legislativa.

El vínculo jurídico familiar y los derechos subjetivos familiares, cuando se habla del vínculo jurídico familiar nos estamos refiriendo a la relación que existe entre dos personas, derivada de la unión matrimonial, de la unión de hecho, de la filiación, o del parentesco, y que existen de manera independiente y habitualmente recíproca, determinados derechos subjetivos familiares que constituyen el contenido de cada vínculo familiar, como: el derecho de alimentos, el derecho a demandar el divorcio, el derecho del marido a impugnar la paternidad; y que asumen la característica de derechos-deberes indisponibles a la autonomía privada de las personas comprendidas en estas relaciones.

En general, en los derechos subjetivos familiares tiene mayor trascendencia el aspecto personal sobre el patrimonial, sin negar que éste exista en ellos. Esta característica produce que el cumplimiento del contenido de cada vínculo jurídico familiar sea dependiente de la autonomía privada de las personas comprendidas en esas relaciones y que las consecuencias de su incumplimiento tengan connotaciones distintas al Derecho de Obligaciones. La importancia del ámbito personal ocasiona una especial consideración a la dignidad de la persona, de tal manera que la exigibilidad del cumplimiento de los derechos subjetivos familiares no puede colisionar con ella. En tal virtud, ese incumplimiento no se traducirá en procurar aquello que es debido, como ocurre en sede del Derecho Obligacional; salvo en los casos con repercusión patrimonial, como ocurre con el derecho alimentario, p. ej. Por el contrario, el incumplimiento deberá ser apreciado en cuanto a la afectación de la dignidad de la persona y en ello radica el sustento de los casos de responsabilidad civil familiar contenidos en el Código Civil y es la base de las causales por las que se autoriza las restricciones o limitaciones al ejercicio de los derechos subjetivos familiares, como los casos en que se extinguen los vínculos jurídicos familiares.

Atendiendo a la fuente de cada vínculo jurídico familiar se derivan los estados de familia. A toda persona le corresponde un estado de familia determinado por los vínculos jurídicos familiares que lo unen con otras personas y por el que se le atribuye los derechos subjetivos familiares que cada uno de ellos originan. En tal sentido, el estado de familia es un atributo de la persona, que resulta inescindible de ella misma y, por tanto, inalienable, imprescriptible e irrenunciable.

El rol de la autonomía privada en el derecho de familia, según (PLACIDO, 2003), establecido un vínculo jurídico familiar, inmediatamente surgen los derechos subjetivos familiares, con contenido personal y patrimonial; los que, al estar contemplados en la ley, son de naturaleza indisponible a la autonomía privada.

Que el contenido del vínculo jurídico familiar es indisponible a la autonomía privada significa que estando previsto en la ley todos los efectos que se derivan de cada estado de familia, la autonomía privada no puede modificar ni sustraer los efectos establecidos en el ordenamiento positivo”.

Sin embargo, esto no importa que la autonomía privada no tenga otro rol trascendental en el Derecho de Familia que el de sólo crear actos jurídicos familiares como sostiene la doctrina clásica, por observar que la mayoría de sus normas son de orden público y que, por tal motivo, la autonomía privada está casi totalmente restringida en este campo del Derecho Civil; asumiendo, entonces, relevancia jurídica sólo al momento de la creación de los actos jurídicos familiares, al haberse contemplado los efectos de éstos por el orden público familiar de manera indisponible.

No obstante, ello no significa que la autonomía privada no pueda regular el contenido del vínculo jurídico familiar; vale decir, determinar cómo se van a cumplir los derechos y deberes que derivan de cada estado de familia. Así, por ejemplo, el artículo 288° del Código Civil establece que los cónyuges se deben recíprocamente asistencia; cuestión que, en sentido material, se traduce en los alimentos. Empero, la ley no señala cómo se cumplirá este deber conyugal; de qué manera se atenderán las necesidades alimentarias de los cónyuges con los ingresos percibidos por ellos. Esto corresponde a la autonomía privada; lo que, de hecho, resulta imperceptible por ser una cuestión ordinaria, que es de todos los días.

Ese razonamiento no se ve perjudicado por el artículo 431° del Código Civil, según el cual los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos. Resulta evidente que esta norma no reconoce una facultad exclusiva y excluyente a favor del órgano jurisdiccional, como el único que puede regular los alimentos. Siendo así, se confirma que la autonomía privada está autorizada para regular convencionalmente los alimentos; funcionando, en forma supletoria, la regulación judicial.

Una revisión del sistema familiar peruano, nos demuestra que la autonomía privada cumple un doble rol en el derecho de familia: Primero, a nivel de la creación del vínculo jurídico familiar; segundo, y quizás lo más trascendental, a nivel del contenido de esa relación jurídica familiar, a través de la regulación de los derechos de cada estado de familia teniendo como límite para su actuación el orden público familiar.

Como se ha explicado, la participación del órgano jurisdiccional será supletoria de lo que la autonomía privada determine. Sin embargo, este no es el

único papel que cumple el Juez en el campo familiar. Además, y lo que es más relevante, controlará que la actuación de la autonomía privada se realice dentro del orden público familiar. Así, el Juez es el llamado a calificar que los convenios familiares respondan al interés familiar y, de comprobar lo contrario, resolverá lo que sea más conveniente para atender al interés protegido.

Resumiendo lo anotado, la autonomía privada en el Derecho de Familia cumple un rol, no sólo a nivel de la creación de las relaciones jurídicas familiares, sino y sobre todo a nivel de la regulación del contenido de cada una de ellas, dentro del orden público familiar; interviniendo, por lo general, el órgano jurisdiccional para suplir la imprevisión de la autonomía privada y, en última instancia, para controlar la legalidad de su actuación.

La autonomía privada y los derechos indisponibles familiares, el vínculo jurídico familiar es la relación que existe entre dos personas derivado de la unión matrimonial o extra matrimonial de la filiación o del parentesco, y en virtud del cual existen, de manera interdependiente y actualmente recíproca, determinadas facultades otorgadas para el cumplimiento de deberes, como medio de protección de intereses legítimos que contribuyen el interés familiar.

Una de las características del derecho de familia es la mayor restricción de la autonomía privada, por estar predominantemente conformado por normas inexcusables. Tal imperatividad de la norma jurídica del derecho de familia está destinada a satisfacer el interés familiar que consiste en la realización de los fines esenciales de la organización legal de familia. Por ella los vínculos jurídicos familiares tienen su contenido predeterminado por la ley y, siendo así, no se puede disponer por el arbitrio individual.

En tal sentido se sostiene a priori que el rol de la autonomía privada en el derecho de familia reside en la constitución de los vínculos jurídicos familiares regulados imperativos por la ley, cuyo contenido es prácticamente indisponible. Sin embargo y al no estar referido a la indisponibilidad de las partes, el modo de obtener la realización de los intereses familiares, se evidencian que la autonomía privada también puede precisar cómo obtener su satisfacción”.

(HINOSTROZA MINGNGUEZ, 2002) señala, “la ley establece cuales son los derechos y deberes, -el contenido- que se derivan de los vínculos jurídicos familiares y que deben ser observados por los componentes del grupo familiar,

sin importar la manera de ejecución; lo que corresponde a la autonomía privada, la cual se ve orientada por la atención del interés familiar.

Por lo tanto la autonomía privada puede disponer el modo de obtener la realización de los intereses familiares, satisfaciéndolos de hecho durante la convivencia o mediante acuerdos conciliatorios para solucionar conflictos familiares mediante los parámetros impuestos por la norma; los que establecen un marco autónomo que permite a las personas valorar por sí mismas, sin necesidad del imperium de un juez, sus requerimientos y aspiraciones para, luego alcanzar la satisfacción el interés familiar.

Sin embargo, el criterio expuesto tiene una limitación implantada en la propia organización del ordenamiento jurídico familiar. Esa restricción se presenta cuando se ejercita el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para la realización de los intereses familiares, estableciendo la ley expresamente el modo de obtenerlos a partir de la probanza de los supuestos de hecho que autorizan el ejercicio del derecho de acción y la consecución de la respectiva sentencia. Así ocurre, p.ej., respecto de las acciones constitutivas de estado de familia (aquellas que tienden a obtener una sentencia que crea un estado de familia nuevo o extinga o modifique el existente), como son la de separación de cuerpos o de divorcio, la de adopción, la de revocación de la adopción; y de las acciones declarativas de impugnación de un estado de familia (aquellas cuya finalidad es excluir el estado, o sea, privar del estado de familia de que goza aquél a quien no le corresponde), como son la de invalidez del matrimonio, la de impugnación de la paternidad o maternidad matrimoniales, la de invalidez del reconocimiento, la de negación del reconocimiento, la de invalidez de la adopción. Para todas estas pretensiones, la ley contempla diferentes supuestos de hecho para permitir -sólo en esas circunstancias o causales el ejercicio de la respectiva pretensión; los que, por ser acreditados en el proceso, definirán que la demanda sea declarada fundada. Dentro del proceso instaurado, la autonomía privada debe promoverlo y está destinada a ofrecer las pruebas de los supuestos de hechos (causales) invocados, que sustentan la pretensión por sí sola y siempre que no tenga por objeto favorecer el estado de familia existente, la autonomía privada de las partes no podrá originar la conclusión del proceso; sea por conciliación, por allanamiento o reconocimiento, por transacción o por desistimiento de la pretensión.

Estas eventualidades resultan improcedentes por comprender el conflicto de intereses, derechos indisponibles; debiéndose continuar con el proceso, a fin de acreditar la causal que fundamenta la pretensión, concluyendo aquél por sentencia que ampare o desampare la demanda. La indisponibilidad radica en observar que el ordenamiento jurídico dispone que, cuando se ejercita el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para obtener la realización de los intereses familiares mediante una sentencia, aquéllos sólo se consiguen invocando y probando una de las causales contempladas en la ley.

En cambio, y respecto de las acciones declarativas de reclamación de un estado de familia (las que tienen por objeto que se reconozca el estado preexistente), como son la de reclamación de la filiación matrimonial, la de reclamación de la paternidad y maternidad extramatrimoniales, la autonomía privada perfectamente puede venir a la conclusión del proceso por obrar a favor del estado de familia reclamado por la persona, en base a admitir los hechos que se le imputan en la demanda.

Ello no es procedente respecto de las acciones de reclamación de estado matrimonial y de reconocimiento de existencia de la unión de hecho, por las consecuencias trascendentales que se generan a partir de ese momento y por exigir el sistema jurídico, formalidades mayores para su acreditación. Así, para el reconocimiento de existencia de la unión de hecho se exige que la posesión de estado se acredite con un principio de prueba escrita, de conformidad con el artículo 326 del Código Civil.

En general, la autonomía privada en el derecho de familia puede regular los derechos emergentes del estado de familia dentro de los límites establecidos por las normas legales de carácter imperativo y promover el reconocimiento voluntario de la filiación. En cambio, no pueden disponer del estado de familia en sí mismo ni la capacidad civil de las personas, así como tampoco puede realizar actos respecto de los bienes o derechos de incapaces que requieran de autorización judicial”.

El estado de familia, según “(CORNEJO, 1999), El estado de familia está determinado por los vínculos jurídicos familiares que no son sino los vínculos que unen a los unos con los otros y que les atribuyen determinados derechos subjetivos familiares.

El estado de familia es un atributo de la persona, que resulta inescindible de ella misma y, por tanto, inalienable, imprescriptible e irrenunciable. Por lo tanto, siendo inherente a la persona, el estado de familia regula los siguientes caracteres:

a) *Universalidad*: El estado de familia es universal en el sentido de que comprende todos los vínculos jurídicos familiares.

b) *Unidad*: La unidad del estado de familia implica que cada persona es eje de una serie de vínculos jurídicos que lo ligan con otras personas.

c) *Indivisibilidad*: El estado de familia es indivisible de manera que no es posible ostentar erga omnes, es decir frente a todos, el estado de familia y respecto de otros u otro diferente.

d) *Oponibilidad*: El estado de familia es oponible por la persona a quien corresponda contra todos, sea mediante el ejercicio de facultades inherentes a ese estado, sea mediante su invocación ante quienes pretendan desconocerlo o vulnerarlo.

e) *Reciprocidad*: El estado de familia estaba integrado por vínculos entre personas que son correlativos o recíprocos; así al estado de padre le corresponde el estado de hijo.

f) *Permanencia*: El estado de familia es una situación estable o permanente, su regulación por norma de orden público importa la imposibilidad de modificarlo por la libre voluntad de los interesados.

g) *Mutabilidad*: El estado de familia es mutable, pues pueden ser modificado en determinados casos, ya sea por el acaecimiento de ciertos hechos jurídicos por el otorgamiento de ciertos actos jurídicos familiares o por el ejercicio de ciertas pretensiones, que; acogidas por los órganos jurisdiccionales, tienen tal efecto.

h) *Inalienabilidad*: El estado de familia no es objeto de negocio alguno, no puede ser transmitido por voluntad de su titular. Es irrenunciable.

i) *Imprescriptibilidad*: El estado de familia es imprescriptible, pues no pueden ser adquiridos mediante la prescripción adquisitiva o usucapión, ni se pierde por prescripción extintiva.

Título y la posesión del estado de familia. - Para ejercer los derechos subjetivos familiares relativos a determinado estado de familia debe acreditarse

este mediante un respectivo título. El título de estado de familia es la prueba privilegiada de éste.

Sin embargo, este concepto tiene dos acepciones: en sentido material o sustancial, el título de estado de familia es el emplazamiento en determinado estado de familia; en el sentido formal, es el conjunto de instrumentos públicos de los cuales resulta el estado de familia de una persona, y que conforman la prueba legalmente establecida para acreditar ese estado sobre este último punto, nuestra legislación se reconoce como título de estado patrimonial la partida de matrimonio o la sentencia judicial que declara comprobada la celebración del matrimonio.

Ahora bien, quien se haya provisto del título de su estado de familia tienen la titularidad de ese estado. Pero ello es independiente la situación de hecho que al estado corresponde, que puede existir con título de Estado o sin él, del mismo modo que puede existir título de Estado sin posesión de él, como en el caso de los cónyuges que viven separados de hecho o de los hijos que no están bajo la tenencia de los padres.

Esto último se presenta cuando alguien que se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman, a su vez, ser los padres o cuando un hombre y una mujer que dicen ser marido y mujer, se comportan públicamente como tales y viven juntos, pero no han contraído matrimonio”.

La posición de “estado de familia tiene la importancia práctica:

a) Porque constituyen un hecho que la ley toma en cuenta para atribuir determinadas consecuencias jurídicas. Así es el caso de los vicios formales en la partida de matrimonio, en la cual la posición de Estado de familia subsana esas deficiencias (Art. 269º del Código Civil).

b) Porque permite a la Ley presumir que quienes en los hechos se han conducido públicamente como si estuviesen emplazados en el estado de familia aparente cuando existe posesión del Estado, pero no de título. Así cuando se acredite un juicio en el que permite acreditar la paternidad extramatrimonial (Art 402º inc.2 CC).

El Acto Jurídico Familiar. Ha sido frecuente considerar que, como el contenido de los vínculos jurídicos familiares escapan a la autonomía privada, la teoría general del acto jurídico es extraña al Derecho de Familia. Se juzga que los vínculos familiares, y los derechos y deberes que tales vínculos determinan, no tienen por fuente la voluntad de los sujetos, sino a la ley que, en cada caso, dispone los efectos de tales vínculos.

Se ha destacado, sin embargo, que cuando la constitución de los vínculos familiares nace de la voluntad de las personas, por ejemplo, la de los contrayentes en el matrimonio, la del progenitor que reconoce a un hijo, la de los adoptantes, etc. se está frente a auténticos actos jurídicos que son la fuente de vínculos jurídicos familiares. Que éstos, en su contenido, escapen a la regulación de los interesados, no obstante, a que la fuente del vínculo obedece a una manifestación de voluntad destinada a crear, modificar o extinguir derechos familiares.

En este sentido, el vínculo jurídico que el acto jurídico tiende a establecer puede ser una relación jurídica de derecho de familia; o el derecho subjetivo cuya creación, modificación, transferencia, conservación o extinción persigue, puede ser un derecho subjetivo familiar. En tales casos cabe la denominación de acto jurídico familiar.

Este criterio permite aludir al acto jurídico familiar no como una categoría distinta sino como una especie dentro del género acto jurídico, caracterizada por la parte del Derecho Civil a la cual corresponden los vínculos jurídicos o los derechos subjetivos sobre los que versa. No hay, pues, diferencia sustancial o estructural entre acto jurídico y acto jurídico familiar.

En otras palabras, puede decirse que existe unidad sustancial entre uno y otro; desde el momento que el Derecho de Familia integra el Derecho Civil, la teoría general de los actos jurídicos comprende al acto jurídico familiar y es aplicable a éste a falta de reglas legales especiales.

Sin embargo, es conveniente apuntar que si bien, generalmente los vínculos jurídicos familiares tienen su origen en un acto jurídico familiar, hay casos en los que aquellos están determinados por la ley que dota de efectos a determinados hechos. Así, por ejemplo, al establecerse que la maternidad matrimonial se determina por el parto de la mujer, debidamente acreditado, sin que sea

menester en reconocimiento del hijo; o la muerte del cónyuge que determina el estado de viudez.

La custodia. - La custodia es una figura derivada de la filiación y el parentesco, y se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad. Esta figura ha tenido una evolución importante en las relaciones familiares y en el propio derecho a lo largo del tiempo.

En el derecho romano, el padre tenía o a él se le otorgaba el control y autoridad sobre todos los miembros de la familia, inclusive el derecho a privar de la vida a los hijos, cuando éstos cometían faltas. Después, atendiendo a casos concretos, se empezó a tener la posibilidad de juzgar a los padres, figura masculina, por infanticidio.

Este poder absoluto ha ido disminuyendo, aunque sin desaparecer, pues aún continuamos viviendo en sociedades profundamente patriarcales. Sin embargo, se ha evolucionado al grado de que, en casos de exceso en el derecho a castigar a los hijos, se puede juzgar al padre o a los padres abusivos.

Los argumentos usados durante mucho tiempo para mantener la custodia y cuidado de los hijos por los padres consistieron en afirmar que para criar y mantener a los hijos en orden y obediencia era necesario dejarlos bajo el cuidado legal del padre hasta la mayoría de edad, ya que la madre carecía y no le era reconocido poder alguno sobre los hijos, y sólo debía ser objeto de reverencia y respeto, es decir una figura decorativa.

La regla era que el padre tenía derecho a la custodia de los hijos, salvo que se probara que era incapaz de tenerla, y que su deber era mantener, proteger y educar a sus hijos, lo cual quedó así establecido por la ley.

Paulatinamente se presentó un proceso de flexibilidad en la ley y/o en la práctica de la ley, que permitía considerar a la madre como capaz de criar a los hijos cuando éstos fueran menores de siete años. Después de 1900, es cuando progresivamente se comienza a presentar un cambio en la legislación y en los criterios de su aplicación, que consistió en reconocer y regular la custodia de los

hijos con preferencia hacia las madres con la misma fuerza que durante tantos años se concedió a los padres”.

Lo anterior “no es excepción en nuestros códigos civiles a pesar de que no se regula aspecto alguno en particular respecto a la tenencia y custodia de los hijos, sólo se establecen normas relativas a la patria potestad, de cuyos atributos son la tenencia y custodia. En este sentido las disposiciones consideran que la patria potestad corresponde ejercerla a los progenitores mientras estos sobrevivan durante la minoría de edad de los hijos, en su caso al progenitor supérstite; sin embargo, aun cuando se reconoce su ejercicio para ambos, existe un artículo que expresamente en orden de prelación coloca en primer lugar a la madre (en razón del niño menor de cinco años), al padre, y entre abuelo y abuela maternos, en segundo lugar.

El concepto de tenencia, hace referencia a tener consigo a sus hijos cuando el padre o la madre lo solicitan, lo que quieren decir es que vivan juntos y por consiguiente bajo el cuidado de ellos. Según Fermín Chunga La Monja, la tenencia es además de un derecho, un estado físico de dependencia del menor con respecto a uno de sus padres.

La tenencia es el aspecto material que implica la proximidad física de algo o alguien, según la doctrina es el deber de convivencia o unidad de domicilio. La tenencia es un atributo de la patria potestad, está sólo la ejercen el padre o la madre, puede decirse que es una institución familiar que se instituye cuando los padres están separados de hecho o de derecho, con el fin de establecer con quien se quedan los hijos, por lo tanto, no es un derecho patrimonial, sino un derecho exclusivo que tienen los padres.

La tenencia puede ser de mutuo acuerdo, y estará subordinada según sea lo más conveniente para el niño. A falta de acuerdo es el juez quien resuelve, y en caso de variación de la tenencia el juez ordenará, con la asesoría de un equipo multidisciplinario, que ésta se produzca de manera progresiva a fin de evitar cualquier tipo de daño o trastorno en los menores.

Es muy importante saber que la tenencia no es extensiva a terceros, cuando se otorgue a un tercero, éste lo asumirá con el título de Tutor, si el cargo es permanente, o de Guardador, si el cargo es provisional.

La legislación peruana establece que el juez es quien decide el destino de los hijos cuando los padres no lo deciden (artículo 84° del C.N.A), además debe tomar en cuenta la opinión del niño o del adolescente para efectos de poder establecer la tenencia, ya que el juicio de valor que pueda tener sobre ellos puede ser determinante, por la mayor información que tenga para una mejor decisión.

La guarda o tenencia de menores, la necesidad de otorgar la guarda o tenencia de menores a uno de los padres y la correlativa determinación de un régimen de visitas surge ante la necesidad insoslayable que se genera ante el desmembramiento de la guarda.

La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado (art. 264, primer párrafo, Cód. Civ.). Se encuentra integrada por diversos derechos-deberes, tales como la educación, la corrección, la vigilancia, la asistencia espiritual y material y la representación legal. En este contexto el derecho-deber de guarda aparece como uno de los contenidos de la patria potestad. Se advierte, entonces, que el ejercicio de estas potestades y el cumplimiento de los deberes señalados a los padres con relación a los hijos menores presupone su custodia permanente y que han de convivir con ellos (arts. 90, inc. 6º, 265, 275 y 276, Cód. Civ.).

El ejercicio de la custodia de los hijos no ofrece dificultades cuando ambos progenitores conviven, pues ejercen ambos la titularidad de la autoridad parental. Sin embargo, cuando la situación familiar se deteriora, ya sea por la interrupción de la convivencia parental o por la difícil relación entre padres e hijos, y éstos quedan bajo el cuidado de uno solo de ellos, se produce lo que se ha dado en llamar el desmembramiento de la guarda⁷⁷.

Las leyes especiales que rigen el trámite familiar incluyen a la guarda o tenencia y al régimen de visitas en su competencia material. Se trata de instituciones del Derecho de Familia encaminadas a la protección del hijo menor y a su educación, y tienden al logro de un desarrollo físico y psicológico de forma tal que puedan desenvolverse en su vida adulta.

La guarda común entonces implica la cohabitación de padres e hijos. La desmembrada supone la atribución de la tenencia a uno de los cónyuges y el correspondiente establecimiento de un régimen de visitas para el otro. Así, es un derecho correlativo ya que a la par del derecho subjetivo de los padres, aparece el de los hijos de estar junto a sus padres, o mantener contacto, lo que constituye un deber para aquéllos.

La determinación de quién ha de detentar la tenencia de los menores, entonces, sólo se plantea cuando los padres son no convivientes o se encuentran separados o divorciados.

El otorgamiento de la tenencia, el Código Civil y los ordenamientos procesales familiares señalan, a fin de otorgar judicialmente la tenencia, caminos procesales diferentes. Al respecto, es de destacar que los problemas relativos al otorgamiento de la tenencia y régimen de visita para los menores generalmente se presentan como accesorios o conexos a un juicio principal de separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio. Por ello, es infrecuente el planteo de estos conflictos como trámite autónomo o principal.

La primera y más importante forma de solución está dada por el convenio celebrado entre los padres determinando quién va a detentar su ejercicio. Ello ha de ser resultado de un acuerdo meditado y maduro de los progenitores, quienes habrán tenido en cuenta la experiencia previa en la convivencia y el interés del menor o menores. El consenso se presenta, así como la mejor de las soluciones, pero no exime al tribunal de revisar lo acordado antes de su homologación a fin de verificar si consulta adecuadamente el interés de los menores.

La solución contenciosa en sede judicial se presenta como subsidiaria y sólo debe acudir a ella cuando existe discrepancia entre los progenitores.

En este caso será el órgano judicial el que decidirá a quién atribuir la guarda provisoria o definitivamente, teniendo en cuenta las características especiales de cada caso.

Igual situación se presenta en el caso de existencia de hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos progenitores. El ejercicio de la patria potestad corresponderá a ambos padres en forma compartida si conviven, pero si se interrumpió la cohabitación, debe resolverse quién ejercerá la tenencia con similares pautas que, si se tratara de hijos matrimoniales, aunque en esta alternativa la reclamación de la guarda será siempre acción principal.

Como es sabido, el Código Civil en materia familiar regula cuestiones procesales ya que el tema de fondo y de forma se encuentran inescindiblemente unidos. Así, en los artículos 205, 215 y 236, regula el trámite de separación o divorcio por presentación conjunta y prevé la posibilidad de que la demanda contenga acuerdos sobre tenencia y régimen de visitas.

Estos acuerdos se presentan como accesorios del juicio principal, pero pueden tramitarse por separado si son contenciosos.

Por su parte el artículo 231º del Código Civil prevé la alternativa de que la tenencia o régimen de visitas sean solicitados como medida cautelar o urgente durante juicio de separación personal o divorcio vincular o aun antes de su iniciación.

Es habitual que, ante la separación de los padres, los hijos menores permanezcan conviviendo con la madre, quien generalmente ejerce una guarda de hecho desde la ruptura de la pareja. Ello encuentra fundamento en que la mujer es quien, tradicionalmente, ha permanecido más tiempo en el hogar, se ha encargado de las tareas domésticas y de las correspondientes a la educación y cuidado y salud de los hijos. Además, se posibilita que en la traumática situación que los hijos viven se mantengan los afectos referidos a sus actividades habituales: al barrio, los amigos, la escuela, etcétera. Tal solución facilita la adaptación del niño a la nueva situación”.

Por otra parte, el cuadro de disgregación se complica por las modificaciones económico-sociales y culturales producidas en la familia

contemporánea; también por la existencia de familias ensambladas debido a parejas o matrimonios sucesivos de los progenitores. Estas nuevas situaciones alteran, en numerosos supuestos, las formas de solución tradicionales. Son entonces los jueces de familia quienes deben resolver de la manera más conveniente y justa. Para ello deberán analizar jurídica y socialmente la nueva situación y tendrán en cuenta los intereses familiares en consonancia con los del menor.

La regla general de solución para el otorgamiento de la guarda, impartida por el Código Civil, expresa que se deberá otorgar la tenencia al progenitor que se considere más idóneo (art. 206, Cód. Civ.). En consecuencia, deberá resolverse adjudicando su ejercicio a aquel padre en el que concurren condiciones que hagan presumir que resultarán mejores para la convivencia del menor en el seno familiar. La resolución recaerá entonces eligiendo al progenitor que esté en mejores condiciones de hacerlo.

Por ello acertadamente se ha dicho que el principio general y básico que domina la materia es el siguiente: debe tenerse en cuenta, primordialmente, el interés de los hijos, su conveniencia y su bienestar, y, aun sin descuidar los legítimos derechos de los padres sobre sus hijos, resolverse en función de ese interés, sin que el marido o la esposa puedan alegar preferente derecho, salvo, por supuesto, la preferencia que a favor de la madre otorga la ley respecto de los hijos menores de cinco años (art. 206).

Sin embargo, el otorgamiento de la guarda judicial a uno de los padres no implica el cese para el otro del derecho-deber de supervisar la educación y demás condiciones de vida referidas a sus hijos menores. Por el contrario, tal situación supone el deber de vigilancia de las relaciones personales de los hijos y también el de comunicar al otro las situaciones que pueden resultar perjudiciales para ellos. Asimismo, el desmembramiento de la guarda pone en evidencia el cumplimiento de ciertas obligaciones, como el deber de asistencia que comprende proveer lo necesario en el orden material y en lo espiritual. Frente a terceros, cuando el menor, causa daño bajo la órbita de supervisión del padre no guardador, se quiebra la solidaridad que la ley les impone, en principio, a ambos progenitores (art. 1114, Cód. Civ.). Sin embargo, una pauta importante

resulta de la obligación del padre guardador de permitir y estimular la comunicación del otro con sus hijos.

Tenencia en la vía procesal.

Legislación Aplicable

- Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7º Y 9º.
- Constitución Política del Perú de 1993, artículos 6º.
- Código Civil, artículos 340º, 341º, 345º Y 422º.
- Ley N° 27337 - Código de los Niños y Adolescentes, artículos 9º, 74º, 81º al 87º, 160º, 161º, 164º al 182º.
- Código Procesal Civil, artículo IV del Título Preliminar, 424º, 425º, 446º, 546º al 558º.
- Ley 29269 – La Tenencia Compartida

Legitimación

Las personas que están legitimadas para solicitarla son:

- El cónyuge separado de hecho.
- El conviviente separado.
- El padre o madre extramatrimonial del hijo reconocido o declarado judicialmente.

El artículo 83º del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, nos señala el padre o la madre a quien su conyugue o conviviente le arrebate a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la custodia y tenencia interpondrá su demanda. Asimismo, el conviviente al que considere que su pueda encontrarse en peligro la integridad de su hijo³³.

Procedimiento

Requisitos³⁴ de la demanda

Para ser reconocida la tenencia a favor de uno de los padres se debe interponer la demanda solicitando la custodia y tenencia, acompañándose de un documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes (artículo 83º del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337).

Además deberá contener los requisitos y anexos que todo proceso único requiere, los cuales están contemplados en los artículos 424º y 425º del Código Procesal Civil.

Juez competente, en el caso de la tenencia de los hijos, la demanda será interpuesta, en la vía jurisdiccional, ante los Juzgados Especializados de Familia. Esto se encuentra contemplado en el artículo 160º del Nuevo Código de Niños y Adolescentes.

El juez para resolver debe tomar en cuenta que la vía es la del Proceso Único establecido en el C.N.A, y en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil. También se puede recurrir al Centro de conciliación Especializado o Conciliación Extrajudicial, ya que por este medio evitan un proceso largo y costoso, que pueda causar un ulterior daño al menor.

Vía procedimental, Este proceso se tramitará por la vía del proceso sumarísimo por la naturaleza del mismo.

Desarrollo del proceso, se inicia con la demanda, esta debe estar firmada por un abogado. A la demanda se le debe adjuntar la Partida de nacimiento del menor en original y copia, copia simple del documento de identidad del Demandante y demás documentos probatorios, como denuncia por abandono de hogar, violencia familiar y otros medios probatorios que acrediten haber vivido con el menor para solicitar su tenencia.

Después se espera la Contestación de la Demanda, seguida por Audiencia Única, después el Juzgado remite al Ministerio Público para dictamen y finalmente regresa a Juzgado para sentencia.

Las resoluciones de tenencia no son definitivas estas pueden ser modificadas por algunas circunstancias, ante ello se puede interponer una nueva acción, después de los 06 meses de la resolución originaria, salvo que este en peligro la integridad del niño o del adolescente.

Tipos de Tenencia

La doctrina ha determinado la existencia de tres tipos de tenencia que son:

- La Tenencia Unipersonal
- La Tenencia Compartida
- La Tenencia Negativa

La Tenencia Unipersonal, se dice que hay tenencia unipersonal cuando se concede a uno de los padres para que tenga al hijo de hecho a su cuidado.

La Tenencia Compartida, en este tipo de tenencia corresponde a los dos progenitores, en forma normal, sin recorte alguno. Nuestra legislación establece que ambos padres pueden acordar la tenencia de sus hijos, sin embargo, establece reglas que se debe tomar en cuenta, como por ejemplo, el hecho de que los niños menores de tres años deban permanecer con su madre. A lo que se apunta entonces con la tenencia compartida, es al hecho de permitir que los hijos sigan manteniendo contacto con sus dos padres, haciendo que sufran menos la separación y que no se sientan presos de una elección de los mayores, a veces muy egoísta, sino que puedan seguir compartiendo y desarrollando su vida con ambos progenitores, ya que son los dos quienes le han dado la vida. Vale reiterar, que esto se considera así, siempre que a criterio del juez no haya peligro de producirle un mal mayor al menor y se esté resguardando el interés superior del niño.

Lloveras Nora y Bonzano María de los Ángeles (2010), considera ilustrativo el contenido básico de la tenencia compartida: podríamos afirmar que compartir la guarda equivale a la participación activa de los padres en la formación integral de sus hijos, lo que supone asumir la necesidad de participación y el compromiso del trabajo en equipo...la guarda compartida supone asumir el desafío de desvincular la problemática conyugal de la parentalidad”.

La “Tenencia Negativa, es cuando ninguno de los progenitores desea hacerse cargo de los menores. La medida primordial es iniciar un juicio de alimentos a fin de que el obligado cumpla con su responsabilidad. La tenencia negativa se puede entender de dos formas, como aquella que existe legalmente

pero no se ejerce, dejando al menor bajo la responsabilidad de un tercero. También se puede entender como el menor que teniendo padres, ellos no se hacen cargo de él.

Otras Clasificaciones de Tenencia

- *Tenencia Por Mutuo Acuerdo.* - Cuando se determina la tenencia del menor por acuerdo de ambos padres y no se llega a recurrir a ningún tercero.

- *Tenencia De Facto* Tipos de tenencia una de hecho por mutuo acuerdo y otra de facto es decir por decisión unilateral. Los padres no recurren al poder judicial, la decisión se tomó expresamente o tácitamente. Se puede decir que es expresa cuando el padre expresa su voluntad de dejar al menor, es tácita cuando los actos del otro padre indican que no quiere tener al menor.

- *Tenencia Definitiva.* - Aquella que se sustenta en un instrumento que es producto bien de un proceso judicial o de un procedimiento extrajudicial con calidad de cosa juzgada. Los Centros de Conciliación Especializados en Familia tienen facultad es de entregar Actas de Conciliación con autoridad de Cosa Juzgada. Las Defensorías del Niño y Adolescente de las Municipalidades, también tienen facultad de entregar Actas de Conciliación con autoridad de cosa Juzgada. Debido a que les falta reunir algunos requisitos ante el Ministerio de la Mujer las Defensorías del Niño y Adolescente, escolares, de los colegios profesionales, universidades, parroquiales, no tienen en algunos casos, la facultad de entregar actas de conciliación con autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, las actas de conciliación que se lleven a cabo en esas defensorías, sirven de prueba para juicios posteriores. Si se hubiere acordado la tenencia en un Acta de Conciliación sin autoridad de cosa juzgada, también deberá cumplirse. Pero en caso de que no se cumpla en lugar de demandarse variación de tenencia, o modificación de tenencia, el padre que no tiene la tenencia demandará Tenencia como si no hubiese existido proceso judicial. Si un padre tiene la tenencia por una resolución judicial del Juzgado Especializado de Familia, sólo otra resolución judicial se la puede quitar. Si un padre tiene la tenencia por un Acta de Conciliación de un Centro de Conciliación, cuya acta tenga autoridad de cosa juzgada. Quien no obtuvo la tenencia en caso de querer

variarla o modificarla posteriormente deberá recurrir al Juzgado Especializado a fin de solicitar la variación o modificación según sea el caso.

Tenencia provisional

La tenencia provisional es la atribución del progenitor que no tiene la tenencia de recurrir al Magistrado especializado con la finalidad de solicitar la custodia provisional. En nuestro medio, la tenencia provisional es considerada en motivo del riesgo que corre la integridad física del menor. Se presume que el menor está corriendo un peligro al estar con el otro padre, este debe entregarlo inmediatamente con una orden judicial. Esta custodia se brinda a las 24 horas, si el niño o niña es menor de tres años. (Canales, 2015).

El progenitor que posee la tenencia de hecho está imposibilitado a solicitar la tenencia provisional específicamente ya que la tiene de hecho, sin embargo, es viable recurrir inmediatamente a solicitar la tenencia con la finalidad de que se le reconozca el derecho, con las garantías que corresponden. La norma prevé que quien no tiene la tenencia, tiene el derecho de solicitar la tenencia provisional para salvaguardar la integridad del menor, en efecto el Magistrado tendrá que ordenar dentro de las 24 horas la entrega del menor.

Se menciona que esta atribución de solicitar la tenencia provisional transgrede el derecho a la igualdad ante la ley, porque deberían ser los dos progenitores quienes puedan acceder a solicitar una tenencia provisional (El que no tiene y el que tiene la custodia). Frente a esta interpretación, los Magistrados pueden ejercer el control difuso, donde se prefiere la ley constitucional.

Se establece habitualmente, la custodia provisional como una medida cautelar, mediante un proceso cautelar. Dependiendo de los elementos probatorios del solicitante, el éxito de esta medida, así como también puede llegar a ser determinante la voluntad del menor de edad. (Canales, 2015, p.111).

El Código de los Niños y Adolescentes, en su articulado 87, en referencia a la custodia provisional, determina que: Es posible solicitar la tenencia provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en riesgo su integridad física, donde el Magistrado deberá resolver en un periodo de veinticuatro horas. En los otros casos, el Magistrado resolverá en consideración el informe del

equipo multidisciplinario, previo dictamen fiscal. Esta acción solo es viable a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia. No procede la solicitud de tenencia provisional como medida cautelar fuera de proceso.

No se encontró sustento mediante el cual el articulado 87 del Código de los Niños y Adolescentes resguarda únicamente la integridad a los menores de tres años con la tenencia provisional, cuando se debe proteger la integridad de todos los menores. Asimismo, se considera que se debe resguardar al menor no solo dentro de las 24 horas, sino inmediatamente.

Variación o reforma de la tenencia, posteriormente de obtener la tenencia por medio judicial, pueden suceder un conjunto de hechos, correctamente certificados impulsando al otro progenitor a solicitar la tenencia. La norma determina dos casos: La variación de la tenencia y la reforma de la tenencia.

La variación de la tenencia, la tenencia es un derecho que es atribuido a un solo progenitor. El derecho de solicitar la variación de la tenencia le pertenece a quien no tiene la tenencia. El progenitor que tiene al hijo consigo, tiene una responsabilidad mayor de quien no lo tiene a su lado, el padre que cede la tenencia al otro, confía en los cuidados que este prodigarán a su hijo. No obstante, esta norma determina la atribución que posee todo progenitor de solicitar la variación de la tenencia en caso de que dichos cuidados no existan o no sean suficientes.

El progenitor que ha tenido durante un cierto periodo al menor ha reforzado el grado de amor y dependencia del menor. Por este motivo la norma determina que la variación de la tenencia se ejecutara con la asesoría del equipo multidisciplinario con la finalidad de que la variación no genere daño o trastorno al menor, sin embargo, se procederá con el cumplimiento inmediato del fallo, en caso que la integridad del menor se encuentre en riesgo.

El requisito es que exista una tenencia, otorgada por separación de mutuo acuerdo, o divorcio, o una tenencia otorgada por el juez ”.

La sentencia “que determina la separación convencional, determina la conformidad con el convenio, cual es el progenitor que tendrá a sus hijos. Sin embargo, dicha sentencia, si bien tiene la facultad de cosa juzgada, en materia

de tenencia, puede cambiar si el otro progenitor toma en cuenta que debe tener la tenencia, para ello deberá solicitar en nuevo proceso la tenencia, sin embargo, únicamente con otra sentencia judicial podrá variar la tenencia.

Lo previo está determinado por el Código de los Niños y Adolescentes en su articulado 82, que dispone que: Si resulta necesaria la variación de la tenencia, el Magistrado dictara, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que esta se efectúe de manera gradual de forma que no le produzca lesión o trastorno. Únicamente cuando la situación lo requiera por encontrarse en riesgo su integridad, el Magistrado, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato. (Aguilar Llanos, 2014)

Así pues, el juez en la variación de la tenencia la resuelve de dos grandes formas:

- a) En la mayoría de los casos se dispone que se realice de forma progresiva para evitar daños o trastornos en el menor de edad.
- b) Excepcionalmente se dispone que se cumpla de inmediato cuando se pueda acreditar que el menor de edad se encuentra en peligro para su integridad.

Otro supuesto que da origen a la variación de la tenencia es lo relativo a la restitución de la patria potestad. El Código de los Niños y Adolescentes en su articulado 78°, establece que: los progenitores a quienes se ha suspendido el ejercicio de la patria potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva. El Magistrado especializado debe analizar la conveniencia de la restitución de la patria potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente.

De esta manera en lo relativo al incumplimiento del régimen de visitas, el Código de los Niños y Adolescentes, en su articulado 91 determina que: El incumplimiento del régimen de visitas determinado por medio judicial dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá provocar la variación de la custodia. La solicitud de variación deberá ser tramitada como una nueva acción ante el Magistrado que conoció del primer proceso³⁷.

Al progenitor que sea imposibilitado de visitar a sus hijos incumpléndose indebidamente una sentencia judicial, tiene derecho a solicitar la variación de la custodia, en cuyo caso el otro progenitor perderá la tenencia por un indebido incumplimiento del acta de conciliación judicial, o la resolución del Juzgado Especializado de Familia, o la sentencia del proceso de divorcio por mutuo acuerdo o la de divorcio por causal en su caso.

Modificación de la tenencia, la resolución que otorga la tenencia solo puede modificarse mediante nuevo proceso judicial después de seis meses de otorgada. Esto se encuentra establecido en el artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual: La resolución sobre tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como una nueva acción. Esta acción podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente. (Aguilar Llanos, 2014)

Para solicitar la modificación se requieren la existencia de circunstancias debidamente comprobadas. La ley establece que deben acontecer circunstancias que obliguen a los padres a solicitar un cambio en la tenencia, esta modificación requiere de nuevo proceso. Este proceso lo puede interponer el padre que tiene la tenencia o el otro. La ley establece que deben transcurrir seis meses desde la resolución originaria. Igualmente, el padre o madre que obtuvo la tenencia puede haber viajado repentinamente, o el trabajo la obliga a viajar durante temporadas largas, es decir pueden ocurrir hechos que perjudiquen la tenencia del menor. Solamente procede la modificación sin esperar que transcurran los seis meses, en caso de que la integridad del niño o adolescente se encuentre en peligro. Una vez resuelta la tenencia el otro la habrá perdido. (Aguilar Llanos, 2014).

Se dice que esta facultad de solicitar la tenencia provisional viola el derecho a la igualdad ante la ley, ya que deberían ser ambos los padres quienes puedan acceder a solicitar una tenencia provisional (El que tiene y el que no tiene la custodia). Pero los jueces podrían ejercer el control difuso, prefiriendo la norma constitucional Sin embargo señala también que antes de preferir que los jueces

prefieran la constitución por ser poco dados a practicar el control difuso, es mejor modificar la norma.

El Dr. Fermín Chunga La Monja (2006), considera que el artículo 87° del CNA, que comentamos, adolece de falta de coherencia porque no debería protegerse sólo la integridad a los menores de tres años con la tenencia provisional, sino también la integridad de todos los menores. Además, señala que debe protegerse al menor no sólo dentro de las 24 horas, sino inmediatamente para lo cual refiere el caso de un padre desquiciado que mató y descuartizó a sus hijos a pesar de la denuncia oportuna de los vecinos ante los juzgados de menores.

Medida Cautelar. Este proceso no es rápido puede durar años y eso realmente es lo de menos importante ya que usted puede pedir una medida cautelar y solicitar la TENENCIA PROVISIONAL del hijo (a) para que este con usted, sin perjuicio de seguir el trámite.

La situación de la Madre en estos procesos es distinta parte de una situación de ventaja ya que la ley la prefiere en el caso de hijas mujeres y varones menores, pero en el devenir del proceso si la otra parte se asesoró y también acumulo pruebas puede devenir en un litigio de los más arduos que el derecho contempla, siendo que incluso muchas veces los menores son manipulados llegando a manifestarse el síndrome de alienación parental afectando la declaración del menor ante el Juez que le pregunta ¿Con quién quieres quedarte? Puede ser determinante.

Síndrome de Alienación Parental en niños

La primera definición que se realiza sobre esta realidad, es de Richard Gardner en 1985, que define el Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.) como un desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños (Segura, Gil & Sepúlveda, 2006, P. 119)

El Síndrome de Alienación Parental o SAP, es un conjunto de síntomas, que se producen en los hijos, cuando un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de los niños con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor⁸ (Nuevo, 2016, p.1).

Este proceso se reconoce como una dinámica en algunas familias divorciadas.

Sin embargo, la existencia de este síndrome no ha sido aceptada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) ni por la Asociación Americana de Psiquiatría, de momento.

Habitualmente, este fenómeno está desencadenado por uno de los progenitores respecto al otro, tras un proceso de divorcio o separación. También puede estar provocado por una persona distinta del custodio del menor (la nueva pareja, uno de los abuelos, un tío, etc).

En consecuencia, el síndrome de alienación parental (SAP) es un conjunto de síntomas que manifiestan los hijos cuando uno de los padres los manipula sentimentalmente a través de diversas estrategias con la finalidad de que desarrollen un rechazo hacia el otro padre sin ninguna justificación. Esto ocurre normalmente en parejas separadas o divorciadas, algunos ejemplos de cómo se produce pueden ser cuando el padre tiene otra pareja y la madre le inventa a su hijo que ya no lo quiere como antes o cuando el progenitor que vive con el hijo le dice que el otro ya no lo quiere ir a ver cuando en realidad él se lo niega. Este tipo de conductas puede provocarle a los hijos, aparte de experimentar un gran rechazo hacia el otro padre, sentimientos y emociones sumamente negativas que no le permitirán encontrarse bien emocional y psicológicamente. En algunas ocasiones, el progenitor manipulador llega a destruir totalmente la relación de su hijo con el otro padre (Aguilar, 2004, p. 112).

Es importante reflexionar acerca de este síndrome, ya que los hijos son los que salen más perjudicados

Cuando el progenitor genera odio patológico en sus hijos, el progenitor alienador desarrolla un mensaje y un programa en los hijos, que normalmente se denomina 'lavado de cerebro'. Los hijos que sufren este síndrome desarrollan un odio patológico e injustificado hacia el progenitor alienado, que tiene consecuencias devastadoras en el desarrollo físico y psicológico de éstos. Otras veces, sin llegar a sentir odio, el SAP provoca en los hijos un deterioro de la imagen que tienen del progenitor alienado, resultando de mucho menos valor

sentimental o social que la que cualquier niño tiene y necesita de sus progenitores, es decir, no se sienten orgullosos de su padre o de su madre como los demás niños (Nuevo, 2016, p.1).

Diagnóstico del Síndrome de Alienación Parental, el síndrome de alienación parental está considerado como una forma de maltrato infantil. Sin embargo, por los casos de maltrato (incluyendo casos de abusos) en los que judicialmente se ha alegado SAP para desacreditar el testimonio de la madre y de sus hijos víctimas de abusos, existe una resistencia por parte de los profesionales. Por esta razón, el diagnóstico diferencial del Síndrome de Alienación Parental requiere que no exista maltrato previo, psicológico o físico, a la madre y los hijos, por parte del progenitor alienado (Nuevo, 2016, p.1).

Signos de alerta de alienación parental en los niños, estos son algunos indicadores típicos que permitirían detectar si existen síntomas del Síndrome de Alienación Parental con maltrato:

Insultar o desvalorizar al otro progenitor en presencia del hijo, aludiendo cuestiones de pareja que no tienen nada que ver con el vínculo parental.

Impedir el derecho de convivencia con sus hijos al otro progenitor.

Implicar al entorno familiar y a los amigos en los ataques al excónyuge.

Subestimar o ridiculizar los sentimientos de los niños hacia el otro progenitor.

Incentivar o premiar la conducta despectiva y de rechazo hacia el otro progenitor (basta con que los niños vean que esa actitud hace feliz a la madre o al padre, para ofrecer su dolor y así reconfortar al adulto alienador).

Influir en los niños con mentiras sobre el otro llegando a asustarlos. En los niños, el Síndrome de Alienación Parental puede detectarse cuando intentan justificar el rechazo con explicaciones o razones absurdas e incoherentes. En ocasiones, también pueden usar diálogos o frases propias de su progenitor alienador, y palabras o comentarios impropios de su edad⁷⁷. (Nuevo, 2016, p.1).

Síndrome de Alienación Parental: Consecuencias, el síndrome de alienación parental puede traer muchas consecuencias a los hijos. Algunas de estas consecuencias que pueden aparecer son las siguientes:

Pueden volverse sumamente retraídos, tímidos o algunos otros muy violentos.

Se instaura en ellos un miedo exagerado al abandono.

Pueden llegar a sufrir depresión.

Como han convivido tanto con el progenitor manipulador, aprenden a adoptar este tipo de conducta, por lo que tienden a manipular a los padres y a las personas que los rodean.

Muestran un bajo rendimiento escolar.

Tienen problemas de autoestima, por lo que comienzan a carecer de amor propio.

Aparecen en ellos sentimientos de culpabilidad.

Con el tiempo, pueden llegar a romper la relación con ambos padres.

En casos de mayor gravedad, pueden llegar a adoptar conductas delictivas como manera de vengarse de los padres.

Se frustran fácilmente ante cualquier tipo de incidente o situación.

Tienen dificultades para construir relaciones de amistad o de pareja estables (Aguilar, 2004, p. 122).

SAP: Niveles de Intensidad, es posible identificar diferentes niveles de intensidad en el rechazo que muestran los niños y niñas afectados por el SAP:

□ El rechazo leve. - se caracteriza por la expresión de algunos signos de desagrado en la relación con el padre o la madre. No hay evitación y la relación no se interrumpe.

□ El rechazo moderado. - se caracteriza por la expresión de un deseo de no ver al padre o la madre, acompañado de una búsqueda de aspectos negativos del progenitor rechazado que justifique su deseo.

Niega todo afecto hacia él y evita su presencia. El rechazo se generaliza a su entorno familiar y social. La relación se mantiene por obligación o se interrumpe.

□ El rechazo intenso. - supone un afianzamiento cognitivo de los argumentos que lo sustentan. El niño se los cree y muestra ansiedad intensa en presencia del progenitor rechazado. El rechazo adquiere características fóbicas con fuertes mecanismos de evitación. Puede aparecer sintomatología psicosomática asociada. El rechazo puede aparecer inmediatamente después de la ruptura o en periodos posteriores que pueden alcanzar varios años después, generalmente asociados a momentos concretos del nuevo ciclo evolutivo familiar (Segura, Gil & Sepúlveda, 2006, P. 122).

El Síndrome de Alienación Parental en la Legislación Nacional, no se encuentra directamente regulada o sancionada en nuestra legislación, esa es una realidad que se verifica de la revisión de nuestra legislación vigente. Por lo tanto, existe un vacío normativo sobre la regulación jurídica de la alienación parental en nuestro país (Fernández, 2017, p. 240).

La Constitución Política del Perú, dada su naturaleza y finalidad, no es posible encontrar en ella una legislación específica, sin embargo, nos permite sí identificar los derechos materia de afectación por el Síndrome de Alienación Parental. Al respecto, es importante centrar la atención en la norma contenida en el Artículo 1°, donde la persona humana asume un digno protagonismo. La dignidad es una condición o una cualidad de todo ser humano, es intrínseca a su ser espiritual. Desde su concepción la persona exige protección, y los otros son responsables ante ella, deben acogerla, promoverla y protegerla. Esto es imperativo en todas las etapas de su desarrollo, y con mayor énfasis en aquellas de mayor demanda, como la niñez, la adolescencia y la adultez mayor; así como en aquella que se determina por su condición de evidente⁷⁷ vulnerabilidad.

Tal “exigencia se hace específica en el caso de los hijos menores de edad,

los cuales necesitan – para su desarrollo integral- vinculaciones socio afectivas fundamentales, como es el necesario y constante contacto con sus progenitores, con su familia (Pineda, 2018, p. 110). Esto surge precisamente de la patria potestad que como conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados (Vásquez, 1982, p. 9). Garantizar esa vinculación conlleva sin duda alguna al respeto irrestricto de su dignidad.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al reconocer el derecho del niño a tener una familia, así el aludido tribunal sostiene que el derecho del niño a tener una familia, es un derecho constitucional implícito y que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución. (Cfr. STC 1817-2009-HC/ TC, fundamentos 14-15). (Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 2017). Tal elucubración jurídica no deja duda que el mejor escenario para el desarrollo integral de un menor de edad es sin duda su propia familia (Pineda, 2018, p. 113).

Tal norma se complementa a su vez con la contenida en el Artículo 2 de la propia Constitución, que consagra el derecho a la identidad de toda persona y al libre desarrollo de la personalidad. De igual forma el principio de protección de la familia contenido en el artículo 4.3. Del derecho a la vida familiar fluye a su vez, el derecho de los hijos a tener vinculación o contacto con sus progenitores. Pues si bien el estado ideal de la vida familiar es que los hijos vivan con ambos progenitores, en el caso que los progenitores se encuentren separados, corresponde en tal circunstancia que los hijos puedan tener contacto con cada uno de ellos, articulando para ello las instituciones de la tenencia compartida, y del régimen de visitas.

En la misma línea encontramos el mandato de que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...), por ser etapas del desarrollo humano que ubican a la persona en un estado de evidente vulnerabilidad. La Constitución por ello postula y ordena su protección. De ello

se infiere que toda conducta, actividad o decisión que directa o indirectamente afecte los derechos de la niñez y adolescencia que agraven su dignidad, su identidad, su libre desarrollo, a vivir en un medio familiar, no solamente debe ser observado, reprochado y sancionado, sino que se debe articular un conjunto de medidas que prevengan dicha afectación.

Tanto más que esta afectación provenga de los progenitores, pues su responsabilidad les impone que ellos deben realizar todo lo conducente para lograr el desenvolvimiento físico e intelectual de quien está sujeto a la patria potestad y, en caso de abandono, o descuido, el Estado podrá hacer cesar dicha patria potestad (Varsi, 2012, p. 297).

En tal circunstancia, el Síndrome de Alienación Parental, que entre sus efectos genera una obstaculización de las relaciones parentales, configura un fenómeno que debe ser proscrito por incidir negativamente en el derecho a la vida familiar. Así, las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares vulneran el derecho a la familia, y afecta la plena satisfacción de los derechos de la niñez, que es la esencia del principio del interés superior del niño (Pineda, 2018, p. 117).

Concluyendo en esta parte se puede afirmar que la Constitución Política del Perú contiene normas importantes que protegen a la persona humana, a la familia y a la niñez, pero estas no establecen un marco jurídico suficiente para prevenir y amparar toda situación de riesgo o de afectación de los derechos de los hijos menores de tres años, en los cuales el Síndrome de Alienación Parental puede presentarse como una situación perniciosa.

El interés superior del niño y el derecho a la identidad, Como hemos visto es acogido por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, de la cual el Estado Peruano es parte. En tal sentido, si bien nuestra Constitución no reconoce el principio del interés superior del niño de manera expresa; sí reconoce en su artículo 4 que el Estado protege al niño, niña y adolescente; así como a la familia. Adicionalmente, a ello reconoce en su artículo 2 y 3 (mediante la cláusula abierta de derechos) los diversos derechos fundamentales que también coinciden con los derechos humanos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, de acuerdo al artículo 55º de nuestra

Constitución, los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional, por lo que la Convención sobre los Derechos del Niño, al ser un tratado adoptado por el Estado peruano, forma parte de nuestro derecho interno. Es por ello, y en virtud de la cuarta disposición final y transitoria de nuestra Carta Magna, que señala que los derechos y libertades proclamadas en la Constitución se deberán interpretar a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados internacionales de los cuales el Perú es parte, que podemos interpretar que el interés superior del niño no solo es un principio internacional, sino también consagrado a nivel interno”.

En tal sentido, “ha sido recogido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes del 2000, el cual señala que 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.

Ahora bien, al igual que en el ámbito internacional es necesario que las autoridades analicen el interés superior del niño en el caso concreto y de esa manera se pueda comprender cabalmente su contenido. En razón de ello comentaremos dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional concernientes a los derechos de los niños y cómo han interpretado los magistrados el interés superior del niño en función a sus derechos.

Nuestro Estado haciendo eco a la voluntad establecida en la Convención Nacional de los Derechos del Niño ha venido dictando una serie de medidas legislativas destinadas a garantizar que los derechos del niño no se vean vulnerados por el actuar (negligente) de los adultos o por el retardo procesal de la justicia. En este sentido, se han dictado diversas disposiciones normativas sustantivas y procesales que tienden a hacer efectivo de manera plena los derechos e interés del niño, aun en contraposición con normas de carácter procesal que garantizan otros derechos de diferente naturaleza.

En efecto, conforme al artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño, constituye una obligación por parte del Estado peruano -firmante de la Convención sobre los Derechos del Niño- que el derecho del niño a que su

interés sea superior, se constituya en una consideración primordial adoptando todas las medidas necesarias, entre ellas las de carácter legislativo y judicial, para hacer plenamente efectivo este derecho; para ello tendrá que crear y en su caso modificar normas existentes y otras fuentes del derecho para que se cumpla con el principio del interés superior del niño.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. (...).

Señala el Tribunal Constitucional que: Este énfasis tuitivo se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos. De allí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), partiendo de la premisa de que el niño es un sujeto de derecho de protección especial para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haya destacado que la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos (Exp. N° 01817- 2009-HC/TC, de fecha 07/10/2009, fundamento 5)´.

Así tenemos “en primer término que el Artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes establece que: 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.

Por su parte, la Ley N° 29803, publicada en el diario oficial *EL Peruano* con fecha 6 de noviembre de 2011, modificó el artículo 675° del Código Procesal Civil, facultando a los jueces otorgar una asignación anticipada de alimentos de oficio para los hijos menores de edad con indubitable vínculo familiar con el

demandado; es decir, sin que la parte demandante lo haya solicitado previamente. Con dicha modificación el artículo 675º del Código Procesal Civil establece lo siguiente: 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 424º, 473º y 483º 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.

En este caso el juez suple de oficio la deficiencia o falta de previsibilidad incurrida por el representante legal del menor de solicitar la **medida de asignación anticipada** de alimentos. No cabe duda que en este caso es el interés superior del niño el que prevalece y se sobrepone sobre la voluntad de las partes, supliendo la omisión o falta de previsibilidad del demandante quien reclama alimentos para el menor. Así, el principio de congruencia procesal cede ante un derecho universalmente reconocido y aceptado, que impone a las autoridades jurisdiccionales que al momento de resolver una situación donde esté involucrado un niño o adolescente lo hagan teniendo en consideración la protección integral de sus derechos elementales, como los alimentos, la salud física y mental, educación y todo lo relacionado con su sano desarrollo.

En esta misma línea, teniendo en cuenta el objetivo del interés superior del niño -que es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención y el desarrollo holístico del niño- es que el Poder Legislativo ha dictado también la Ley N° 29834, publicada el 2 de febrero de 2012, que modifica el artículo 370 del Código Procesal Civil, facultando al juez superior para que pueda modificar la resolución impugnada aun en perjuicio del apelante único cuando la otra parte (que no ha impugnado) es un menor de edad. Es decir, resulta legalmente válido la aplicación de la *reformatio in peius* cuando la otra parte (que no ha impugnado) es un menor de edad”.

Por nuestra parte, “estamos de acuerdo con la modificación antes referida, por cuanto resulta indudable que el menor de edad -en cualquier tipo de proceso- es la parte más débil de la relación procesal; si bien es verdad, que el menor (niño o adolescente) siempre está representado legalmente por un adulto, como

por ejemplo en materia de alimentos es la madre la que normalmente solicita los alimentos para el menor; sin embargo, ello no garantiza necesariamente que el menor reciba el derecho que realmente le corresponde. Pues, si se trata de garantizar de modo efectivo los derechos de los niños, consideramos que una doble garantía para que el derecho reclamado sea el que corresponde y conviene al menor, es la revisión del juez superior respecto de lo resuelto aunque el tutor no haya impugnado ya sea por descuido o por ignorancia.

Es decir, que la decisión del juez de primera instancia respecto del derecho reclamado por el menor, no solo pasa por la aceptación y conformidad del padre o madre o representante legal del menor, sino además por la aceptación del juez superior.

En este sentido, observamos que la exposición de motivos de la citada Ley N°29834 que modificó el artículo 370 del Código Procesal Civil, se hace la siguiente pregunta: ¿Pero qué pasa si la resolución es adversa a los intereses de un menor de edad y sus padres y /o tutores que lo representan en el proceso judicial, no apelan ni se adhieren? Uno de los fundamentos principales de la exposición de motivos fue el siguiente: para evitar que un menor de edad arrastre una resolución que a todas luces le genera perjuicio, a través de este proyecto de ley planteamos la modificación del artículo 370° del Código Procesal Civil, que tiene como único objetivo tutelar los derechos de los menores de edad, quienes al ser representados en un proceso judicial ya sea por sus padres o tutores, estos, por desconocimiento o negligencia no ejercen el derecho de la doble instancia, consintiendo una resolución adversa, quedando en un mayor grado de desprotección por los mecanismo procesales existentes". (Proyecto de ley 175/2001)

En efecto, “estamos de acuerdo que la presencia de los padres o representantes legales de los menores en un proceso judicial no garantiza de manera plena y efectiva los derechos del niño y del adolescente objeto de discusión, por ello se hace necesario que el juez superior pueda suplir el desconocimiento o negligencia en que pudieran incurrir los padres o tutores del menor de no ejercer el derecho de la doble instancia. Resulta válido que se faculte al juez superior para que de oficio pueda revisar la resolución de primera instancia en donde se ha discutido y resuelto respecto del derecho de un menor, aunque dicho extremo no haya sido objeto del recurso impugnatorio, ello con la

finalidad de que el derecho del niño o adolescente no se vea restringido ni disminuido por una falta de acción por parte de los representantes o tutores del menor. En este sentido el profesor Alex Plácido ha señalado que: “Es de particular importancia referirse al supuesto de la apelación interpuesta solo por el demandado. De ordinario se comprueba que por diversos motivos la parte que representa los derechos del niño o adolescente no interpone recurso de apelación, consintiendo con lo resuelto en primera instancia. Sin embargo, el órgano jurisdiccional superior no puede desconsiderar el mandato constitucional de protección especial de los niños y adolescentes que lo obliga a actuar conforme al interés superior del niño. De acuerdo con ello, debe revisar el expediente a fin de comprobar que efectivamente la pensión de alimentos fijada responde a la edad y sexo del alimentista y a las condiciones de vida de la familia; además de apreciar el estado de necesidad y la capacidad económica del obligado. Si de la revisión comprueba que la pensión establecida es menor respecto de las necesidades del alimentista y que la capacidad económica del obligado es mayor, debe revocar la apelada y reformarla para incrementar el monto señalado en primera instancia.

También el Tribunal Constitucional ha señalado que: El hecho de que un niño o una niña tengan un padre, madre o responsable de su tutela, no implica en modo alguno que la protección de su dignidad o su desarrollo físico, psíquico o social se vean supeditados a la voluntad de tales personas adultas (Exp. N° 02132-2008-AA/TC de fecha 09/05/2011, fundamento 11). Es el Estado quien está en la obligación garantizar a través de los mecanismos idóneos -legislativos y judiciales- el disfrute pleno y efectivos de todos los derechos del niño.

La primacía del principio del interés superior de niño sobre los principios procesales de non reformatio in peius y tantum devolutum, quantum appellatum, precedentemente hemos establecido que conforme a la doctrina y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la prohibición de la reformatio in peius, llamada también reforma peyorativa, es una garantía constitucional de carácter procesal que tiene una doble protección, esto es garantizar el derecho de defensa y permitir un acceso efectivo a los recursos procesales”.

Asimismo, “hemos establecido que los poderes de instancia de alzada se encuentran limitados por el contenido del recurso impugnatorio, dado que el alcance de la impugnación de la resolución recurrida determinará los poderes

del órgano ad quem; y que el Colegiado Superior solo deberá resolver en función a los agravios, errores de hecho y derecho que haya expuesto el recurrente en su escrito de apelación, de tal modo que el agravio u ofensa fija el thema decidendum -la pretensión- de la Sala de revisión; esto es lo que se conoce como el principio *tantum devolutum, quantum appellatum*.

En efecto, conforme al artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño, constituye una obligación por parte del Estado peruano -firmante de la Convención sobre los Derechos del Niño- que el derecho del niño a que su interés sea superior, se constituya en una consideración primordial adoptando todas las medidas necesarias, entre ellas las de carácter legislativo y judicial, para hacer plenamente efectivo este derecho; para ello tendrá que crear y en su caso modificar normas existentes y otras fuentes del derecho para que se cumpla con el principio del interés superior del niño.

En principio debemos tener en consideración que la aplicación de los citados principios procesales, prohibición de la *reformado in peius* y *tantum devolutum, quantum appellatum*, resultan de suma importancia en los procesos judiciales para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes; son principios que no deben dejar de observarse por los jueces.

Sin embargo, si bien dichos principios procesales son esenciales para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes, dichos principios deben ser aplicados teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño; ello por cuanto, dicho principio debe ser considerado como una consideración primordial, esto significa que el interés superior del niño no puede estar en el mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición -hemos dicho- se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz); pues los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses. Es decir, un niño y un adulto no se encuentran en igualdad de armas dentro de un proceso judicial, el niño siempre se encuentra en desventaja, por ello no puede aplicarse con la misma firmeza los principios *non reformado in peius* y *tantum devolutum, quantum appellatum* cuando en un proceso judicial una de las partes es un menor de edad, puesto que, se corre el riesgo de que los derechos de los niños se vean limitados o restringidos⁷⁷.

Por ello, “ha hecho muy bien la Ley N° 29834 en modificar el artículo 370 del Código Procesal Civil permitiendo al juez superior modificar la resolución impugnada aun en perjuicio del adulto impugnante, y ello será así cuando el juez superior advierta que con la decisión de juez de primera instancia se ha vulnerado el derecho del menor o que el derecho no ha sido otorgado al menor en su justa dimensión. Es decir, que el principio del interés superior del niño se impone y prevalece frente a los principios *non reformatio inpeius* y *tantum devolutum, quantum apella- tum*. De lo cual se concluye que la directriz fundamental es la prioridad del interés del menor sobre cualquier otro interés, ello por cuanto dicho interés es superior a los intereses de los demás.

En este sentido, resulta importante destacar lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída Exp. N° 02132-2008-AA/TC de fecha 09/05/20, fundamento 10, quien señaló que: De este modo, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel **valor especial y superior** según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, **tienen fuerza normativa superior** no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales.

Así, se ha señalado que ante cualquier caso de conflictos de derecho de igual rango, deberá dar prioridad al derecho sobre la base del interés superior del niño, que prime sobre cualquier otro interés. Así, ni el interés de los padres, ni de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios con relación a los derechos de los infantes; por lo tanto, un derecho de un menor no puede estar sujeto al interés particular que tenga al respecto el padre o quienes ejercen la representación de menores. (Ramírez, 2014).

Es por ello que, ante cualquier conflicto de intereses del igual rango, el interés moral y material del niño y adolescente debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia”.

Resulta importante “destacar que la Corte Suprema de Justicia de la República a través de la Sala Civil Transitoria en la Casación N° 756-2005-Puno,

de fecha 13 de marzo de 2006, mucho antes que se promulgase la Ley N° 29834 que modificó el artículo 370 del Código Procesal Civil, dio prevalencia al principio del interés superior del niño sobre el principio de *non reformatio in peius*. Es decir, que consideró que el principio del interés superior del niño prevalecía y se imponía frente principio de la no reforma peyorativa que quedaba relegado. El caso era que la sentencia de primera instancia había declarado fundada en parte la demanda de violencia familiar solo con respecto a Lelia Isabel Alvarado Montenegro e infundada la demanda con respecto a los actos de violencia en agravio de los menores hijos (de esta y del denunciado por violencia familiar). El único apelante de la sentencia de primera instancia fue el demandado Arturo Huamán Arias, pues ni el Ministerio Público ni la agraviada Lelia Isabel Alvarado Montenegro interpusieron recurso de apelación. Mediante sentencia de segunda instancia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno revoca en parte la sentencia de primera instancia declarando fundada la demanda en lo concerniente a los actos de violencia familiar en agravio de los menores Arturo y Waldo Huamán Alvarado. Es decir que la Sala Superior modificó la sentencia de primera instancia en perjuicio del apelante único que en este caso era el demandado Arturo Huamán Arias, contraviniendo así el artículo 370 del Código Procesal Civil que regula el principio de *non reformatio in peius*, precisamente este fue el argumento del demandado en su Recurso de Casación. Sin embargo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundado el Recurso de Casación por considerar que: Si bien es cierto el artículo 370 del Código Procesal Civil consagra el principio de la *reformatio in peius* o de prohibición de la reforma en peor (...) **no es menos cierto que existen normas sustantivas que tiene prevalencia sobre cualquier norma procesal**. Tal es el caso del artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes, que dispone que: (...). En consecuencia, estando a que es política permanente del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar, estableciendo medidas cautelares y resarcimiento de los daños y perjuicios causados por ella y al haberse determinado según las evaluaciones psicológicas obrantes a fojas diez, once que los menores sufren de maltrato emocional, bien ha hecho la Sala Superior en fijar medidas de protección a favor de los menores. Estando a lo expuesto precedentemente se llega a la conclusión que la denuncia por la citada causal deviene en infundada.

En consecuencia, el principio del interés superior del niño al constituir una consideración primordial, sobre otras consideraciones, que permite garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos, se impone y es superior al principio *non reformatio in penis* y a cualquier otro principio procesal⁷.

El "interés superior del niño y el derecho a vivir en una familia. La Sentencia del Tribunal Constitucional STC-2165-2002-HC/TC del 14 de octubre de 2002, versa sobre un proceso de habeas corpus, interpuesto por Lady Rodríguez Panduro, contra el Ministerio de la Mujer y del Desarrollo Humano, para que le sea entregada la niña de 3 años de edad, que había criado como hija, y en ese momento se encontraba en un albergue infantil. La demandante había recibido a la niña a pocos días de nacida por su madre biológica, quien se la entregó para que la crie como a su hija.

En tal sentido, la demandante registró a la niña como tal. Dos años después, la madre biológica denunció a la demandante por raptor y le reclamó la entrega de la niña. No obstante, la madre biológica logró su cometido y le entregaron a su hija, tanto la madre como el padre biológico no cumplieron con sus obligaciones como padres de la niña, siendo que terminaron declarando a la niña en estado de abandono, internándola en un albergue infantil. Ante estos hechos, es que doña Lady Rodríguez interpuso el habeas corpus, y el Tribunal resolvió a su favor, en tanto se ponderó el derecho a la niña a vivir en una familia acorde al interés superior del niño.

Alex Plácido señala, respecto a este caso, Aquí, el interés superior del niño ha actuado como un interés autónomo, como el único relevante en este contexto social y normativo, de forma que debe sobreponerse a cualquier otro. Se aprecia que existe un conflicto de intereses y valorando cada uno de ellos en el respectivo contexto, se ha decidido a favor del interés superior del niño de las alternativas y opciones posibles en el ejercicio del derecho cuestionado (la continuación del internamiento en un albergue de menores o la entrega de la niña a la demandante, quien ha actuado en todo momento como una madre para la menor), se ha determinado dónde está el mejor beneficio o interés del menor en la situación de referencia. Opciones e interés contemplados desde la perspectiva del niño, como sujeto de derecho que vive su problema en un lugar y momento determinados". (Plácido 2006:45).

En este caso hemos podido apreciar cómo el interés superior del niño, traducido en lo que mejor le conviene a la niña para su desarrollo integral, pesa para analizar el derecho de esta a vivir en una familia, que, si bien no era su madre biológica, era la única madre a la que había conocido, en tanto la demandante la crió desde su nacimiento. El derecho a vivir en una familia, implica el derecho de la niña a no ser separada de sus padres (consagrado en el artículo 9 de la Convención), salvo que la convivencia con ellos conlleve a alguna afectación a los derechos de la hija, y sean contrarios a su interés superior. En este caso, se puede apreciar porque la niña es internada en un albergue infantil, en tanto los padres biológicos no le daban los cuidados adecuados y ello afectaba sus derechos. En virtud de ello, la medida más favorable para la niña era vivir con la persona que le propino los cuidados necesarios desde nacida y a la que ella identificaba como madre.

El interés superior del niño en un estado constitucional; el principio del interés superior del niño, como hemos analizado en los apartados anteriores, es un principio guía que rige el ordenamiento nacional en todo lo que concierne a niños, niñas y adolescentes. Ello en virtud de que es un principio consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado ratificado por nuestro país, y que forma parte del Derecho nacional; y es un principio el cual debe coadyuvar a la interpretación constitucional de los derechos fundamentales. En tanto en el Estado Constitucional, prima el sometimiento de la administración pública, poderes y sociedad a la Constitución con sus derechos y principios; el interés superior del niño, cumple un rol fundamental, al ser un criterio primordial a considerar ante cualquier acto que involucre a niños y niñas.

No obstante, cabe recalcar que, si bien se menciona al interés del niño como superior, se debe tener cautela con este superlativo, ya que, en un Estado Constitucional, no existen valores absolutos que primen sobre otros; sino que siempre cabe la ponderación y la evaluación en el caso concreto para que se resguarden los derechos de los involucrados.

Si bien es cierto, los niños y niñas conforman una población vulnerable a la que hay que prestar cuidados especiales, esto no debe ser óbice para que se aplique el interés superior del niño, arbitrariamente en desmedro de otros derechos de los demás sujetos.

Plácido señala, Se han hecho algunas críticas concerniendo la utilización de este superlativo, infiriendo que el interés superior (the best interests) significaba que, en cualquier circunstancia, el interés del niño debía primar sobre cualquier otro interés; de esta manera, se haría del niño un ser de excepción que, desde el momento en que se encontrara en interferencia con otras personas no niños u otros cuerpos sociales, tendría forzosamente siempre razón. No se puede apoyar esta posición ya que, si se pone otra vez en relación el artículo 3, primer párrafo, con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ejemplo, se comprende bien que el niño no es una persona individualizada al extremo, sino que permanece como una persona miembro de su familia y miembro de la comunidad”. (Plácido 2006: 33-34)

Finalmente, “como hemos recalcado, este principio se debe dotar de contenido- como puede constar en la argumentación de las sentencias de la CIDH, como en otros pronunciamientos internacionales y nacionales analizando los elementos del caso concreto, las características y particularidades de los niños y niñas involucrados y el contexto al cual pertenecen, para verificar si se está cumpliendo con el principio del interés superior del niño, y en caso de conflicto entre derechos del propio niño/a o con terceros, ponderar atendiendo a lo que mejor favorezca al desarrollo integral del niño/a y justificando razonadamente el porqué de tal ponderación. Solo así se podrá superar las críticas de quienes señalan que, por la vaguedad del principio del interés superior del niño en la normativa, se genera un ejercicio discrecional arbitrario por parte de las autoridades.

Los derechos fundamentales en juego en el sistema filiatorio: *El derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho a la identidad*, Mediante este apartado analizaremos dos de los derechos fundamentales que resultan relevantes en el sistema filiatorio peruano, cuál es su naturaleza y cómo pueden resultar afectados por normas de derecho de familia que no atienden el mandato constitucional de protección. El primero de ellos, es de suma relevancia en el Estado constitucional, en tanto sostenemos que este principio y derecho constitucional es transversal a toda la regulación legislativa, en especial en cuanto a la regulación de las relaciones familiares, como la filiación. Asimismo, será fundamental para nuestro análisis posterior, haber desarrollado el mandato

de no discriminación, en tanto sobre él nos amparamos al analizar que la regulación específica sobre impugnación de la paternidad matrimonial es discriminatoria por razón de género. Por otro lado, desarrollaremos el derecho a la identidad, sus implicancias y la relevancia de atender primordialmente a este ante la creación de legislación sobre filiación, así como al aplicar la normativa en casos concretos.

En primer lugar, cabe hacer la distinción entre derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales. Mientras que los derechos humanos se refieren a los derechos de las personas reconocidos a nivel internacional mediante declaraciones y pactos internacionales sobre la materia; los derechos fundamentales aluden a estos mismos derechos pero que han sido positivizados en el ordenamiento interno, generalmente en su Constitución, y que gozan de una tutela reforzada. Por su parte, los derechos constitucionales, son aquellos derechos que han sido reconocidos por la norma suprema, la Constitución". (Rubio 2010:18-19).

Para Marcial Rubio, "los derechos fundamentales son el conjunto de derechos y libertades que, por ser inherentes al ser humano, se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional y positivo. Son, así, los derechos humanos positivizados en la Constitución (Ídem: 19). El Tribunal Constitucional, ha sostenido al respecto, en la STC 1042-2002-AA/TC, que los derechos fundamentales constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo, puesto que son la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica. Esto implica que el sistema jurídico se basa sobre los derechos fundamentales y se guía por ellos, sin importar que los particulares los exijan, pues son normas comunes e imperativas para todos (Ídem: 20). En tal sentido, no solo tendrán una dimensión subjetiva en tantos derechos de particulares, sino también objetiva, como guía y base del ordenamiento.

Cabe acotar que los derechos no deben ser entendidos como catálogos cerrados, puesto que estos pueden variar en el tiempo, de acuerdo con el momento histórico, pero siguen partiendo de las exigencias de dignidad,

igualdad y libertad (ídem: 21). En tal sentido, el artículo 3 de nuestra Constitución dispone una cláusula abierta de derechos, ya que establece que la enumeración de los derechos expuestos en el primer capítulo, no excluye los demás derechos que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad del hombre, principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno²⁷.

III.- METODOLOGÍA

4.1.- Tipo Investigación.

Tipo. – La investigación es aplicada, se encuentra en la búsqueda de resolver problemas dentro de la administración de justicia en el presente caso el acto jurídico y una debida protección de los bienes jurídicos enfocada en mejorar las relaciones de convivencia de la sociedad (justicia y la paz social). Ñaupas & E (2014).

4.2.- Diseño de investigación.

Descriptivo. Permite la descripción del comportamiento de un determinado sujeto (comprador o vendedor) o situación sin influir en él o ello. (Acto jurídico) (Novoa, 2014).

Enfoque.

Cualitativo. – realidad subjetiva, se aprecia e interpreta ideas por el lado del investigador, sin manejar distancias entre el conocimiento y la realidad.

Quien investiga realiza el juicio de análisis personal con la finalidad de entender las situaciones reales que se investiga, usando instrucciones como son el inductivo y el procedimiento concreto mediante la observación e interpretación de las situaciones de la realidad de teniendo en cuenta las experiencias pasadas de diferentes mecanismos o factores que le puedan servir. De Souza (2009).

4.3.- Población y muestra y muestreo.

Población.

Para los estudios de ciencias sociales la población viene a ser, el grupo de individuos o instituciones en donde se realizará la investigación. (Hernández, 1996, p.145).

Uno de los primeros pasos para desarrollar el muestreo es determinar la población, la cual representa en las operaciones cualitativas un determinado valor". (Ñaupas & E, 2014, p.745).

En el presente estudio la población es Los Juzgados de familia del Poder Judicial de Chiclayo.

Muestra.

Es una parte de la población que se ha tomado como referencia en el trabajo de investigación, que ha sido seleccionada por conocimientos varios, sin perder la finalidad que representa el universo. (Fernández, 1993, p. 417)

En el presente trabajo está integrada por expedientes judiciales del proceso de tenencia de hijo menor de edad en los juzgados de Familia.

La muestra viene a ser un subconjunto o porciones de la población, seleccionando por métodos diversos, teniendo en cuenta la representatividad del universo. Por lo tanto, una muestra representa siempre y cuando cuente con las características de los individuos señalados en el universo. Fernandez (1993).

Muestreo

Es un instrumento que nos accede muestras determinadas, de confianza, esperando que el resultado resalte en el universo señalado. Ander-Egg (1972).

Para el desarrollo de esta investigación, se utilizará el cuestionario, con preguntas abiertas y selectivas.

4.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.

Las técnicas e instrumentos de investigación están referida a las instrucciones y a los instrumentos con los cuales se recogerán informaciones, por tanto, se puede decir que las técnicas vienen a ser los procedimientos y herramientas utilizadas para recoger los datos e informaciones necesarias con la finalidad de probar o contrastar la hipótesis. Ñaupas H (2014).

Las técnicas más importantes de investigación cualitativa son: la observación en sus dispares modos y el rol de cotejos como su principal instrumento; la encuesta, que comprende la entrevista y el cuestionario, con sus respectivos instrumentos". (Ander-Egg, 1972, p.241).

4.5.- Procedimientos de análisis de datos.

En “la investigación cualitativa; el acopio de datos, análisis y su exégesis no se brinda al finalizar, ésta se realiza después del trabajo de campo, por medio de una definición de los propios datos y primera deliberación, a través de la hermenéutica. Este análisis de datos consiste en las siguientes tareas:

El primer paso es revisar todo el material recolectado (fichas textuales, comentarios, entre otros.). Después es de análisis, por medio de la cual se documenta cada paso del proceso analítico, en donde se debe realizar el control de calidad de los datos, rechazando los datos dudosos o sesgados (Hernández et al. 2006: 428).

Se utilizará Microsoft Office, para la utilización de información referente al análisis documental, Microsoft Excel, para realizar los análisis de las respuestas del cuestionario y hacer los cuadros y gráficos con la finalidad de demostrar los resultados del trabajo de campo ha realizado”.

CONCLUSIONES

1. Se concluye “que los motivos jurídicos con los cuales se fundamenta, la propuesta modificatoria del Artículo 87° - es que la protección del niño, no solamente se debe considerar hasta los 03 años, sino hasta los 12 años, éstos se encuentran fundamentados en la vulneración al Interés Superior del Niño como verbo rector materializado en el reconocimiento de los derechos humanos de la infancia distinguidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, es por ello que ante cualquier situación que los vincule los obradores de justicia deberán tener como prioridad el bienestar del menor sobre los interés ajenos”.
2. En la práctica “los magistrados podrían ejercer un control difuso, pero dan preferencia a la norma constitucional, pues, los jueces antes de preferir la constitución por ser pocos dados a practicar el control difuso, es mejor que se modifique la norma, es por ello que los magistrados al determinar infundada la demanda primero se debe modificar la norma para que así se pueda dar la tenencia provisional a niños mayores de tres años de edad en el juzgado de familia del distrito judicial de Lambayeque”.
3. Los “operadores de justicia de familia deben de considerar que la protección es para todos los menores en riesgo no dejando a ningún menor desprotegido ante la ley, tomando el principio del interés superior del niño y del adolescente, deberían de apoyar la propuesta de la modificación del artículo 87° del Código del Niño y adolescente, en ampliar de 03 a 12 años como imposibilidad de solicitar la tenencia provisional, en protección de la integridad del menor”.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda “a las autoridades respectivas en apoyar la presente modificación del artículo materia de investigación, pues permitirá a los niños mayores de 04 años hasta los 12 que vengan siendo vulnerados sus derechos fundamentales como son la integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar; así como también al derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (pudiendo ser dado por el padre o madre en igualdad de condiciones); en atención al niño y/o niña menor de 03 años, debiendo primar el principio del interés Superior del Niño ante todo”.
2. Se recomienda a “las autoridades competentes (Ministerio de Justicia, DEMUNA, Defensoría del Pueblo, Ministerio de la Mujer, entre otros afines y competentes) que desarrollen programas de ayuda psicológica a los padres, niños y adolescentes que pasan por un proceso de separación; pues, independientemente de las causas de dicha separación y/o divorcio, el contexto durante, y posterior a esta separación, se da en medio de un clima de odio, venganza, tristeza; entre otros sentimientos que no son los más óptimos y /o favorables para ningún integrante de la familia, incluso para la sociedad como tal”.
3. A los legisladores, “deben tomar drásticamente la protección al menor de edad y crear leyes que proteja en todos los extremos a todos los niños de todas las edades sin distinción alguna; y que a los padres que se debe concientizar la protección de sus hijos y no exponerlos en peligro ante estos casos sobre tenencia provisional”.

Bibliografía:

1. Aguilar Llanos, B. (2014). Patria Potestad, Tenencia y Alimentos. Lima: Gaceta civil.
2. Canales, T. C. (2015). Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de tenencia. Lima: Gaceta civil.
3. Chong. (2015). Tenencia compartida y desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel del primer juzgado transitorio de familia, Lima sur, 2013: Universidad Autónoma del Perú, en Lima, Perú.
4. Cillero, B. M. (2012). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño. Lima: www.iin.oea.org.
5. Cruz, D. I. (2013). en su tesis titulada: Criterios para otorgar un régimen de tenencia compartida en aplicación del principio del interés superior del niño por los jueces especializados en familia. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego.
6. Guerrero. (2014). La Indeterminación de criterios para valorar la opinión del niño al momento de decidir su tenencia vulnera los derechos constitucionales de su integridad, intimidad personal y familiar. Ambato: Universidad Nacional Autónoma de los Andes.
7. Preciado, S. E. (2020). La aplicación del principio de interés superior del niño en los procesos de tenencia en los juzgados de familia del distrito judicial de Ucayali-año 2019. Ucayali: Universidad Nacional de Ucayali <http://repositorio.unu.edu.pe/handle/UNU/4678>.
8. Rivero, H. F. (2000, p.91). El interés del menor. Madrid: Dykinson.
9. Fernández Arce, César. (2003) CODIGO CIVIL: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
10. D' Brot de Castañeda, Carmela. (1997) El Abogado de la Familia. Primera edición. Lima – Perú. Editorial Monterrico. 1997.
11. Díez Picazo, Luis (2001). Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, derecho de familia y sucesiones, séptima edición, segunda reimpresión, Madrid, Editorial Tecnos.
12. Hinostroza Minguez, Alberto. (2004) Sujetos del Proceso Civil, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A.
13. Hurtado Pozo, José. (2005) Manual de Derecho Penal- Parte General I. Lima. Grijley.

14. Iellin, Dalia - Pacheco (2004) Capítulo VI. Abandono de personas, en D'Alessio, Andrés José (director), Código Penal comentado y anotado. Parte especial. Buenos Aires, La Ley.
15. Morello Augusto, (1978). citado por: Peyrano, Jorge W. El Proceso Civil, Principios y Fundamentos, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
16. Plácido Vilcachagua, Alex F (2001). Manual de Derecho de Familia, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A.

ANEXO

PROPUESTA

EL OBJETO DEL PROYECTO.

La iniciativa legislativa “propone modificar el artículo del nuevo Código de los Niño y Adolescentes referidos a la tenencia provisiona (judicial), con el objeto de establecer que el Juez de Familia determine la edad apropiada de 03 a 12 años de edad la tenencia provisional (judicial).

II. FUNDAMENTACION DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA.

A. Modificación de los artículos 81º, 82º, 83º y 87º del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes vinculados a la tenencia.

1. En el artículo 81º del CNA se está modificando el término Juez Especializado por Juez de Familia, estableciéndose que éste tendrá la responsabilidad de determinar qué padre tendrá la tenencia de sus hijos.

2. Se está modificando el artículo 82º del CNA, con la finalidad de otorgar a los Jueces la potestad de variar de oficio la tenencia del niño o adolescente, en los casos que el menor se encuentre en peligro o se esté afectando su derecho a relacionarse con ambos padres en igualdad de condiciones. Con esta modificación se estaría eliminando la asesoría del equipo multidisciplinario, lo cual sólo dilata la situación de peligro del menor.

3. Con relación a la modificación del artículo 83º del CNA, se está precisando que, en los casos de hijos extramatrimoniales, el padre que solicita la tenencia deberá acreditar indubitablemente el reconocimiento de filiación, conforme lo establece el Código Civil.

4. Actualmente el artículo 87º del CNA dispone que se puede solicitar la tenencia provisional del niño, si es que éste fuere menor de tres (03) años y estuviere en peligro su integridad física, para lo cual el Juez deberá resolver la referida solicitud en un plazo de veinticuatro (24) horas. Sin embargo, no resulta lógico limitar los pedidos de tenencia provisional a los niños menores de tres (03) años, porque se estaría interpretando que sólo pueden estar en peligro los niños menores de esta edad, cuando la situación de peligro físico o moral puede afectar a niños de mayor edad y adolescentes. Ante esta situación legal, nuestro planteamiento busca modificar el requisito referido al límite de edad de 03 años a 12 años de edad.

Además, cabe mencionar que la presente modificación concuerda con el artículo 2º del mismo cuerpo legal, al establecer que el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Es decir, no sólo tendrán protección específica los menores de tres (03) años que se encuentren en peligro su integridad física o moral, sino todo menor de dieciocho (18) años que se encuentra bajo este peligro.

Es necesario efectuar una corrección de carácter técnico que modifique el artículo 88º del CNA, en el extremo de sustituir la expresión patria potestad por tenencia.

2. Asimismo, se incorpora el artículo 88º-A al CNA con el propósito de superar el vacío legal existente, que no contempla un tiempo mínimo en que los progenitores, como consecuencia de su ruptura conyugal, puedan gozar de manera equitativa de un contacto directo y continuo con sus hijos.

3. Conforme lo define el CNA, la tenencia, es una institución jurídica destinada al cuidado de los hijos por uno de los padres, cuando se produce una separación de hecho. En caso que los padres no lleguen a un acuerdo, la tenencia la resolverá el Juez de Familia. Este mismo derecho corresponde también a los convivientes.

Por consiguiente, los padres que no gocen de la tenencia, tienen el derecho de convivir con sus hijos. Siempre que le proporcionen un ambiente estable, y a favor de sus derechos.

4. En ese sentido, la presente propuesta legislativa tiende a solucionar un grave problema que se plantea frecuentemente con relación al ejercicio del derecho de los niños menores entre 03 y 12 años de edad que se encuentran en riesgo.

5. De otro lado, esta propuesta se ubica en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el derecho de los niños de mantenerse en contacto directo con ambos padres, pese a que éstos se encuentren separados, conforme lo establece el artículo 9.3 del referido Instrumento Internacional, bajo los términos manera siguiente:

9.3 Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

De este modo, la Convención, plantea una nueva concepción sobre la institución del régimen de visitas, que no sólo la conceptualiza como un derecho de los padres, sino sobre todo un derecho de los niños a mantener contacto permanente con el padre con quien no vive, atendiendo su interés superior.

Efecto de la Vigencia de la Norma sobre la Legislación Nacional

Por la vigencia de la iniciativa legislativa se modificarán diversos artículos del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, con la finalidad de otorgar a los niños menores entre 03 a 12 años, los mismos derechos de protección ante el riesgo que establece la normatividad¹⁷.

¹⁸ Análisis Costo Beneficio

La presente iniciativa no irroga mayor gasto al Tesoro Público, puesto que se trata de modificaciones a la legislación que regula los derechos de los niños y adolescentes.

Fórmula Legal

Texto del Proyecto

Se propone modificar diversos artículos del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, referidos a la Tenencia y Régimen de Visitas.

Proyecto de Ley

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL NUEVO CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, REFERIDO A LA TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS

Artículo 1º.- Modificación del artículo 81º del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

Modifícase el artículo 81º del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes en los siguientes términos:

Artículo 82º.- Variación de la Tenencia.

El Juez de Familia, de oficio o a pedido de parte, variará de manera inmediata la tenencia, si se encuentra en peligro la integridad física, psicológica o moral del menor.

El Juez, por decisión debidamente motivada prestará las garantías del caso para el cumplimiento inmediato de su mandato.

En caso de resistencia o peligro de sustracción del menor, para evitar el cumplimiento de la orden judicial, el Juez de Familia pondrá estos hechos en conocimiento al Ministerio Público, a fin que se inicien las acciones legales correspondientes.

Artículo 3º.- Modificación del artículo 83º del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

Modifícase el artículo 83º del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes en los siguientes términos:

Artículo 83º.- Petición.

El progenitor a quien se le arrebató a su hijo o quien desee se le reconozca el derecho a la tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento de identidad, la partida de nacimiento y los medios probatorios pertinentes.

En caso de tratarse de un hijo extramatrimonial, deberá constar de manera indubitable el reconocimiento expreso de acuerdo a lo regulado en el Código Civil vigente.

Artículo 4º.- Modificación del artículo 84º del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

Modifícase el artículo 84º del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes en los siguientes términos:

Artículo 84°.- Facultad del Juez.

En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

1. El menor entre tres a doce años permanecerá con la madre, bajo las condiciones siguientes:

a) La madre deberá permitir la participación activa del padre en todo aquello necesario para el desarrollo integral del niño. En caso de existir actos que afecten el derecho del niño a relacionarse con su padre por tres veces consecutivas o cinco veces alternas, en un lapso de 30 días, quedará expedito el derecho del progenitor impedido para solicitar la variación inmediata de la tenencia.

b) La madre deberá abstenerse de realizar expresiones que afecten el honor y la reputación del padre. El progenitor afectado podrá solicitar la variación de la tenencia.

2. Luego de dos años, el Juez deberá evaluar la relación de los padres con sus hijos, otorgando la tenencia a aquél que permita el mejor desarrollo de su hijo, proporcionándole un entorno seguro, estable y exento de violencia. El Juez resolverá respetando la opinión del niño y del adolescente.

Artículo 5°.- Modificación del artículo 87° del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

Modifícase el artículo 87° del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes en los siguientes términos:

Artículo 87°.- Tenencia provisional.

Se podrá solicitar la Tenencia Provisional del niño o adolescente, cuya integridad física o moral estuviera en peligro, debiendo el Juez resolver en el plazo máximo de veinticuatro horas.

El Juez de oficio deberá adoptar las medidas pertinentes, para prevenir los efectos negativos de las situaciones de riesgo a que está expuesto el menor.

Esta acción sólo procede a solicitud del progenitor que no tenga al hijo bajo su custodia.

No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso³⁹.

Chiclayo, 17 de enero del 2022