

UNIVERSIDAD NACIONAL JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

**TENENCIA COMPARTIDA Y SUS EFECTOS POSITIVOS EN LA
FORMACIÓN PSICOLÓGICO Y SOCIAL DEL MENOR EN EL DISTRITO
JUDICIAL DE HUAURA AÑO 2016**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADO POR:

BACH.: MERLE ATHAIR PAULINA ESPINO GARGATT

BACH.: MARIA ESTHER RIVERA FIGUEROA

ASESOR:

ABG. MARIA ROSARIO MEZA AGUIRRE

HUACHO - PERÚ

2018

**TENENCIA COMPARTIDA Y SUS EFECTOS POSITIVOS EN LA
FORMACIÓN PSICOLÓGICO Y SOCIAL DEL MENOR EN EL DISTRITO
JUDICIAL DE HUAURA AÑO 2016**

TESIS

**TENENCIA COMPARTIDA Y SUS EFECTOS POSITIVOS EN LA
FORMACIÓN PSICOLOGICO Y SOCIAL DEL MENOR EN EL DISTRITO
JUDICIAL DE HUAURA AÑO 2016**

Elaborado por:

BACH.: MERLE ATHAIR PAULINA ESPINO GARGATT

TESISTA

BACH.: MARIA ESTHER RIVERA FIGUEROA

TESISTA

ABG. MARIA ROSARIO MEZA AGUIRRE

ASESOR

Presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión para optar el Título Profesional de: ABOGADO.

Aprobada por:

Mg.. BARTOLOMÉ EDUARDO MILAN MATTA

PRESIDENTE

Mtro. JOVIAN VALENTÍN SANJINEZ SALAZAR

SECRETARIO

Abg. OSCAR ALBERTO BAILÓN OSORIO

VOCAL

DEDICATORIA

La presente tesis la dedicamos a nuestras familias por ser el pilar fundamental en todo lo que somos, por apoyarnos incondicionalmente en toda nuestra educación como en la vida, perfectamente mantenido a través del tiempo, por ser las bases que nos ayudaron a llegar hasta aquí, y ser los principales protagonistas de este sueño alcanzado. Todo este trabajo ha sido posible gracias a ellos.

AGRADECIMIENTO

Agradecemos a nuestros padres y familiares que nos brindaron su apoyo constante e incondicional en todo este tiempo, sin ellos no habiéramos logrado unas de nuestras metas, ahora nos toca que se sientan muy orgullosos de nosotras. Agradecer también a los Maestros de todo este tiempo por los conocimientos impartidos; a nuestros compañeros y amigos, ya que gracias al compañerismo, amistad y apoyo moral han aportado en un alto porcentaje a nuestras ganas de seguir adelante en nuestra carrera profesional.

INDICE

PORTADA	i
TÍTULO	iii
ASESOR	iii
MIEMBROS DEL JURADO.....	iv
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
INDICE	vii
RESUMEN	x
ABSTRACT.....	xi
INTRODUCCIÓN	xii
CAPÍTULO I	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1. Descripción de la Realidad Problemática.....	1
1.2. Formulación del problema	6
1.2.1. Problema General.....	6
1.2.2. Problema Específicos.....	6
1.3. Objetivos de la Investigación	6
1.3.1. Objetivo General	6
1.3.2. Objetivos Específicos.....	6
1.4. Justificación de la investigación:.....	6
1.4.1. Justificación teórica:	7
1.4.2. Justificación Práctica	7
1.4.3. Justificación Metodológica	7
CAPÍTULO II	8
MARCO TEÓRICO	8
2.1. Antecedentes	8
2.1.1. A Nivel Internacional.....	8
2.1.2. A Nivel Nacional	10

2.2.	Bases Teóricas.....	11
2.2.1.	La Familia	11
2.2.2.	Derecho de Familia.....	17
2.2.3.	Normas Jurídicas sobre La Familia.....	19
2.2.4.	Matrimonio	21
2.2.5.	Unión de Hecho	28
2.2.6.	Divorcio	32
2.2.7.	Patria Potestad.....	39
2.2.8.	Tenencia.....	53
2.2.9.	Variación de la Tenencia	59
2.2.10.	Tenencia Compartida.....	61
2.2.11.	Código del niño y los Adolescentes.....	75
2.2.12.	Derechos del Niño y el Adolescente.....	77
2.2.13.	Principio del Interés Superior del Niño	79
2.2.14.	La Opinión del Niño, Niña y Adolescente.....	80
2.2.15.	Formación del Menor ante la ruptura o separación de los padres.....	84
2.3.	Definiciones Conceptuales.....	90
2.4.	Formulación de Hipótesis:	94
2.4.1.	Hipótesis General:.....	94
2.4.2.	Hipótesis específicas	94
CAPÍTULO III.....		95
METODOLOGÍA.....		95
3.1.	Diseño Metodológico	95
3.1.1.	Tipo:.....	95
3.1.2.	Enfoque:.....	95
3.2.	Población y muestra	95
3.2.1.	Universo.....	95

3.2.2.	Población.....	96
3.2.3.	Muestra	96
3.3.	Operacionalización De Variables E Indicadores:.....	97
3.4.	Técnica de recolección de datos.....	98
3.4.1.	Técnicas a emplear.....	98
3.4.2.	Descripción de la Instrumentos:.....	99
3.5.	Técnicas para el Procesamiento de la Información.....	99
CAPÍTULO IV		100
RESULTADOS		100
4.1.	Presentación de cuadros, gráficos e interpretaciones.....	100
4.1.1.	Tablas.....	100
CAPÍTULO V.....		110
DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		110
5.1.	Discusión.....	110
5.2.	Conclusiones	111
5.3.	Recomendaciones.....	112
CAPÍTULO VI.....		113
FUENTES DE INFORMACIÓN.....		113
7.1.	Fuentes Bibliográficas.....	113
7.2.	Fuentes Hemerográficas.....	115
7.3.	Fuentes Electrónicas.....	116
ANEXOS		118
ANEXO 01.....		118
MATRIZ DE CONSISTENCIA		1189
ANEXO 02.....		120
Instrumentos para la Toma de Datos		120

RESUMEN

Objetivo: Analizar si la tenencia compartida surte efectos positivos en la formación psicológico y social del menor en el distrito judicial de Huaura año 2016. **Métodos:** El estudio es de carácter descriptivo-explicativo, enfoque mixto, por hacer uso de los aportes de la investigación cuantitativa y cualitativa, la población de estudio 45 personas (magistrados, abogados y estudiantes de derecho), se utilizó el método científico el cual describe el comportamiento de un sujeto sin influir sobre él de ninguna manera, en este caso la investigación se centró en analizar en qué medida la tenencia compartida surte efectos positivos en la formación psicológico y social del menor en el distrito judicial de Huaura año 2016, así como determinar de qué manera el Estado contribuye a la estabilidad emocional del menor en el distrito de Huaura en el año 2016 y en qué medida, los jueces de familia toman en cuenta la opinión del menor para que se otorgue la tenencia compartida. **Resultados:** Se demostró que la tenencia compartida surte efectos positivos en la formación psicológico y social del menor en el distrito judicial de Huaura año 2016, por lo que los jueces deben adoptar las medidas necesarias, teniendo en cuenta el interés superior del niño, sustentándose en resultados según las encuestas, y fuentes de información bibliográficas, documentales y electrónicas. **Conclusión:** Permite aseverar que, la tenencia compartida si surte efectos positivos en la formación psicológico y social del menor.

Palabras Claves: Tenencia compartida, formación psicológica, formación social, menor.

ABSTRACT

Objective: To analyze if the shared possession has positive effects in the psychological and social formation of the minor in the judicial district of Huaura 2016. **Methods:** The study is of a descriptive-explanatory nature, mixed approach, by making use of the contributions of the research quantitative and qualitative, the study population 45 people (magistrates, lawyers and law students), we used the scientific method which describes the behavior of a subject without influencing him in any way, in this case the research focused on analyzing to what extent the shared possession has positive effects on the psychological and social formation of the minor in the judicial district of Huaura 2016, as well as to determine how the State contributes to the emotional stability of the minor in the district of Huaura in 2016 and to what extent, the family judges take into account the opinion of the minor so that the shared possession is granted. **Results:** It was demonstrated that the shared possession has positive effects in the psychological and social formation of the minor in the judicial district of Huaura year 2016, for which the judges must adopt the necessary measures, taking into account the best interest of the child, sustaining in results according to the surveys, and bibliographic, documentary and electronic information sources. **Conclusion:** It allows to assert that, shared possession if it has positive effects on the psychological and social formation of the child.

Key words: Shared tenure, psychological formation, social formation, minor.

INTRODUCCIÓN

La tenencia compartida es aquella en la que el menor vive con ambos padres de manera alternada e indistintamente, garantizando la igualdad de ambos progenitores, cumpliendo con sus obligaciones y velando por la formación del menor.

En el Perú la Ley 29269 del año 2008, ley que da la facultad tanto a los padres como al juez, optar por la tenencia compartida en caso de separación o divorcio de la pareja. Siendo el objetivo que el menor de edad tiene el derecho de estar con ambos; pues no hay mejor padre que ambos. Pero también queda establecido el cumplimiento responsable de las obligaciones para con el niño, por parte de ambos padres.

El propósito principal del presente trabajo de investigación es determinar los efectos positivos de la tenencia compartida en la formación psicológica y social del menor; por este motivo se plantea realizar la investigación titulada **“TENENCIA COMPARTIDA Y SUS EFECTOS POSITIVOS EN LA FORMACIÓN PSICOLÓGICO Y SOCIAL DEL MENOR EN EL DISTRITO JUDICIAL DE HUAURA AÑO 2016”**

Esta investigación motivó a plantear el objetivo principal, el mismo que se traduce en: Analizar si la tenencia compartida surte efectos positivos en la formación psicológico y social del menor en el distrito judicial de Huaura año 2016. Asimismo, de este objetivo principal se desprendieron los siguientes objetivos específicos: Determinar si el Estado contribuye a la estabilidad emocional del menor en el distrito de Huaura en el año 2016 y analizar si los jueces de familia toman en cuenta la opinión del menor para que se otorgue la tenencia compartida.

La presente investigación se ha dividido en capítulos: En el primer capítulo: Se describe el planteamiento del problema, la realidad problemática, formulación del problema, planteamiento de los objetivos y, formulación de la justificación de la presente investigación.

En el segundo capítulo, denominado marco teórico: Se describe los antecedentes bibliográficos que guardan una relación con el tema planteado; también se ha considerado las bases teóricas y legales, que contienen un desarrollo dogmático y jurisprudencial que fundamentan la investigación; definición de términos básicos utilizados y, el planteamiento de la siguiente hipótesis: El Estado contribuye a la estabilidad emocional del menor en el distrito de Huaura en el año 2016, siempre que brinde los mecanismos legales y de apoyo de instituciones públicas a los menores y adolescentes. Los jueces de familia deben tomar en cuenta la opinión del menor para que se otorgue la tenencia compartida, siempre que esta le beneficie y teniendo en consideración el interés superior.

En el tercer capítulo, metodología: Se da a conocer el diseño metodológico no experimental, es una investigación de corte transversal (Tipo: descriptivo - explicativo, enfoque cuantitativo-cualitativo, la muestra de estudio está integrada por un universo de 45 personas (magistrados, abogados y estudiantes de Derecho y Ciencias Políticas) y un universo de 03 expedientes)

Se realizó la Operacionalización de variables e indicadores y se presentó las técnicas e instrumentos de recolección de datos, con las técnicas empleadas para el procesamiento y análisis de la información.

En el cuarto y quinto capítulo, se ha considerado: resultados, discusión, conclusiones y recomendaciones, es importante especificar que con la representación gráfica e interpretación de los resultados se ha confirmado la validez de las hipótesis; finalmente se consideró las fuentes de información consignándose las fuentes bibliográficas, hemerográficas y electrónicas utilizadas en la presente investigación siguiendo las normas APA.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la Realidad Problemática

La familia es el elemento fundamental de la sociedad y el Estado siendo una institución importante en nuestra sociedad, reconocida por la declaración universal de derechos humanos en su artículo 16 inciso 3 señalando que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado”, asimismo En el preámbulo de la convención de Derechos del niño menciona a la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Nuestra constitución en su artículo 4° también refiere que: La comunidad y el estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Así, la familia es definida como un conjunto de personas cuyos miembros comparten lazos de afinidad y consanguinidad y la misma residencia, es en esta institución que se forma y se instruye los primeros valores y enseñanzas en la formación y desarrollo del menor; pues el menor tiene derecho a desarrollarse dentro del seno familiar, vivir con sus padres y estos el deber de cuidarlo y protegerlo; pero cuando la familia entra en situaciones de conflictos muchas veces a causa por problemas con alcoholismo, drogadicción, violencia, agresividad y delincuencia, estos van perjudicando los lazos de los que lo integran, que van creciendo en un ambiente con violencias, abusos y malos tratos, siendo el entorno familiar el que más influye

más en el desarrollo psicológico y emocional de los miembros de la familia, resultando ser los más vulnerables los adolescentes y niños quienes se encuentran en plena formación.

Por lo que cuando los padres entran en conflicto se produce la ruptura y/o divorcio, produciéndose la desintegración de los lazos principales que unen a la familia, y consecuentemente por el alejamiento de uno de los progenitores son los hijos quienes se convierten en víctimas del proceso de separación de sus padres generando efectos negativos en la formación psicológica y social del menor; desequilibrando muchas veces la estabilidad afectiva y emocional en la que el menor se encuentra.

Frente a esta situación, corresponde ubicar los posibles factores y plantear alternativas de solución, así cabe sostener que una vez llegada la ruptura y/o divorcio, lo que parece el final del conflicto, más bien comienza la disputa de los progenitores por la tenencia del menor. La convención sobre los derechos del niño, establece de manera asertiva que la protección y cuidado de los niños debe ser equitativo y equilibrado entre ambos progenitores, de tal manera que el padre y la madre tras un divorcio o separación mantendrán los mismos derechos y obligaciones hacia los hijos.

A lo largo de los años en los diferentes países se ha tratado el tema de tenencia compartida como solución al proceso de divorcio o separación de los padres, el cual supone una experiencia traumática en los niños, por ello esta figura busca que el menor conserve la relación con ambos progenitores y no sufra tanto la ruptura, disminuyendo los traumas consecuentes del alejamiento de uno de los padres.

La tenencia compartida es aquella en la que el menor vive con ambos padres de manera alternada e indistintamente, por lo que los progenitores tienen obligaciones y velan por la formación del menor. Al compartir la tenencia del niño los padres pueden seguir disfrutando y

ejerciendo de padre y madre como lo hacían antes de la separación, lo que tiene innumerables aspectos positivos; como lo sería la ruptura menos traumática para los niños en el que se garantiza a los menores la posibilidad de disfrutar de sus dos progenitores, se evitan sentimientos negativos, dado que tras un divorcio son muy frecuentes el miedo al abandono, tener sentimiento de deslealtad o de culpa, de negación, mayor responsabilidad porque los progenitores que eligen la custodia compartida se tienen que comprometer más, tienen más obligaciones y responsabilidades, entre otros.

Por lo tanto, la tenencia compartida es la mejor opción para este proceso de separación, toda vez que esta figura busca disminuir el proceso de dolor y sufrimiento que causa en los hijos la ruptura familiar; buscando un adecuado sistema de protección que garantice las condiciones necesarias para el desarrollo del menor, así como alcanzar una comunicación más fluida con ambos padres con igualdad de derechos, con toma de decisiones y responsabilidades, pues la protección del menor debe basarse esencialmente y tomando en cuenta el Principio fundamental del interés superior del niño, protegiendo su bienestar, amparado en el artículo IX del título preliminar del código del niño y el adolescente que señala que en toda medida concerniente al niño 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.

En este sentido la Ley N° 29269 que modifica los artículos 81° Y 84° del Código del Niño y el adolescente señalaba en el texto anterior lo siguiente sobre tenencia del niño y del adolescente:

Artículo 81.- Tenencia. - Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Artículo 84.- Facultad del Juez. - En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y
- c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas.

Esta ley la modifica de la siguiente manera:

“Artículo 81º.- Tenencia Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.”

“Artículo 84º.- Facultad del juez En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y
- c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas. En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.”

Con la entrada en vigencia de esta ley que incorpora la alternativa de poder optar por la tenencia compartida, siendo esta la mejor forma que los hijos mantengan contacto con los padres, se relacionen y afiancen lazos entre sí, por lo que se deben reunir condiciones especiales para que funcione en la práctica; como realizar una relación de gastos que asumirán de manera proporcional; mantener un diálogo fluido y pacífico sobre los asuntos concernientes a aquéllos; etc. No obstante, debemos mencionar que esta figura solo es viable si existe común acuerdo entre los progenitores y si estos no se encuentran preparados para asumir las condiciones señaladas, de manera que no permitan que esta alternativa cumpla su finalidad, el juez podrá optar por el ejercicio de la tenencia exclusiva, con un régimen de visitas para el progenitor que no obtiene la tenencia, no dejando de ser una alternativa saludable, siempre y cuando, no se afecte el bienestar de los hijos, teniendo presente, en cualquier caso el Principio fundamental del interés superior del niño.

Cabe destacar que, en el campo del estudio, no es común esta situación de ambos padres, debido a razones ególatras de cada uno de los padres, por lo general cada quien pretende llevarse consigo a los hijos, algunas veces por el factor económico y en otras por razones educativas; sin embargo, en la actualidad la tendencia es que ambos padres puedan ejercer la

tenencia compartida, lo que beneficia al menor cuyo interés superior debe ser velada por el Estado.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema General

- ✓ ¿En qué medida la tenencia compartida surte efectos positivos en la formación psicológico y social del menor en el distrito judicial de Huaura año 2016?

1.2.2. Problema Específicos

- ✓ ¿De qué manera el Estado contribuye a la estabilidad emocional del menor en el distrito de Huaura en el año 2016?
- ✓ ¿En qué medida, los jueces de familia toman en cuenta la opinión del menor para que se otorgue la tenencia compartida?

1.3. Objetivos de la Investigación

1.3.1. Objetivo General

- ✓ Analizar si la tenencia compartida surte efectos positivos en la formación psicológico y social del menor en el distrito judicial de Huaura año 2016.

1.3.2. Objetivos Específicos

- ✓ Determinar si el Estado contribuye a la estabilidad emocional del menor en el distrito de Huaura en el año 2016.
- ✓ Analizar si los jueces de familia toman en cuenta la opinión del menor para que se otorgue la tenencia compartida.

1.4. Justificación de la investigación:

El presente trabajo de Investigación se justifica desde los siguientes puntos de vista:

1.4.1. Justificación teórica:

Desde este punto de vista el presente trabajo de investigación es importante en tanto que se presenta una alternativa de solución a los problemas de tenencia, en que muchas veces los padres pretenden cada uno asumir la tenencia absoluta, sin que dicha actitud puede tener efectos nocivos para el menor, por lo que es mejor que se opte por la tenencia sea compartida.

La presente investigación se justifica en la medida que se logren las metas y objetivos trazados. La tesis es un aporte para una correcta aplicación de la institución jurídica de tenencia compartida en la provincia de Huaura.

1.4.2. Justificación Práctica

Desde este punto de vista el presente trabajo de investigación, es importante en tanto que aportará a los operadores jurídicos a decidir en un litigio por la tenencia compartida, toda vez que tendría mejores efectos para la formación psicológica y social de los menores, teniendo en cuenta el interés superior del niño y adolescente.

1.4.3. Justificación Metodológica

Desde este punto de vista el presente trabajo de investigación es importante en tanto que permitirá la aplicación de métodos de investigación jurídica, que genere conocimientos válidos y confiables dentro del área del derecho, los mismos que podrán tenerse en cuenta para futura investigaciones. Asimismo, los instrumentos a utilizar son adecuados para la idoneidad y confiabilidad de los argumentos de la presente investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Se cita a continuación algunas tesis de alcance internacional y nacional relacionado a la presente investigación:

2.1.1. A Nivel Internacional

Morera (2014), en su tesis doctoral titulado: “Guarda y Custodia Compartida”, cuestiona más conflictivas una vez una pareja con hijos comunes decide dejar de convivir: la guarda y custodia o régimen de convivencia de los hijos menores con cada uno de sus progenitores. Y para investigar esta cuestión se procederá a la interpretación y análisis jurídico de las normas que se refieran a la mencionada materia. Concluyendo que un régimen de convivencia compartido por ambos progenitores se acerca más a las circunstancias de vida actuales, tanto para los menores como para los progenitores. Y que las posibles ventajas de este régimen resultan beneficiosas para los hijos menores cuyos progenitores dejan de convivir. Siendo una investigación doctrinaria.

Bones y Moncerrate (2014), en su tesis doctoral “Custodia compartida del Menor” Una alternativa exigida por la nueva realidad social”, plantea la falta de regulación de la ley de la Niñez y Adolescencia en el Ecuador, y de qué manera afecta en el ámbito social y psicológico de la población de niños, niñas y adolescentes de padres divorciados, concluyendo que se debe establecer una reforma del Código de la Niñez y Adolescencia a través de la regulación de la pugna entre los padres por la tenencia y custodia compartida de los hijos reduciendo los daños psicológicos y emocionales en los niños, niñas y adolescentes, causados por la ruptura familiar. La investigación es participativa de tipo cuantitativa y cualitativa.

Silva (2016), en su tesis doctoral “La custodia compartida y el Interés Superior de los Niños y Niñas”, plantea que la custodia compartida sea incorporada dentro de ordenamiento jurídico ecuatoriano, de manera que la separación o divorcio de los progenitores no sigan vulnerando el interés superior del menor, concluyendo que después del divorcio o separación de una pareja los más afectados son los niños, ya que la disolución del vínculo matrimonial o separación origina una lucha cruel e injusta entre progenitores, lo que afecta la estabilidad de los hijos; por lo que es necesario y de manera urgente la incorporación de la figura jurídica de la Custodia Compartida, a fin de precautelar el interés superior de los niños y niñas. La metodología es de enfoque cualitativo–cuantitativo, se analizaron las características cualitativas de la problemática de la investigación, reflejándose en los resultados estadísticos. Los resultados obtenidos en las encuestas demostró que la mayoría de la población coincide que la custodia compartida si es una solución factible para que tanto la madre como el padre cuiden de igual condiciones a sus hijos y que estos a su vez puedan desarrollarse adecuadamente bajo el cuidado y protección que ellos necesitan, si bien es cierto la separación o divorcio de los pares es una situación muy difícil para todos, debemos tener en cuenta que por encima de todo conflicto siempre debe estar y prevalecer el interés los hijos.

Echeverría (2011), en su tesis doctoral “La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos”, realizada en la Universidad de Granada- España, Facultad de Derecho, se plantea la problemática sobre la importancia de la delimitación de la tenencia compartida para un acorde desarrollo del menor, concluye que la Custodia Compartida implica una cooperación entre ambos progenitores, apartando el conflicto inicial que fue la separación para tener en cuenta los derechos de sus hijos, quienes son los más afectados en este tipo de situaciones, asimismo refiere que la Tenencia o Custodia Compartida es velar por su desarrollo integral. Este trabajo de investigación plantea un

estudio doctrinario y jurisprudencial sobre los dos sistemas de custodia, así como de los aspectos materiales y personales relacionados con la guarda y cuidado de los hijos, centrando la investigación concretamente en el sistema de guarda y custodia compartida.

2.1.2. A Nivel Nacional

Chong (2013), en su tesis doctoral “Tenencia Compartida y Desarrollo Integral del Niño, Niña y Adolescente a Nivel del Primer Juzgado Transitorio de Familia, Lima Sur”, realizada en la Universidad Autónoma del Perú- Lima 2015”, en la que plantea garantizar de alguna forma la mejora y la protección de los derechos del menor, garantizando su desarrollo integral y emocional que se viene suscitando en nuestra realidad, para así lograr que sean respetados; siendo que la legislación comparada respalda con mayor rigor; en tanto en nuestro país la realidad es otra, siendo que se trasgrede de manera indiscriminada. Este trabajo de investigación es no Experimental – Explicativo, se enfoca en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta, o por qué se relacionan dos o más variables.

Noblecilla (2014), en su tesis doctoral “Factores determinantes de la Tenencia de Menores en los Juzgados de Familia de Trujillo: La Primacía del Interés Superior del Niño”, la investigación busca determinar a través de las sentencias expedidas en la ciudad de Trujillo durante el periodo 2011, asimismo los alcances de los diversos tipos de Tenencia de niños y adolescentes, las ventajas y desventajas que traen consigo cada una de ellas, teniendo como punto de partida un principio rector el Interés Superior del Niño, que coadyuvará a garantizar el desarrollo integral del menor, quien resulta ser el más afectado cuando existe una disputa entre los progenitores por obtener su custodia, el trabajo de investigación es de tipo no experimental – transversal.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. La Familia

2.2.1.1. Etimología:

El término familia procede del latín familia, "grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens", a su vez derivado de famulus, "siervo, esclavo", que a su vez deriva del osco famel. En el período romano clásico la familia raramente incluía a los padres o los hijos. Su derivado inglés se usó frecuentemente en tiempos antiguos para describir a todas las personas del círculo doméstico, padres, hijos y sirvientes. El uso actual, sin embargo, excluye a sirvientes, y restringe la palabra familia al grupo social fundamental formado por la unión, más o menos permanente, de un hombre con una mujer, o de uno o más hombres con una o más mujeres, y sus hijos. Si la cabeza del grupo comprende sólo a un hombre y una mujer tenemos la familia monógama, como distinción de aquellas sociedades domésticas que viven en condiciones de poligamia, poliandria o promiscuidad. (Sáez, 2010, p.10)

2.2.1.2. Origen de la Familia

La familia ha perdurado a lo largo de toda la historia de la humanidad; aunque también es cierto que ha ido sufriendo cambios en su composición y estructura, como consecuencia del desarrollo social, y en ello se basan los nuevos patrones legales. La familia no es la misma de antes, ni se mantendrá común que está en el futuro. (Varsi, 2004, p.4)

Sobre el origen de la familia Sáez (2010), existen concepciones doctrinales:

a) La Teoría religiosa.

La teoría religiosa plantea fundamentalmente, que el origen de la familia se explica en la creencia que el hombre ha tenido de la existencia de un ser superior, al cual adoraba, llámese luna, sol, fuerzas telúricas, o encárnese en el Dios que tradicionalmente han conocido los hombres como ser supremo. (...) De allí que vieran la necesidad de tener un grupo especial, que constituyo familia y que fue en la antigüedad sólidamente edificada en estos conceptos. Cada familia sepultaba a sus muertos y les rendía culto especial y estos continuaban perteneciendo a ésta. La iglesia católica explica el origen de la familia en la creación de Adán y Eva. Así la familia tendría un origen divino y surgió por ley natural.

b) Teoría materialista.

El máximo exponente de esta teoría es Federico Engels en su obra —El origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado. En esta obra se establece que la humanidad ha vivido tres etapas, que son —1. Salvajismo; 2. Barbarie y 3. Civilización.

Esta teoría materialista plantea la evolución de estas tres etapas evolutivas de la familia basadas en la obra de Bachoffen, Taylor y Morgan y que establece también Federico Engels, en su obra en la Obra el Origen de la Propiedad. (p.12-14)

Sáez (2010) señala que desde punto de vista histórico, sociológico y jurídico, se distinguen varias etapas en la evolución de la familia:

- 1) “...Una primera etapa, de la **promiscuidad** o sociedad que corresponde a los inicios de la humanidad. (...) En esta etapa, no existió la familia, sino la gens, que era un grupo de personas que descendían o creían descender de un antepasado común, vinculadas por un antepasado, y que le corresponden todos los derechos y obligaciones que en el mundo civilizado les corresponden a las familias.
- 2) La familia **consanguínea**, en esta etapa la familia se va organizando. Los evolucionistas diferencian dos momentos en esta etapa, uno en el que aparece la familia matriarcal, cuando el agrupamiento de personas que la constituyen se hace alrededor de la Madre, quien asume la jefatura, siendo uterino el parentesco por faltar la imputación de la paternidad, por predominar la poliandria, que es el estado de la mujer casada simultáneamente con dos o más hombres. Luego apareció el patriarcado, cuando el Padre es quien asume la jefatura de la familia, con caracteres generalmente poligámicos, determinándose en todo caso el parentesco familiar por la línea del Padre, interesando, por tanto, la imputación de la paternidad, pero su distintivo más importante es la potestad del Padre sobre todos los integrantes de la familia. Una vez fallecido, pasaba ser el Dios protector de la familia y se le rendía culto.
- 3) Familia **punalúa**, este tipo de familia fue evolucionando el concepto de la prohibición del matrimonio entre hermanos, por lo que ya empieza a un proceso de selección de las parejas que fueran de la familia consanguínea.
- 4) Familia **sindiásmica**, en que el hombre vive temporalmente con una sola mujer, pero conservando su derecho a la poligamia, obligando la mujer

a una estricta fidelidad. Con la familia sindiásmica se prohibió todo trato carnal entre familiares cercanos y ante la falta de mujeres y se recurrió a la compra o el rapto de aquellas. Esta familia dio origen a la certeza en la paternidad y produjo cambios en la economía doméstica, ya que al correspondió al hombre procurar el mantenimiento de la familia.

- 5) Familia **monogámica**, se funda en el predominio del hombre, cuyo objeto es la procreación con una paternidad indiscutible, para los fines hereditarios. En esta familia los lazos son más fuertes que en la familia punalúa, aunque en sus orígenes se permitía al hombre romper el lazo conyugal mediante el repudio a su mujer (Código Hammurabi)...”
(p.14)

2.2.1.3. Definición

Al respecto citamos las siguientes definiciones:

La familia es la célula social por excelencia, La familia como institución social se ha caracterizado por ser un grupo organizado jerárquicamente, desde antiguo, Un dice que en la familia las relaciones son de subordinación, en el sentido de que uno de sus miembros ocupa una posición de preeminencia o de jefatura aunque en los temas estarían sometidos; así como ocurrió en Roma, Donde el paterfamilias ostentaba la jefatura de la familia, al que estaban sometidos todos los miembros de la familia: La mujer, los hijos, los esclavos, el ganado, el patrimonio”. (Garay, 2009, p.35)

Por lo que Garay (2009) señala que la familia, es una institución que se ha configurado desde sus orígenes como el germen y semilla de cualquier forma

de sociedad, así como la comunidad o el núcleo donde el hombre se desarrolla, vive y se realiza en cada una de sus facetas a lo largo de toda su existencia, desde que nace hasta que muere, donde ejerce sus derechos, facultades, su personalidad, y su poder personal y patrimonial”. (p.38)

Plácido (2009), señala que no es posible sentar un concepto preciso de familia en razón de que se trata de una palabra. El autor da las siguientes acepciones:

- a) “...**Familia en sentido amplio:** en el sentido más amplio (familia con parentesco) es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo 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 el parentesco. Este expresado sentido de la familia es el que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el derecho de familia; sin perjuicio de que en la legislación sea aludida para fines alimentarios y hereditarios, sin exigencia de que haya vida en común.
- b) **Familia en sentido restringido (familia nuclear)** en el sentido más restringido, la familia comprende sólo a las personas unidas por una 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 atienden a imponer al estado su defensa o protección, aunque sea la más aludida en la legislación.

c) Familiar en sentido intermedio (familia compuesta) en el concepto intermedio, la familiar es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Este expresado sentido de la familia sólo tiene importancia social, por ello la legislación no lo toma en cuenta...”. (p.8-9)

Respecto a la familia el Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos, en su artículo Art. 17, inc. 1 se señala que "...La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

Asimismo, en el ámbito interno, el tribunal al analizar la causa N° 09332-2006-PA/TC del 30-11-97 señala desde una perspectiva constitucional:

“...Que la familia, a ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, La regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del paterfamilias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con de estructuras distintas a la tradicional, Como son las surgidas de las uniones de hecho, las mono paternas olas que en doctrina se han denominado familias reconstituidas...”

La constitución Política del Perú en su Artículo 4 señala que: La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

2.2.2. Derecho de Familia

2.2.2.1. Definición

El derecho de familia es una especie dentro del Derecho Civil, rama, a su vez, del Derecho Privado.

Se puede definir el Derecho de Familia como “el conjunto de normas que, dentro del Código Civil y de las leyes complementarias, regulan el estado de familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales” (Yungano, 2001, p.4).

2.2.2.2. Evolución del Derecho de Familia

En nuestro ordenamiento jurídico, encontrábamos que la familia, su organización y jerarquía estaban inspiradas en los principios o criterios del siglo XIX: una familia patriarcal, de sumisión de la mujer a la autoridad del marido, había distinción entre los hijos legítimos e ilegítimos, y se dificultaba, casi imposibilitaba, la investigación de la paternidad. El derecho de Familia constituye uno de los campos del Derecho que ha sufrido una de las transformaciones sociológicas más profundas en los últimos tiempos, tal vez por ser la familia una

de las instituciones sociales y humanas que primero asimila los cambios que se producen en la sociedad. (Garay, 2009, p.43)

Asimismo, nuestro Código Civil Peruano ha sufrido varios cambios respecto al Derecho de Familia, Garay (2009) ha señalado:

Que, como consecuencia de la entrada en vigencia de la Constitución Política del Perú de 1979, y luego la del Código Civil de 1984, podríamos decir que se produce una radical transformación en la familia, su sistema y forma de organización, y del propio Derecho de familia:

1. Se consagra la igualdad jurídica del varón y la mujer dentro del matrimonio.
2. Se da la “jefatura” o dirección familiar conjunta entre el esposo y la esposa.
3. Desaparece la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos.
4. Todos los hijos son iguales ante la ley con independencia de su filiación.
5. Se posibilita la investigación de la paternidad.
6. La patria potestad deja de ser atribución especial del padre.
7. Ello sin perjuicio de que, la familia es una institución que está en continuo cambio o evolución, lo que se aprecia en la aparición de nuevas formas o manifestaciones de grupos de familia, tal es el caso de las uniones de hecho o parejas de hecho, las familias ensamblada, entre otras. (p. 46)

Ya en nuestra Constitución Política del Perú de 1993, siguiendo a Placido (2001) señala que la constitución contempla los principios que inspiran el Sistema Jurídico Familiar Peruano:

- a) **El principio de protección de la familia:** establece que la sociedad y el Estado protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad.
- b) **El Principio de promoción del matrimonio:** este principio implica el fomentar la celebración del matrimonio, y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación; dado que se expresa y reconoce la disolución del vínculo matrimonial por las causas que establezca la ley.
- c) **El principio de amparo de las uniones de hecho:** sustenta la regla de que la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos personales y patrimoniales reconocidos en la ley, y que son similares a los del matrimonio.
- d) **El principio de igualdad de categorías de filiación:** este principio indica que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres: hijos matrimoniales, extramatrimoniales ya adoptivos. (p. 24-28)

2.2.3. Normas Jurídicas sobre La Familia

La familia, es una institución importante en nuestra sociedad, Aguilar (2016) en su libro Tratado de Derecho de familia, señala que “la familia tiene como misión principal, revelar y comunicar el amor, es reconocida por todos y su importancia y trascendencia ha llevado a que numerosos cuerpos legales nacionales e internacionales le presten una atención preferente por parte del Estado y la Comunidad” (p.23).

Entre las normas jurídicas sobre la familia en el marco internacional y nacional, Aguilar (2016) señala que son las siguientes:

2.2.3.1. En el marco internacional:

1. La declaración universal de derechos humanos en su artículo 16 inciso 3 establece que la familia es el elemento natural y fundamental de tal sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el estado.
2. El pacto internacional de derechos civiles y políticos en su artículo 23 incisos 1 y 2 refiere que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el estado, por otro lado, se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia.
3. El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales en su artículo 10 establece que los estados partes deben conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.
4. La convención americana de derechos humanos en su artículo 17 inciso 1 refiere que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado.
5. La carta de los derechos de la familia formulada por la Santa Sede el 22 de octubre de 1983, considerando la familia más que una unidad jurídico social y económica, como una comunidad de amor y solidaridad, insustituible para la enseñanza y retransmisión de los valores culturales, sociales, espirituales y religiosos.

2.2.3.1. En el Perú:

1. La constitución política del estado en su artículo 4 refiere que la comunidad y Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio.
2. La ley de política nacional de población decreto legislativo 346 en su artículo V señala que el estado ampara prioritariamente el matrimonio y la familia.
3. Asimismo, el código civil en su artículo 233 establece el fin de regular a la familia que no es otro que el de propender a su fortalecimiento.
4. Por otro lado, el documento político de primera importancia como es el Acuerdo Nacional del 2002, establece en su décima sexta Política de Estado, el fortalecimiento de la Familia. (p. 23-24)

2.2.4. Matrimonio

2.2.4.1. Etimología

La palabra matrimonio deriva de *matris*, madre, y *monium*, cargo o gravamen, llama la atención esta etimología, pues sería más lógico que el nombre de la institución derivara del padre, tanto más cuanto que la palabra *matrimonium* nació precisamente cuando aquél era dueño y señor. (Borda, 1988, p.39)

2.2.4.2. Naturaleza del Matrimonio

Respecto a la Naturaleza jurídica del matrimonio citaremos tres tesis:

- a) **Matrimonio contrato:** Considera que el matrimonio es participe de todos los elementos esenciales del contrato y que no afecta su esencia; en efecto, en todo contrato existen condiciones de validez del acto, como la capacidad, el libre consentimiento, el objeto que debe ser lícito, la forma, entre otros, ahora bien, en el matrimonio, vamos a encontrar

capacidad de los contrayentes, plena libertad para su celebración, la no existencia de vicios de voluntad, el objeto o fin del matrimonio, que como ya lo hemos manifestado es la plena comunidad de vida, y la forma, que en este caso, en el matrimonio, viene impuesta por la ley. (Aguilar, 2016, p. 60)

b) Matrimonio Institución: Señala que el matrimonio es una gran institución social fundada en el consentimiento de los contrayentes; al respecto Vélez Sarsfield en el siglo XIX, decía que un hecho de la importancia y resultados del matrimonio no podía descender a las condiciones de una estipulación cualquiera, serían necesarias tantas excepciones al contrato. El citado autor señalaba que resultaba mejor considerar de otra manera al acto, dejando al legislador libertad para formular todas las condiciones del matrimonio, y que no podía estar contenida en el contrato, entonces convenía reputarlo como institución. (Aguilar, 2016, p. 62)

c) Matrimonio contrato institución: Esta doctrina mixta considera que el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución.

Plácido (2000), sostiene que el matrimonio es a la vez contrato e institución. Toda vez que la teoría contractual pone el acento en el consentimiento de las partes en el acto de celebración; y la teoría institucional, por el contrario, en la inderogabilidad del régimen legal a que las partes quedan sometidas. (Código Civil Comentado)

2.2.4.3. Definición

Citamos algunas definiciones de connotados juristas:

Enneccerus; define el matrimonio como “la unión de un hombre y una mujer reconocida por la ley, investida de ciertas consideraciones jurídicas y dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida entre los cónyuges” (Aguilar, 2016, p.31).

Asimismo, Moro y Sánchez (2002) definen el matrimonio como “la unión estable de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida”. (p.39)

Varsi (2004) da un enfoque más actualizado con los cambios sociales señala que para el Derecho, el matrimonio es un hecho jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos; y a través del matrimonio, se garantiza la estabilidad y permanencia de la familia. (p.6)

El artículo 17 inciso 2 del Pacto de San José de Costa Rica reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio. Asimismo, parafraseando a lo señalado por nuestro código civil que define el matrimonio como la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones legales, a fin de hacer vida en común. El artículo 234° del código civil señala que “el marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”.

2.2.4.4. Fines del Matrimonio

Entre los fines del Matrimonio tenemos los siguientes:

- ✓ El reconocimiento legal de la unión sexual que tiende a la procreación de los hijos, de donde derivan los deberes de educar y de formación plena de éstos.
- ✓ Sentar la base de la organización familiar.
- ✓ La ayuda mutua entre los cónyuges, producto de la vida en común.
(<http://www.monografias.com/trabajos104/derecho-de-la-familia/derecho-de-la-familia2.shtml>)

2.2.4.5. Caracteres del matrimonio

Borda (1988) en su libro Tratado de Derecho Civil señala que tiene los siguientes caracteres:

- ✓ Implica una unión del hombre y la mujer, unión que se traduce en derechos y deberes recíprocos. Para fortalecerla, la ley procura una división de trabajo y de potestades, y en determinados casos, concede la decisión preponderante a uno de los esposos.
- ✓ Es una unión permanente; este carácter se manifiesta aun en los países que admiten la disolución del vínculo por mutuo consentimiento porque cuando dos personas se casan, lo hacen para toda la vida, con el sincero propósito de pasar juntos las alegrías y los dolores que depara el destino, y aunque más tarde se divorcien y vuelvan a contraer nupcias, hay siempre en la institución un íntimo y connatural sentido de permanencia.
- ✓ Es monogámica, aunque algunos pueblos conservan todavía la poligamia, todos los países de civilización occidental y cristiana han adoptado el régimen de singularidad. Y no solamente no se concibe más que un solo vínculo matrimonial, sino que los esposos no pueden tener comercio sexual

con otra persona que no sea su cónyuge. La fidelidad conyugal es uno de los pilares de la solidez y la dignidad de la institución.

- ✓ Es legal, porque no basta la simple unión del hombre y la mujer, aunque tenga permanencia, como en el caso del concubinato, o se hayan engendrado hijos; es preciso además que se haya celebrado de acuerdo a la ley. Sólo así queda bajo el amparo y la regulación de ésta. Es claro que la noción del matrimonio no se agota aquí, pues, por encima de lo legal, está su sustancia moral y religiosa. (p.38)

2.2.4.6. Requisitos del Matrimonio

Para que exista matrimonio válido y lícito es necesario la reunión de requisitos intrínsecos o de fondo y extrínsecos o de forma.

Los requisitos intrínsecos son la diversidad de sexo de los contrayentes, la ausencia de impedimentos y el consentimiento de aquéllos. Pero su falta no tiene en todos los casos iguales consecuencias. Así, la igualdad de sexo y la falta de consentimiento dan lugar a que no exista matrimonio; la configuración de ciertos impedimentos y los vicios del consentimiento, a que sea anulable; y la de otros impedimentos, simplemente a la ilicitud, que puede derivar en otro tipo de sanciones. En cuanto a los requisitos extrínsecos, si no se trata del fundamental, esto es, que el consentimiento sea otorgado ante el oficial público determinado por la ley -cuya ausencia provoca la inexistencia del matrimonio-, su falta de cumplimiento tampoco puede fundar la anulación del matrimonio, según la posición doctrinal más difundida. (Belluscio, 2011, p. 212)

2.2.4.7. Formalidades para la celebración del matrimonio

La celebración del matrimonio se realiza en la municipalidad de la localidad donde los contrayentes han realizado la correspondiente declaración del proyecto matrimonial y, por consiguiente, donde se halla el respectivo expediente administrativo. Es natural que la celebración del matrimonio se entienda con el alcalde ante quien se tramitó toda la etapa previa, por ser éste quien, en mérito de la documentación presentada, tiene conocimiento de que los contrayentes no se encuentran inmersos en impedimento alguno. No obstante, lo expresado, la norma del artículo 259°, en lo concerniente a la intervención del "alcalde que ha recibido la declaración", constituye una regla general que admite algunas excepciones. En efecto, de la revisión de las demás normas de esta parte del Código, se aprecia que el alcalde no siempre interviene directamente y que en lugar de él la ceremonia de matrimonio la puede celebrar:

Por otro lado, la ceremonia del matrimonio es pública, de modo que en rigor puede asistir a ella cualquier persona, tenga o no legítimo interés en la celebración o en la no celebración de dicho acto. La publicidad garantiza el cumplimiento de las formalidades y evita la consumación de matrimonios clandestinos, en los cuales, en la mayoría de casos, se pretende ocultar vicios que acarrearían la nulidad del acto. (Muro y Echandía, p.39)

2.2.4.8. Extinción del matrimonio

- ✓ Por muerte de uno de los cónyuges o de ambos.
- ✓ Por declaración de muerte presunta.
- ✓ Por declaración de invalidez, en los casos que el matrimonio sea nulo o anulable.
- ✓ Por declaración de divorcio, que disuelve el vínculo matrimonial

2.2.4.9. Invalidez del Matrimonio

En la doctrina, dentro de la invalidez del matrimonio, se distingue la inexistencia del matrimonio, la nulidad del matrimonio, anulabilidad, impugnabilidad del matrimonio e incluso se habla de la ilicitud del matrimonio. (Aguilar, 2016, p.112)

La Invalidez del matrimonio constituye uno de los supuestos de crisis matrimonial junto con la separación judicial o de hecho y el divorcio, resultando que nuestra legislación peruana recoge la teoría de la nulidad y la anulabilidad e incluye la impugnabilidad, y recoge igualmente la teoría de los matrimonios ilícitos en sus artículos 274° y 277° del código civil.

- ✓ **Artículo 274°:** Causales de invalidez del matrimonio: son los impedimentos de enfermedad mental, sordomudez, matrimonio del casado, parentesco y homicidio, además de la inobservancia de la forma prescrita en los artículos 248° y 268°, con una posible convalidación, la intervención de autoridad incompetente para celebrar el matrimonio con la mala fe por parte de los contrayentes.
- ✓ **Artículo 277°:** Causales de anulabilidad del matrimonio: impedimentos de impubertad legal, sanidad nupcial y el rapto, la privación de las facultades mentales por una causa pasajera, los vicios de la voluntad del error en la persona y la intimidación, impotencia absoluta, y matrimonio contraído de buena fe con la intervención de la autoridad competente para celebrar el matrimonio.

2.2.4.10. Efectos del matrimonio invalidado

Los efectos de invalidez producidos por el matrimonio celebrado y luego declarado nulo. Están supeditados a la existencia de la buena fe o ausencia de ella produciendo efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos.

A este matrimonio nulo que produce determinados efectos se llama Matrimonio putativo, lo que no significa que sea válido o que se produzca su convalidación, sino solo que no se anulan o invalidan los efectos respecto de los hijos y el contrayente de buena fe. Respecto de los hijos, serán considerados siempre matrimoniales, fueran los padres de buena o mala fe, cuestión en la actualidad no tan relevante debido a la equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. (Fernández, 2006, p.32)

2.2.4.11. Efectos del matrimonio putativo en cuanto a los cónyuges:

Después de celebrado el matrimonio produce los siguientes efectos:

Alimentos, Indemnizaciones, patria potestad, liquidación de sociedad de gananciales.

2.2.4.12. Efectos del matrimonio putativo invalidado frente a terceros:

Si fuera un matrimonio válido disuelto por divorcio, estos terceros actuaron de buena fe, si no fuera así, el matrimonio invalidado se asemeja a uno inexistente, como si nunca hubiera sido celebrado. (Aguilar, 2016, p. 147)

2.2.5. Unión de Hecho

2.2.5.1. Definición:

Zannoni define a la unión de hecho como aquella “unión establecida por un hombre y una mujer en estado conyugal aparente o de hecho, esto es sin atribución de legitimidad pero con aptitud potencial a ella” (Méndez, 1990, p.73)

2.2.5.2. Naturaleza Jurídica

En los ordenamientos jurídicos que regulan el concubinato o unión de hecho, al reconocerles determinados derechos se ha aplicado la teoría de la apariencia jurídica. Esta teoría fue elaborada a partir de la enunciación en el Digesto, Libro I, Título XIV, Ley 3 de la máxima error communis facit ius, cuyo propósito estaba dirigido a resguardar actos cumplidos ante la creencia de que el sujeto poseía un estado civil idóneo, siendo esta teoría desarrollada luego en el antiguo derecho francés.

Asimilada esta teoría en el Derecho de Familia, se entiende que el estado objetivo de familia alcanza su expresión más delicada en el concubinato, debiendo tratarse de una pareja que viva exteriormente como un matrimonio, presentándose entonces la objetividad como un estado de apariencia siendo, en sí misma, un valor jurídico que las leyes toman de la realidad de los hechos y al que se le atribuye -al menos en ciertas situaciones- importancia fundamental. (Bustamante, p. 29).

2.2.5.3. Evolución de la unión de hecho

En el Perú, el concubinato es un fenómeno latente, porque como realidad cultural y sociológica ha existido tanto en el Derecho pre colonial como colonial. Existe hoy en el Derecho republicano como una costumbre muy arraigada, entre los habitantes de la sierra, centro y sur del País, sin contar a los que viven en zonas occidentalizadas que prefieren la denominación de convivencia. El Código Civil

de 1936 comprendió al concubinato solo a lo que concierne a la protección de la mujer y las cuestiones relativas a la propiedad de los bienes. El código Civil de 10984, regula el concubinato propio e impropio en los artículos 326° y 402° inciso 3. La constitución Política del Estado de 1993 reproduce casi textualmente a su antecesora de 1979, excepto en cuanto al tiempo y la consideración de que la unión de hecho da lugar a una comunidad de bienes. (Peralta, p.131)

2.2.5.4. Elementos de la unión de hecho

Nuestra Constitución Política, en su artículo 5 señala: "La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes, sujeta al régimen de sociedad de gananciales".

Significa que las uniones de hecho en el caso de sus integrantes hayan adquirido bienes susceptibles de partición, estos quedan sometidos al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto fuera aplicable; es decir garantiza el derecho patrimonial de la pareja o de cada uno de ellos.

Paralelamente, el artículo 326 del Código Civil, dispone; "La unión de hecho, voluntariamente realizada por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte,

ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez podrá conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo el interesado tiene expedita, en su caso la acción de enriquecimiento indebido".

Es decir, pues, la pareja que se encuentra viviendo como una unión de hecho, estable y permanente que reúna los requisitos exigidos por la ley, genera una sociedad de gananciales respecto del patrimonio que hubiere generado dicha unión de hecho.

Los elementos de unión de hecho exigidos por el artículo 326 del Código Civil, son: cohabitación consensual; singularidad de la pareja; ausencia de impedimento matrimonial; permanencia o estabilidad; y estado aparente de familia.

2.2.5.5 Clases de Uniones de Hecho

La doctrina reconoce que la unión de hecho puede clasificarse, así Amado (2013) señala:

2.2.5.5.1 La unión de hecho propia o pura:

Es aquella establecida entre un hombre y una mujer, quienes siendo libres de impedimento matrimonial deciden hacer vida en común sin formalizar dicha unión legalmente.

2.2.5.5.2 La unión de hecho impropia o adulterina:

Es la que se constituye cuando uno o ambas personas que conforman la relación tiene o tienen algún impedimento para contraer matrimonio civil, optando por cohabitar a pesar de ello. Luego de haber proporcionado las clasificaciones, debemos precisar que la normativa nacional reconoce y protege a la denominada unión de hecho propia, reconociéndola como concubinato, término que deriva del latín concubere, que significa “dormir juntos o en comunidad de lecho, manteniendo relaciones sexuales exclusivas, estables permanentes y continuas”. (p.128)

2.2.6. Divorcio

2.2.6.1. Etimología

La palabra divorcio tiene sus raíces en el término latino *divortium*, que a su vez proviene del verbo *divellere*, que significa separarse o irse cada uno por su lado (Muro y Rebaza, 2009, p.547)

2.2.6.2. Definición

Al respecto, algunas definiciones de juristas:

Aguilar (2016) en su libro *Tratado de Derecho de Familia*, señala que: “El divorcio significa el rompimiento del vínculo matrimonial, concluye con el matrimonio, los ex cónyuges se convierten desde el punto de vista legal, extraños entre sí y por lo tanto cada uno de ellos queda en aptitud de contraer nuevo matrimonio, cesan todas las obligaciones y derechos que emergen de la institución” (p. 298)

Nuestro Código civil peruano estipula en su artículo 348° la definición que señala que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.

El divorcio debe entenderse como la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente al haberse incurrido en alguna de las causales previstas por la ley, y con la cual se pone fin a los deberes conyugales y a la sociedad de gananciales. (Cas N° 01-99 Sullana, 1999)

"El divorcio debe entenderse como la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente al haberse incurrido en alguna de las causales previstas por la ley, y con la cual se pone fin a los deberes conyugales ya la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial". (ibíd.)

2.2.6.3. Teorías Sobre El Divorcio

a) Tesis antidivorcista:

Esta posición según la cual se afirma que la prohibición del divorcio no necesariamente atenta contra la libertad individual, sino que más bien la protege. En efecto, los cónyuges ejercitan su libertad al momento de casarse, pero una vez casados, el matrimonio se convierte en un problema de responsabilidad. Entender la libertad como la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial a voluntad es profundamente inhumana, peligrosa y pesimista, pues desconoce la capacidad del hombre para atarse libremente, siendo fiel a las opciones que ha elegido. Cuando una persona decide ser infiel a sus compromisos matrimoniales no está

ejerciendo su libertad, sino atacándola, al violar lo que libremente ha prometido. (Muro y Rebaza, 2009, p.544)

b) Tesis divorcista:

Esta posición se sustenta en el hecho de que "las circunstancias suelen transformar a los cónyuges en enemigos; es cruel mantener unidos a seres que se desprecian o aborrecen, porque entonces sería transformar el matrimonio en una cadena de forzados" (Borda, 1988, p. 261). Según esta tesis, parafraseando a Muro y Rebaza señala que el divorcio es considerado como un "mal necesario"(p.546)

2.2.6.4. Corrientes sobre el Divorcio

a) Divorcio sanción: Ante el fracaso matrimonial se busca al responsable de este fracaso quien será sancionado por ley. Basado en un sistema subjetivo o de culpa del cónyuge. (Aguilar, 2016, p.300)

b) Divorcio remedio: No se busca un culpable, sino enfrentar una situación conflictiva ya existente, en que se incumplen los deberes conyugales, aquí no interesa buscar al que provoco la situación. Sustentado de modo objetivo en la ruptura de la vida matrimonial. (ibíd.)

c) Sistema mixto: Estos sistemas mixtos son a su vez complejos, habida cuenta que mantienen la posibilidad tradicional de la consecuencia de un cónyuge legitimado activamente y otro pasivamente, sin perjuicio de la posible inculpación recíproca reconvenzional; y, adicionalmente, se admiten causales no inculpatorias, lo que determina que cualquiera

de los cónyuges esté legitimado para demandar al otro. Asimismo, los efectos personales y patrimoniales del divorcio sanción pueden ser aplicables a quienes incurrir en causales no inculpatorias, atenuando el rigor objetivo de dicho sistema (Plácido, 2000, p.37)

Nuestro Código Civil ha optado por la tesis divorcista y dentro de ella opta por combinar el divorcio sanción y el divorcio remedio, derivando en un sistema mixto. Ello se ha hecho aún más notorio con la reforma introducida mediante Ley N° 27495. En efecto, se admite el mutuo consentimiento (separación convencional) junto con causales de inculpación de un cónyuge frente a otro; así como causal es no inculpatorias (separación de hecho o convencional). (Muro y Rebaza, 2009, p.547)

Cabe señalar para acceder a las causales de separación de cuerpos o al divorcio vincular, están se encuentran establecidas en nuestro Código Civil peruano. Éstas constituyen los únicos supuestos que se les atribuye como consecuencia la declaración judicial del decaimiento o la extinción del vínculo matrimonial.

2.2.6.5. Clases de Divorcio

El divorcio en términos genéricos constituye la institución jurídica mediante la cual se arriba a la disolución del vínculo matrimonial. La doctrina acepta que existen dos clases de divorcio:

2.2.6.5.1. Divorcio relativo o separación personal

La separación de cuerpos se produce como consecuencia del decaimiento del vínculo matrimonial, en cuya virtud los cónyuges ponen fin a la vida en común. Dejando de ser exigible el deber conyugal de cohabitación, pero manteniéndose el vínculo matrimonial y los cónyuges se encuentran impedidos de contraer matrimonio con otra persona.

2.2.6.5.1.1. Causales de la Separación de cuerpos:

Las causales se encuentran reguladas y pueden ser invocadas a efectos de obtener la declaración judicial de la separación de cuerpos en el artículo 333º, incisos del 1 al 13 del código civil:

1. El adulterio
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviviente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.
13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio (Artículo 333° del código civil peruano).

2.2.6.5.2. Divorcio absoluto o vincular

El divorcio implica la extinción total y definitiva del vínculo conyugal.

El jurista Cornejo s.f. señala que:

“No obstante aplicarse a veces el mismo nombre de divorcio tanto a la separación de cuerpos como a la disolución del vínculo matrimonial, distinguiéndose ambas figuras con los calificativos de relativo y absoluto, existe entre las dos una diferencia esencial, pues mientras en la primera el

decaimiento del nexo conyugal no permite a los casados la formación de un hogar distinto, en la segunda que destruye totalmente el vínculo cada uno de los ex cónyuges está facultado para contraer nuevo matrimonio con nuevas personas”.

En efecto, en nuestra legislación se regula de un lado la separación de cuerpos, la que una vez declarada exime a los consortes del deber de cohabitación, subsistiendo el nexo conyugal y de otro, el divorcio vincular que es el que extingue de manera definitiva el vínculo matrimonial.

2.2.6.5.2.1. Causales del divorcio vincular:

En la separación sólo hay una suspensión de la vida en común, en el divorcio hay un rompimiento del vínculo. El Artículo 349° del código civil peruano las causales son las señaladas en el artículo 333° incisos del 1 al 12, causales para acceder al divorcio se pueden alegar las doce primeras del presente artículo.

2.2.6.6. Efectos del Divorcio vincular

Según se ha señalado en los puntos precedentes, el principal efecto del divorcio es la extinción del vínculo matrimonial. Con ello cesan evidentemente los deberes y derechos recíprocos de los cónyuges. Al respecto, es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos:

2.2.6.6.1. Con relación a los cónyuges

- Pueden contraer nuevas nupcias.
- Se pone fin a la sociedad de gananciales.

- El cónyuge culpable pierde los gananciales provenientes de los bienes propios del otro.
- Los cónyuges pierden el derecho a heredar.
- La extinción del vínculo matrimonial extingue a su vez la obligación de prestarse alimentos, salvo las excepciones contempladas expresamente por el artículo 350º del Código Civil.

2.2.6.6.2. Respetto de los hijos

- Se establece un régimen de ejercicio de la patria potestad. El cónyuge culpable en los casos establecidos por ley queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad.
- Se determina a quién le corresponde la tenencia de los hijos menores de edad y el régimen de visitas para el padre que no la ejerce.
- Se establece el régimen alimenticio a favor de los hijos menores de edad.

2.2.7. Patria Potestad

2.2.7.1. Etimología

El diccionario de la lengua española (2005) señala etimológicamente el término patria potestad, proviene de raíces romanas, donde “patria” alude al Pater familia y el término “potestad” denota dominio, poder, o facultad que se tiene sobre una cosa, a partir de lo cual, debemos colegir, que se trata de una denominación que incorpora parcialmente su verdadero concepto, por cuanto la patria potestad, no solo implica derechos o poderes del padre, sino es un conjunto y deberes que

ejercen de manera paritaria el padre y la madre desde el momento en que se configura la filiación de la prole.

2.2.7.2. Definición

Algunas definiciones respecto a Patria Potestad:

Schreiber (2006), señala que la patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar mediante el cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos, el cual permanece hasta que estos adquieran plena capacidad. (p. 329 y 330.)

Por su parte Borda (1988) definió a la patria potestad como el conjunto de derechos de los padres sobre los hijos. (p. 121)

Asimismo Aguilar (2016) menciona que, la patria potestad es una institución del derecho de familia, que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral y la realización de los hijos. Este concepto no solo abarca derecho – deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue esta institución en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y también la de los hijos que, al recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas. (p. 395)

Plácido (2002), con relación a la patria potestad y su función tuitiva, señala que:

“La patria potestad es una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndosela como institución establecida en beneficio de éstos. En ella, está estrechamente

conexos el interés del Estado y el de la familia, por lo que la misión encomendada al padre asume un carácter de importancia social, del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados, dirigidos a modificar las relaciones, las atribuciones y los efectos y la imposibilidad por parte de los padres de renunciar al poder a ellos conferido por la ley". (p. 317-318)

Al respecto, la Jurisprudencia ha señalado algunas definiciones sobre Patria Potestad:

La patria potestad, es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, esta, no puede ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio, acto de disposición de los padres; o que no debe confundirse patria potestad con tenencia, siendo esta última atributo de la patria potestad, la cual, si bien es cierto, puede ser materia de convenio, también lo que es dicho acuerdo, no tiene carácter definitivo, por cuanto es variable al estar subordinado a lo que sea más conveniente al menor acuerdo o adolescente. (Expediente N° 1844-97, considerando primero)

Por la patria potestad los padres deben ejercer un conjunto de derechos y obligaciones relativas al cuidado de la persona y bienes de sus hijos menores de edad, dirigidos a lograr su desarrollo bio-psico-social" (Exp. N° 3318-97).

2.2.7.3. Naturaleza Jurídica de la Patria Potestad

Respecto a la Naturaleza Jurídica de la Patria Potestad veamos algunas opiniones de connotados juristas:

Varsi, (2004), refiere respecto a la naturaleza jurídica de la patria potestad, menciona que: “la patria potestad es una institución típica del Derecho de Familia, que implica una relación jurídica subjetiva en la que las partes intervinientes gozan y deben cumplir con intereses jurídicos reconocidos expresamente por la legislación a efectos de proteger a los hijos menores de edad en armonía con los intereses de la familia y de la sociedad” (p. 246)

Asimismo, en la exegesis del código civil sobre la naturaleza jurídica de la patria potestad menciona que se debe considerar que más que un derecho natural, la patria potestad es una función social de la familia, cuyo fin es la formación y protección del menor

2.2.7.4. Evolución de la Patria Potestad

Sobre la evolución de la Patria Potestad, Varsi, (2014), indica lo siguiente:

En Roma, la patria potestad era el poder ejercido por el Pater familiar sobre todas las personas libres que constituían su familia. Él era el “señor de todos” (autorictas patria, rasgo del actual principio de masculinidad) y tenía una fuente de poder absoluto dentro de la estructura familiar.

En el derecho antiguo, la patria potestad más que un privilegio era una facultad, un poder, una atribución en favor del padre y revestía un carácter despótico, entrañando un arbitrio de vida o muerte sobre las personas sujetas a ella. El Pater familias tenía sobre sus hijos el poder de vida y muerte; podía pignorarlos, alquilarlos, venderlos, estando autorizado a disponer de sus bienes; en la recaía la facultad de juzgarlos y condenarlos en judicium privata.

El derecho consuetudinario francés vario el carácter absoluto de la patria potestad y fue con la revolución francesa que se reestructuró la esencia romana

de esta institución, procediéndose a suprimir muchos de los poderes del padre, incluso la institución del usufructo legal. Esta situación se va aligerando con la humanización del derecho positivo, la consagración de la teoría de la defensa de la persona, la liberalización de las relaciones familiares, y el ejercicio del poder tuitivo del estado en la protección de la familia. (p. 53-79)

2.2.7.5. Objetivo de la Patria Potestad

La concepción del niño o niña como sujeto de derechos cobró auge, siendo incorporada en las discusiones del mundo académico y en instrumentos internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. En relación a estas nuevas orientaciones doctrinales, Guillermo Borda (1988) indica que:

Hoy está definitivamente triunfante la idea de que la patria potestad implica no sólo derechos sino también deberes; y más aún, que lo que importa primordialmente es la protección de los menores. La legislación moderna, a la inversa de la antigua, ha puesto el acento sobre los deberes y no sobre los derechos de los padres”. (p.342.)

Además, el citado autor, agrega que la patria potestad contiene derechos en los padres, pero con ciertos límites, otorgándosele un carácter no absoluto a su ejercicio, a fin de evitar la arbitrariedad y el exceso.

Asimismo, en relación a la patria potestad, Lledó (s.f), señala que debe ser entendida como: los deberes de asistencia y protección que corresponden a

los padres en relación con los hijos, al tiempo que se fundamenta en un principio de autoridad de los padres. (p. 311)

La patria potestad tiene un objetivo elemental que es cuidar de manera integral a los hijos que no pueden atender de manera personal sus necesidades; Cornejo (1987) afirma que: es una institución de amparo y la defensa del menor no se halla en aptitud de defender su propia subsistencia, ni cautelar sus intereses, ni defender sus derechos, ni defender su propia personalidad. (p. 177)

En cuanto al cuidado es referido a la integridad de la vida de los hijos, sea sicosomática por ejemplo salud, social como el recreo o patrimonial (pecuniaria). La patria potestad es una función social de la familia cuyo fin es la formación y protección del menor. (Varsi y Canales, 2012, p. 295)

Nuestra Constitución Política del Perú en su artículo 6° en su segundo párrafo señala que es el deber-derecho de los padres, alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, asimismo los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Por lo tanto, podemos decir que la patria potestad es el conjunto de derechos y deberes recíprocos que se da entre padres e hijos, que da igual condiciones a ambos progenitores.

2.2.7.6. Características de la Patria Potestad

Borda, (1988) menciona que la patria potestad, no es un mero derecho subjetivo, sino un complejo indisoluble de deberes y derechos. Se la legisla teniendo en mira al hijo y al padre, a la familia y a la sociedad. Las normas que a ella se refieren son, pues, de orden público (p. 122).

Aguilar, (2016), señala que: tiene notas que le dan vida propia a la institución, y que ayudan a distinguirlas de otras instituciones y son las siguientes:

1. **Institución exclusiva de los padres:** La patria potestad es concebida en función de los padres, no extendiéndose a los ascendientes, ni a parientes colaterales, los cuales, si fuera el caso de cuidar a un pariente menor de edad, lo harían a título de tutores, mas no de patria potestad.
2. **Derecho Personalísimo:** La institución está contemplada en función de los padres, y solo de ellos y no es posible que se pueda ceder o delegar.
3. **Derecho inalterable, intransmisible e irrenunciable:** Los padres no pueden alterar el contenido de la patria potestad ni para aumentar o reducir atribuciones pues constituye un todo unitario, no es posible su transmisión en todo o en parte, asimismo no es factible renunciar a la patria potestad.
4. **Sus normas de orden público:** Significa que no cabe pactarse contra ellas, son normas de imperativo e ineludible cumplimiento.
5. **Carácter temporal:** La patria potestad tiene sentido en tanto exista un incapaz al que hay que cuidar, entonces cuando esta sale a la capacidad, ya no tiene sentido la patria potestad.
6. **Rango constitucional:** La patria potestad por su importancia y trascendencia es igualmente tratada en la ley de leyes como es la Constitución. (p.408)

2.2.7.7. Titulares de la Patria Potestad

La patria potestad solo puede ser ejercida en las relaciones familiares directas y de primer orden, como son de padres e hijos. De ascendientes a descendientes. (Canales, 2014, p. 17)

El artículo 419° del código civil peruano estipula que la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.

Asimismo, la convención sobre los derechos del niño señala que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos. Su preocupación fundamental es el interés superior del niño. (Artículo 18, numeral 1 de la Convención sobre los derechos del niño.)

2.2.7.8. Contenido de la Patria Potestad

La patria potestad encierra una serie de atributos muy bien definidos por el artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes que ha venido a modificar la norma contenida en el artículo 423 del Código Civil. Atributos como:

Velar por su desarrollo integral, proveer su sostenimiento y educación, dirigir el proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes, darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente y cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente, representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y de responsabilidad civil, administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieren, a todos estos atributos se debe adicionar la tenencia.

Esta institución familiar encierra un conjunto de deberes y derechos, dirigidos a proteger la persona y bienes de los hijos menores de edad, en tal medida la institución trata de las relaciones personales y económicas que se dan entre los padres e hijos. (Aguilar, 2016, p. 425)

2.2.7.9. Derechos y Deberes de la Patria Potestad

El artículo 423° del código civil peruano establece que: “Son deberes y derechos de los padres”

1. Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
2. Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
3. Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.
4. Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación.
5. Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
6. Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
7. Administrar los bienes de sus hijos.
8. Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004.

La patria potestad confiere a los padres la representación legal del hijo y encierra un doble contenido: personal y patrimonial, como lo señala Garay (2009):

- a) **Velar por los hijos:** más que un deber independiente de muy difícil exigibilidad, es como la medida y hasta la actitud que debe informar el cumplimiento de los restantes deberes. Velar por los hijos va unido a tenerlos en su compañía, quien por ellos vela.
- b) **Compañía:** La compañía es algo más que la intermediación física y la identidad de techo, entraña comunicación afectiva e intelectual y respecto de los padres, exige buen ejemplo y cariño ambiental.
- c) **Alimentos:** Es un deber unilateral, específico y típico. Cuando este deber coincide con el de compañía, no es aplicable el requerimiento de solicitar judicialmente alimentos.
- d) **Educación y formación:** La función educadora de los padres tiene una doble vertiente: conferir por si mismos la educación de sus hijos, y elegir con plena libertad el centro educativo y controlar la educación que en el mismo se imparta a los hijos.
- e) **La facultad de corrección:** Implica que se podrá corregir razonable y moderadamente a los hijos.
- f) **Representarlos:** Con el sistema de patria potestad dual, se atribuye la representación a los padres en las mismas condiciones; que sin motivos justificados, no pueden los padres declinar esta representación.
- g) **Administrar los bienes:** Los padres, como consecuencia de la patria potestad que ostentan sobre sus hijos, tienen la función o facultad de administrar los bienes de que estos son titulares, cumpliendo con las obligaciones de todo administrador. (p. 69)

En efecto, el artículo 78° del Código de los Niños y Adolescentes al consignar los atributos ya mencionados que confiere la patria potestad a los padres,

reconoce en el inciso f del citado artículo, el derecho de los padres a la tenencia de sus hijos, señalando específicamente “tenerlos en su compañía, recurriendo a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos”; este atributo que es quizás uno de los derechos más importantes que confiere la patria potestad, ha sido ampliado, mediante la Ley 29269 que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, en el primero de ellos, facultando al juez para disponer la tenencia compartida, y en el segundo, precisando que el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. (Aguilar, 2016, en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/17425/17705>)

2.2.7.10. Cese de la Patria Potestad

La patria potestad tiene sentido en tanto existe un menor de edad que se encuentra incapacitado de atender a sus propias necesidades y de velar por sus derechos, recayendo en sus padres el deber de asistirlos y guiarlos para que puedan alcanzar un desarrollo óptimo; en este orden de ideas, la institución concede a los padres una serie de atributos, dentro de las cuales encontramos deberes y derechos. (Aguilar, 2016, p. 455)

Al respecto Aguilar (2016), señala dos tipos de cese, los cual son:

- a) **Cese Temporal:** Implica el desplazamiento del ejercicio de la patria potestad de uno de los padres, o si fuera el caso, de los dos, y generalmente ello es debido a inconductas que directa o indirectamente agravian y perjudican al menor. En el cese temporal, el padre o madre es desplazado del ejercicio de todas las facultades

que confiere la potestad, no podrán ejercer ningún atributo por determinado tiempo. (p. 461)

- b) Cese Definitivo:** Equivale a perder la titularidad de la patria potestad, en consecuencia, el padre o madre o los dos ya no volverán a ejercer esta. (p. 476)

2.2.7.11.Suspensión de la Patria Potestad

La patria potestad es ejercida de manera conjunta por ambos progenitores, su sustento legal se encuentra en el principio de igualdad, contenido en la Constitución Política del Estado. Sólo ante circunstancias que ameritan la protección del hijo, corresponde la suspensión de esta institución con relación al progenitor culpable. Asimismo, el artículo 419° del Código Civil Peruano señala que la patria potestad es ejercida conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.

La finalidad jurídica de la suspensión de la Patria Potestad reside en producir una ruptura temporal del vínculo paterno filial, por haberse probado mediante un proceso judicial, que los padres no cumplen con su deber de velar por el desarrollo sano y normal de su hijo. (Barletta, p. 426)

Empero en casos de la separación, divorcio o invalidez del matrimonio, la patria potestad queda suspendida conforme lo refiere el artículo 420° del código sustantivo aludido: En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio y la suspensión del ejercicio de la patria potestad, no exonera al padre o madre, de cumplir con sus

deberes, fundamentalmente del deber alimentario, consecuentemente, no es legal que el progenitor suspendido o privado definitivamente de la patria potestad evada su deber de asistencia a sus hijos.

➤ **Consecuencias de la suspensión de la Patria Potestad**

Respecto a las consecuencias, el Código de niños y adolescentes, señala que se mantiene el deber de proveer alimentos para el padre suspendido en la patria potestad, el artículo referido al resguardo de las relaciones personales de los padres con sus hijos, de acuerdo a las circunstancias. Cuando se alude a las relaciones personales, se deberá incluir todas aquellas vivencias que son producto de la dinámica familiar y que permiten el desarrollo psicoafectivo del niño, niña o adolescente. No deberá, en consecuencia, obstaculizarse la comunicación y la orientación educativa de los padres. Por lo que deberá ser necesario evaluar cada caso, a fin de adoptar las medidas requeridas, cuando existan circunstancias que justifiquen de manera cierta y comprobada, que se pone en peligro el desarrollo integral del hijo(a), al mantener las relaciones personales con su padre. (Barletta, p. 428)

La Convención sobre los Derechos del Niño, señala que 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 de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. La atribución del derecho a mantener relaciones personales con su progenitor/hijo, es fundamental para el análisis de los efectos jurídicos de la suspensión de la patria potestad. (ibíd. p. 429)

2.2.7.12. Pérdida de la Suspensión de la Patria Potestad

Aguilar Saldivar (2009) sobre la pérdida de la patria potestad se funda en una conducta paterna manifestadora de un grave incumplimiento o indebida satisfacción de los deberes integrantes de la patria potestad, que por su entidad hace peligrar la finalidad de la institución.

Las causales establecidas por el artículo 77° del Código de los Niños y Adolescentes son:

- a. Por muerte de los padres o del hijo;
- b. Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad;
- c. Por declaración judicial de abandono;
- d. Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos;
- e. Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del artículo precedente; y
- f. Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al artículo 46° del Código Civil.

2.2.7.13. Restitución de la patria potestad

Plácido (2002), señala que por el principio de protección a la familia, el sistema jurídico tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento. Esta situación paterno filial exige que la relación se restablezca, recomponga, cuando ello convenga al interés superior de los hijos. (pág. 331)

De acuerdo a lo establecido en el Código de los Niños y Adolescentes, la restitución de la patria potestad se realiza en sede judicial. Así, el artículo 78° del

citado cuerpo de leyes, establece que: los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva.

Así, una vez desaparezca la causal de suspensión de patria potestad, el juez podrá restituirla al progenitor que en su momento fue privado de aquélla. En cuanto a la pérdida de la patria potestad, nuestra legislación la asimila al concepto de extinción de la patria potestad, tal como lo señala el artículo 77° del código de la especialidad, en cuyo caso no hay lugar a restitución.

2.2.8. Tenencia

El doctor Mejía (2005) señala que la tenencia 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, la tenencia es el primer elemento de la patria potestad por ser integrador del complejo funcional de derechos y deberes (p. 54).

Chunga, (2012), señala que la tenencia es una institución que tiene por finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres por encontrarse estos separados, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor en busca de su bienestar tomando en cuenta siempre el interés superior del niño. Ya que se trata de un cuidado directo e inmediato que ejerce uno de los padres respecto de su hijo menor de edad, sea niño o adolescente.

Bustamante (s.f.) señala que la tenencia o guarda es un atributo exclusivo a la patria potestad y que solo lo pueden tener los padres y no terceras personas. En los casos en que un tercero deba asumir la tenencia del menor, estaremos ante el caso de la tutela si el ejercicio del cargo es permanente, o de colocación familiar si es de carácter provisional. (p. 97)

Por su parte Hollweck y Medina, consideran que la tenencia es el derecho preferente a ejercer la guarda del hijo o hija menor, por uno de los padres, cuando se ha producido la situación de la desavenencia entre los progenitores, que se concreta en la convivencia con el hijo o hija, siendo uno de los supuestos de desmembramiento de la patria potestad (Hollweck Mariana y Medina Graciela, en: <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Importante-precedente-que-acepta-el-regimen.pdf>)

La tenencia se traduce en la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes; asimismo, significa vida en común, y son estas relaciones personales entre padres e hijos que constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad, pues si el padre o madre no ejerce la llamada tenencia, cómo podría estar al frente del proceso educativo, cómo podría representarlo legalmente, o cómo podría ejercer una corrección moderada, sólo para mencionar algunos de los atributos que confiere la patria potestad. (Aguilar, 2016)

2.2.8.1. Tenencia de los Hijos

La tenencia se da cuando los progenitores se encuentran divorciados o en trámite de divorcio, separados de hecho o no casados cuando no viven juntos, así como también en el supuesto de anulación del matrimonio, ya que es preciso determinar cuál de dichos progenitores se ha de entregar la tenencia de los hijos menores de edad. Una vez que se ha resuelto esa cuestión, se ha de fijar también el régimen de visitas, a efectos de que el cónyuge que ha sido privado de la tenencia pueda ver a sus hijos e incluso salir con ellos.

La tenencia puede ser de la siguiente manera:

- a) Es **provisional**: La tenencia acordada durante la tramitación del divorcio o de la nulidad y por eso la legislación impone al juez la obligación, en la primera audiencia, de tratar de avenir a las partes en todo lo relativo a dicha tenencia y al régimen de visitas.
- b) Es **definitiva** la tenencia que se acuerda en la sentencia, lo que no obsta para que la decisión se pueda modificar cuando a criterio del juez cambien las circunstancias que la determinaron, ya que el interés y la protección de los hijos es lo que debe prevalecer en esta materia.

Si el juez considera que ninguno de los progenitores es digno de tener a los hijos, puede ordenar que su guarda sea encomendada a terceras personas, como puede también resolver que los hijos sean tenidos alternativamente por el padre y por la madre.

En la legislación suele regir el criterio de que, salvo causas graves, los hijos menores de 5 años queden a cargo de la madre y los mayores de esa edad a cargo del cónyuge inocente, a menos que esa solución resulte inconveniente para el menor; si ambos cónyuges fueren culpables, el juez determinará el régimen más conveniente para los hijos. (Osorio, s.f.)

2.2.8.2. Sujetos de la Tenencia

Al respecto Canales (2014), señala dos clases de sujetos, los cuales son:

- a) **Sujetos activos**: Los padres o los abuelos, los cuales se denominan los tenedores. En el caso de los padres opera de forma individual, se otorga a uno de ellos mientras que en los abuelos opera de forma individual a uno de ellos o conjunta a la pareja de abuelos prefiriéndose, en mejor medida, a esta última.

b) Sujetos pasivos: Los, hijos los cuales se denominan los tenidos. (p. 56.)

2.2.8.3. Tipos de Tenencia

a) Tenencia Conjunta

Se da en las situaciones en los cuales con o sin matrimonio, con o sin unión estable, ambos progenitores ejercen conjuntamente la tenencia de los hijos, porque existe convivencia entre dichos progenitores. Se da cuando ambos padres cohabitan con los hijos. (Canales, 2014, p. 53)

b) Tenencia Compartida

La tenencia compartida propiamente dicha se da en aquellos supuestos en que, no existiendo dicha convivencia entre los progenitores, estos deciden compartir el tiempo de tenencia de los hijos. Así pues, se da cuando los padres comparten el tiempo de convivencia con los hijos. (Canales, 2014, p. 53)

Existen varias modalidades de tenencia conjunta o compartida. Cada caso es particular, hay que atender a factores como la ubicación geográfica, horario escolar, carga laboral de los padres, número de hijos, en fin. Pero existe una subclasificación que de algún modo engloba muchas otras.

- Guarda conjunta o compartida, ambos padres comparten el cuidado de los hijos en forma permanente.
- Guarda alternativa, los hijos permanecen temporalmente en la casa de cada uno de sus padres.
- Sistema de anidación, son los padres los que se trasladan a la casa del hijo.

c) Tenencia exclusiva o separada

Denominada, “Tenencia exclusiva”, “Tenencia Monoparental”, “Tenencia singular”, y “Tenencia Única o dividida”; donde la tenencia se basa en la convivencia diaria y permanente es otorgada solo a uno de los padres. Como excepción, en los casos referidos a los niños menores de tres años, la tenencia es otorgada preferencialmente a la madre. (En http://www.academia.edu/10291099/La_Coparentalidad_Tenencia_Compartida_en_el_Per%C3%BA)

2.2.8.4. Determinación de la Tenencia

Cuando los padres estén separados de hecho, conforme al artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, la tenencia se determina:

a) Por acuerdo

Por voluntad de los padres, tomando en cuenta la opinión del menor, el que mejor puede identificar las relaciones de tenencia. Acuerdo de ambos con la finalidad de satisfacer al máximo las necesidades filiales. (Canales, 2014, p. 57)

b) A falta de acuerdo

De no existir acuerdo, sino discrepancia, o sin este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez dictando las medidas necesarias para su cumplimiento. (ibíd., p. 58)

En estos casos el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguientes, de acuerdo con el art. 84 de Código de los Niños y Adolescentes:

- ✓ El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; y,
- ✓ El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre.

- ✓ El juez debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta el del adolescente, de acuerdo con el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes. En todo caso puede disponerse la tenencia compartida, ni a uno ni a otro, para ambos igual, salvaguardando en todo momento el interés superior del menor.
- ✓ Los abuelos asumen el cuidado del nieto en los casos específicos e incapacidad, ineptitud o ausencia de los padres, respetando el derecho a la identidad y relacionamiento paterno-filial del hijo.

De los artículos 81° al 87° del Código de los Niños y Adolescentes se hace referencia a la tenencia de los abuelos, no es óbice otorgársela en aplicación del interés superior del niño. Canales (2014) refiere en una interpretación extensiva, en particular de los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes, lleva a comprender que los abuelos pueden ser sujetos activos directos de la tenencia de sus nietos en casos específicos de incapacidad, ineptitud o ausencia de los padres, respetando el derecho a la identidad, el relacionamiento paterno-filial del hijo y valorando el interés superior del menor. Así como el juez en mérito a la facultad que le concede el segundo párrafo del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, puede disponer un régimen de vivistas adecuado al principio del interés superior del niño, la misma lógica debe aplicarse para conceder a los abuelos la tenencia de sus nietos. (p. 60)

El artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes regula el caso de la tenencia cuando los padres están separados de hecho, la Corte Suprema se ha pronunciado por amparar la causal de interpretación errónea de dicho artículo, realizando una interpretación extensiva de este, entiende que los abuelos pueden petitionar la tenencia, estando que el propósito central de este tipo de procesos

es determinar lo que sea más favorable al menor. Ellos no solo tienen vocación familiar, tienen el compromiso afectivo de hacerlo más aún en los casos en los que existe convivencia, cuidado y manutención de abuelos respecto de nietos. En estos casos, así como lo señala Canales (2014), el Juez deberá evaluar, lo siguiente:

- a) Debe preferir a la pareja de abuelos (entendiéndose por pareja aquella sustentada en la convivencia), aquellos que conforman una familia. En caso exista parejas de abuelos por ambos lados, paterno y materno, verificará cuál ofrece al menor lo mejor para su desarrollo y bienestar.
- b) No habiendo pareja de abuelos, o existiendo no le ofrezca condiciones de calidad de vida al nieto, es perfectamente posible que se otorgue la tenencia solo a uno de los abuelos.
- c) El nieto deberá permanecer con los abuelos con quien convivió mayor tiempo, tomando en consideración su derecho de relación lo que permite la continuidad de las relaciones referenciales de la familia.

Con estos criterios es posible que los abuelos gocen de la tenencia siempre y cuando actúen como padres, asumiendo dicho rol y sea de interés directo del menor. (p. 58-59.)

2.2.9. Variación de la Tenencia

El artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes, señala que si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenara, con la asesoría del equipo

multidisciplinario, que esta se efectúe en forma progresiva de manera que no produzca daño o trastorno.

La tenencia establecida judicialmente puede ser variada por circunstancia debidamente comprobada, correspondiendo su tramitación a un nuevo proceso y es procedente cuando han transcurrido seis meses de la resolución original, salvo que esté en peligro la integridad del hijo o hija. Para darse la variación, el Juez ordenara con la asesoría de un equipo multidisciplinario, que se efectúe en forma progresiva, a fin de que no produzca daño o trastorno al niño, niña o adolescente; solo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el juez puede ordenar que el fallo se cumpla de inmediato. Al respecto en la jurisprudencia peruana también se ha determinado que “en materia de tenencia no rige el principio de cosa juzgada ya que se admite la posibilidad de modificación de la tenencia” (Plácido s.f. p. 501-502.)

Chunga (2012) con relación a la variación de la tenencia señala que el Juez tiene la facultad de variar la tenencia con la asesoría del equipo multidisciplinario si esta es necesaria, y señala también que esa variación se efectúe en forma progresiva para no perjudicar al niño o adolescente. Señala asimismo este artículo que cuando las circunstancias lo ameriten y se encuentre en peligro la integridad del niño o adolescente, el Juez por decisión motivada, ordenara en su fallo se cumpla de inmediato. (p. 112)

Asimismo, la variación de la tenencia compartida, debe estar conformado por un equipo multidisciplinario, entre expertos, obligatoriamente competentes, ya que ellos son los que están convocados a pronunciar un informe imparcial, ecuánime y sensato; concernientes a la capacidad para el ejercicio de la tenencia de los hijos. Dada esta regla el legislador confiere al Juez Especializado de Familia, un instrumento

poderoso para efectuar una valoración de los criterios formulados en materia de variación de la tenencia.

Es muy importante que se pueda acceder a variar la tenencia, debido a que la situación de las personas siempre está en constantes cambios, estos cambios no pueden afectar a los hijos, en la experiencia profesional se aprecia, que se presentan muchos casos en los que la madre o el padre que ostenta la tenencia de su hijo o hijos, vuelve a contraer matrimonio o inicia una nueva relación de convivencia, y esta tercera persona (el nuevo esposo o conviviente) no siempre tiene un comportamiento apropiado con los niños, niñas y adolescentes, y en casos extremos la nueva pareja no solo se ha visto que ha maltratado cruelmente a los niños, sino también ha llegado a abusar sexualmente de ellos, así como a dar muerte a los hijos de sus actuales parejas. Por lo antes señalado, es el motivo que la tenencia pueda ser variada.

2.2.10. Tenencia Compartida

2.2.10.1. Noción sobre Tenencia Compartida:

El Término Coparentalidad también denominada tenencia compartida, responsabilidad parental conjunta o custodia compartida.

Rabelo s.f., menciona que la Tenencia Compartida, surgió como consecuencia del desequilibrio de los derechos parentales en una cultura que desplaza al menor con el centro de su interés, dentro del contexto de una sociedad de tendencias igualitarias. La nítida preferencia reconocida a la madre para la tenencia, ya venía siendo criticada como abusiva y contraria a la igualdad entre los géneros. Asimismo señala que la tenencia compartida busca reorganizar las relaciones entre padres e hijos dentro de la familia desunida, disminuyendo los traumas consecuentes del alejamiento de uno de los padres.

Domínguez, Famá, y Herrera (2006), respecto a la Tenencia Compartida coinciden en señalar que la tenencia compartida, en un sentido genérico, es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad paternal, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales (p. 326).

La tenencia compartida no significa estar la mitad del tiempo con cada uno de los padres, implica mucho más. Para ello es necesario de parte de aquellos (padres) una comunicación fluida y una posibilidad concreta de consensuar todos los aspectos que hacen al cuidado de sus hijos. (Hollweck, Mariana Medina, Graciela, recuperado de <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Importante-precedente-que-acepta-el-regimen.pdf>)

2.2.10.2. Modalidades de Tenencia compartida

Existen modalidades de Custodia compartida, Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act (UCCJEA) da una subclasificación:

- a) **Custodia Física Conjunta:** Cuando se divide en intervalos similares la permanencia del hijo o hija con uno u otro progenitor; a la vez esta puede tomar muchas manifestaciones, implica que los padres comparten el tiempo de residencia del niño.
- b) **Custodia legal conjunta:** El hijo o hija reside exclusivamente con uno de sus progenitores, pero tiene una relación fluida con el otro, sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de

decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño, niña o adolescente.

- c) **Custodia física y legal conjunta:** En las normas norteamericanas, la custodia compartida comprende tanto la custodia legal como la custodia física; mientras que la custodia legal conjunta ha sido ya adoptada por la práctica totalidad de los estados, la custodia física conjunta es la fórmula considerada a priori como más idónea. Recogida en la Ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños.

2.2.10.3. Mutuo acuerdo de los padres

Respecto al mutuo acuerdo de los padres; este tiene dos momentos distintos: primero al optar por la custodia compartida y luego a la hora de acordar el plan de Coparentalidad.

Valorar la residencia alterna no es hacer de ella una panacea ni una obligación, ni culpabilizar a las parejas que no recurran a esa modalidad, así sentenció la ministra francesa Segolène Royal, máxima defensora de la custodia compartida en ese país que es además pionero de tales regulaciones. La posición de los legisladores es dotar a la familia de alternativas respecto a la custodia de sus hijos, no de imponer ningún modo en particular; así que siempre que haya concordia sobre una de las opciones legales se respetará la voluntad. El objetivo es simplemente "potenciar el mutuo acuerdo y fomentar el ejercicio de la responsabilidad de los progenitores" (Rodríguez recuperado de <http://www.monografias.com/trabajos28/custodia-compartida-disolucion-familiar/custodia-compartida-disolucion-familiar.shtml#a8#ixzz4zYLcFG00>)

Debemos señalar en palabras de Beltrán (s.f.), que la tenencia compartida, solo es viable si existe un consenso entre los progenitores, pues de ser supuesta y de no existir, una relación paterno-materna filial homogénea, esta no podrá ejecutarse debidamente ni lograr finalidad. (p. 14)

2.2.10.4. Tenencia compartida en el derecho comparado

2.2.10.4.1 En el Derecho Argentino: En Argentina, hay una tendencia a proponer la tenencia compartida de los hijos menores a aquellos padres en proceso de divorcio.

2.2.10.4.2. En el Derecho Colombiano: La tenencia compartida no está regulada en forma expresa en la ley, si está protegida a través de la decisión del juez, que se fundamenta en el principio del interés superior del niño. (Bermúdez, 2008, recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/mbermudez/2008/05/12/tenencia-compartida-en-colombia-proyecto-de-ley/>)

2.2.10.4.3. En el Derecho Mexicano: En la legislación mexicana establece que en caso de separación de los padres que ejercen la patria potestad ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrían convenir los términos de su ejercicio, especialmente en lo que se refiere a la guarda y custodia de los hijos, tácitamente está regulando la Coparentalidad como alternativa por la que pueden optar los padres. (Garay, 2009, p. 152)

2.2.10.4.4. En el Derecho Holandés: El BCN en su informe sobre los Efectos de la custodia compartida en los niños y adolescentes, experiencia extranjera, señala que, en Holanda, desde 1998 la

custodia legal conjunta de los padres después del divorcio, ha sido la regla en este país (90% de los casos), sólo se hace la excepción, en el caso de que a petición de cualquiera de los padres se solicite al tribunal una atribución exclusiva para uno de ellos, con base en el interés del menor. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los niños viven con un solo padre, generalmente la madre (siendo la frecuencia del contacto con el otro padre un tema fundamental de la política holandesa) mientras el 16% de los hogares tiene custodia compartida con alternancia de residencia (desde 1998 al 2008, el número de estos hogares ha aumentado del 5% al 16%).

2.2.10.5. TENENCIA COMPARTIDA O COPARENTALIDAD EN EL PERÚ

2.2.10.5.1. Marco Legal sobre Tenencia Compartida en el Perú

Las principales normas relacionadas a la tenencia compartida son las siguientes conforme lo señala Melchor, (2015), son las siguientes:

NORMA	ARTÍCULO	DESCRIPCIÓN
Constitución Política del Perú 1993	Artículo 6º: La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y las informaciones adecuadas y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos	Promueve la paternidad y maternidad responsable. Asimismo, reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. Señala que es el deber y derecho de los padres es alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los

<p>tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.</p> <p>Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.</p>	<p>hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.</p> <p>Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes.</p>
---	--

La Tenencia compartida fue introducida al ordenamiento legal a través de la ley N° 29269, publicada el 17 de octubre del 2008, y mediante la citada norma se modificó 81° y 84° de la Ley N° 27337 el código de los niños y adolescentes.

NORMA	ARTÍCULO	DESCRIPCIÓN
<p><u>Ley 27337</u></p> <p>Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes 8 de agosto del 2000.</p>	<p>Artículo 81°: Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.</p>	<p>Precisa que en caso de los padres separados, se determina la tenencia de común acuerdo. Y si por alguna razón causara perjuicio a los niños, niñas o adolescentes, por no existir acuerdo entre los padres, entonces la tenencia lo resolverá el juez especializado.</p>
	<p>Artículo 84°: En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y c) para el que no</p>	<p>Al no existir acuerdo, el juez tendrá en cuenta al momento de resolver, que el menor permanecerá con quien haya convivido mayor tiempo, el menor de 3 años permanece con la madre, y se señalará un</p>

	<p>obtenga la tenencia o custodia del niño o del adolescente debe señalarse un régimen de visitas.</p>	<p>régimen de visita en caso no se obtenga la tenencia del niño o adolescente.</p>
<p><u>Ley 29269</u></p> <p>Ley que modifica los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes incorporando la Tenencia Compartida.</p>	<p>Artículo 81°: Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.</p>	<p>Con la modificatoria del artículo 81°, el juez puede disponer la tenencia compartida, tal como se distingue en su segundo párrafo, salvaguardando el interés superior del niño, niña o adolescente.</p>
	<p>Artículo 84°: En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas. En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.</p>	<p>En el artículo 84°, con la modificatoria, el juez otorga a uno de los progenitores que mejor garantice la tenencia del niño, niña o adolescente a mantener en contacto con el otro progenitor.</p>

2.2.10.5.2. Criterios que determinan que proceda la tenencia compartida

Entre los criterios que existen y que hacen posible considerar la aplicación de la custodia compartida, tenemos, por ejemplo, en primer lugar, el reconocimiento de ambos padres, de la importancia del papel que juegan ambos en el crecimiento y desarrollo integral de los hijos y sus nuevas responsabilidades. Asimismo, está la importancia de ambos padres que tengan claro el papel de cada uno en la crianza y desarrollo de los menores, durante y después de los acuerdos a los que lleguen y que sean confirmados por la autoridad judicial competente; también la posibilidad de llegar a acuerdos, evaluada por el juez, entre los padres es un elemento esencial para poder confirmar y resolver a favor de la custodia compartida, y por último, cuando ambos padres mantienen una alta autoestima, flexibilidad, y apertura al apoyo y la ayuda mutua a favor de los hijos, independientemente del divorcio y sus causas, por tanto no representen una amenaza para la convivencia y desarrollo de los menores con alguno de los padres. (Pérez, 2004)

Con la modificatoria introducida por la Ley N° 29269, del dieciséis de octubre de dos mil ocho, en los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes antes señalada, en nuestro ordenamiento jurídico existe la posibilidad de promover la tenencia compartida o Coparentalidad de los menores, en la cual “ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad queda incólume, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola (...). Los hijos viven de manera alternativa y temporal

con uno y otro progenitor, las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable”.

En ese sentido, la figura jurídica de la tenencia compartida como lo señala la Casación N° 3767-2015-Cusco, debe entenderse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que resalta la importancia de que el niño no sea separado de sus padres, sino cuando sea estrictamente necesario para preservar su interés.

Asimismo, la casación mencionada en el párrafo anterior, en su fundamento noveno, señala que:

La tenencia compartida presupone la separación de hecho de los padres del menor, y se hace necesario para concederla que entre éstos exista -o sea probable- una relación de colaboración y coordinación constante, toda vez que sólo con ello puede garantizarse que puedan compartir armoniosamente el cuidado del menor, los gastos de su sustento y otras responsabilidades en aras de su bienestar. Si dicha colaboración no es posible por la conducta negativa o confrontacional de uno de los padres, no puede establecerse una tenencia compartida, por tratarse de una situación interpersonal conflictiva, que pondría en mayor riesgo la integridad emocional y física del menor por el actuar irresponsable de sus padres.

Chong (2015), señala que deben considerarse diversos lineamientos:

- a) **Actividad de los Padres:** Lo cual es imprescindible considerar, ya que un progenitor que tiene flexibilidad en sus horarios de trabajo o facilidad para solicitar permisos especiales para coadyuvar en la

formación de sus hijos podrá ejercer mejor la Tenencia Conjunta, permitiéndoseles, por ejemplo: Acudir a sus reuniones escolares sean actuaciones, entrevistas., actividades deportivas, etc.

Los cuales suelen ser más importantes durante los primeros años de su vida del niño, ya que en la adolescencia los hijos suelen buscar independencia emocional respecto a sus padres como los siguientes aspectos:

- 1. Estabilidad emocional de los padres y los hijos:** Es fundamental en cuanto permitirá a los progenitores coordinar y determinar las pautas de crianza en conjunto, evitando que los niños y adolescentes desacaten los lineamientos por estos. Los padres inestables perjudican a sus hijos, en tanto limitan el rol del otro progenitor o, peor aún, limitan el desarrollo de sus hijos pues los crían inseguros y con poca autoestima.
- 2. Cumplimiento cabal del Rol Paternal:** En relación a que los padres por lo que si bien pueden ser amigos de sus hijos no deben perder la autoridad de respecto a ellos, ya que son personas en formación que requieren de un guía que les pueda dar amor, consejos, valores y sobre todo que los lleve a un desarrollo Integral de su personalidad.
- 3. Voluntad del progenitor de ejercer la tenencia.** - Es primordial que el deseo de ejercer la tenencia surja de ambos padres, en tanto, imponerle a un progenitor la tenencia del hijo es perjudicial para este, por lo que, en nuestra opinión, la Tenencia Compartida más que una solución que otorgue el Juez, debe ser una decisión conjunta de ambos padres, o a pedido expreso de quien no vive con el hijo.

Y en casos en que sea el Juez quien determine la Tenencia Compartida, es menester que luego de expedida la Sentencia Judicial, se ordene un seguimiento en la Etapa de Ejecución, sea a través de visitas Sociales Inopinadas o a través de citaciones que el Juez efectúe cada cierto tiempo para corroborar que se estén cumpliendo los Parámetros establecidos en su Resolución Judicial.

- 4. Lugar de Residencia de los Padres.** - En consideración a que cuanto más cerca vivan los progenitores será más viable el desarrollo del niño en torno a sus padres.
- 5. Edad del Niño o Niña:** Cuanto más pequeño sea el niño mayor tiempo necesita estar con ambos padres; recordemos que los hijos adolescentes tienen Derecho a desarrollarse sus propias actividades en tanto se están preparando para afrontar el futuro, por lo que los padres contribuirán en su formación en los diez primeros años de su vida.
- 6. Voluntad del niño y adolescente de acuerdo a su edad:** Los niños pequeños son más permeables a los cambios, mientras que los adolescentes están más identificados con el grupo social que los rodea, así como con los intereses propios de su formación.
- 7. Aseguramiento del bienestar del hijo:** En todo sentido, sea material como personal, físico y emocional. Para ello, los padres deben encontrarse en un adecuado estado de salud integral, pues sino le transmiten sus defectos y deficiencias, lo que afecta directamente su personalidad y su bienestar. (p. 47-50)

2.2.10.5.3. Derechos y atributos aquellos que ejercen la Tenencia

Compartida:

Aguilar Llanos refiere que quien ejerce la tenencia, no sólo goza del derecho de vivir con el hijo, sino que también ejerce los demás atributos que confiere la patria potestad, tales como dirigir su proceso educativo (generalmente, viene a ser el representante legal del menor en el centro de estudios), guía sus relaciones con terceras personas, gobierna incluso sus comunicaciones, en la mayoría de los casos viene a ser el único representante legal, pues el hecho de tenerlo en su compañía permite ello, los corrige moderadamente, aprovecha de los servicios de sus hijos, en cuanto ello no atente contra la salud, ni su proceso educativo, administra los bienes del menor (en el caso que los tuviera). En cuanto al usufructo legal, si bien es un derecho de ambos padres, quien tiene al menor consigo gobierna estos frutos, pues estos atributos, y otros, que aparentemente son de los dos padres, en los hechos son ejercidos en exclusividad por el padre o madre que goza de la tenencia, entonces cuando se alude a la tenencia compartida, una primera aproximación a lo que podría entenderse como tal, no sólo es distribuir el tiempo de convivencia con el menor por ambos padres, sino también distribuir todas estas facultades mencionadas a favor de ambos padres, todo ello en vista del interés superior del niño y adolescente. (p. 195)

2.2.10.5.4. Ventajas que ofrece este régimen podrían resumirse de la siguiente manera:

Garay (2009) refiere que “la fórmula de Coparentalidad más idónea es la que permita al hijo o hija un mayor disfrute de la presencia y cuidados de ambos padres” (p. 166).

Entre las ventajas de la Coparentalidad, siguiendo a Garay (2009) señalamos lo siguientes:

a) Para los padres.

- ✓ Ambos padres se mantienen guardadores, es decir, ambos continúan criando activamente. Ninguno de los dos queda marginado, ni alejado de los hijos.
- ✓ Calificación en la aptitud de cada uno de ellos. La idoneidad de cada uno no es discutida, es reconocida y útil en el ejercicio de su rol como progenitor
- ✓ Se equiparán ambos padres en cuanto al tiempo libre para la organización de su vida personal y profesional. La carga de la crianza no recae en uno sólo, situación que a la larga termina repercutiendo en los niños atento la insatisfacción del guardador.
- ✓ Se comparten los gastos de manutención. Hay una mayor cooperación ya que este sistema fomenta los acuerdos entre los padres en beneficio de los hijos.
- ✓ Mayor cooperación. Es indudable que este sistema fomenta el entrelazado de acuerdos de cooperación entre los padres en beneficio de los hijos.
- ✓ El esfuerzo de los progenitores en superar sus cuestiones personales para estar cerca de sus hijos ayuda a la incorporación en el nuevo grupo familiar a cada uno de los padres.

b) Para los hijos.

- ✓ Convivencia igualitaria con cada uno de los padres. Los hijos sienten que no han perdido a ninguno de los dos y beneficia su autoestima el observar los esfuerzos de sus progenitores para estar cerca de ellos.
- ✓ Los niños no padecen el sentimiento de abandono que suele provocar la situación de ruptura familiar, lo que beneficia notoriamente su autoestima.
- ✓ Inclusión en el nuevo grupo familiar de cada uno de sus padres. Los niños se sienten parte integrante de cada nueva familia, enriqueciéndose muchas veces con las presencias de nuevos cónyuges y nuevos hermanos.
- ✓ Mayor comunicación. La misma dinámica de este sistema fomenta una mejor comunicación paterno o materno-filial, incluso mejor aún que los hijos provenientes de familias intactas.
- ✓ Menos problemas de lealtades. La cooperación derivada de compartir la tenencia entre padres, elimina o reduce los cambiantes compromisos de lealtad de los hijos hacia cada padre que provoca la tenencia monoparental.
- ✓ Buen modelo de roles parentales. Los niños aprenden a ser solidarios, a compartir, a resolver los problemas mediante acuerdos en vez de litigios, a respetarse entre géneros. (p. 166-168)

2.2.11. Código del niño y los Adolescentes

a) Artículo 81°

Aguilar Saldivar (2009) refiere que el resultado de un proceso de tenencia antes de la modificación tenía el siguiente resultado en la mayoría de procesos, la tenencia para la madre y un régimen de visitas para el padre y que en el mejor de los casos, podía ser un régimen abierto, libre y sometido a la voluntad del menor y disponibilidad del padre que visita (...), asimismo desde un enfoque socio cultural, la situación de vulnerabilidad de la mujer como cabeza de una familia: por un lado, la de ser la proveedora económica de dicho núcleo; por otro, la de ser la organizadora de las tareas domésticas y de cuidado de los hijos. De allí que surge la necesidad de encontrar un trato igualitario para el goce de sus derechos en igualdad de condiciones tanto para el varón y la mujer; por lo que surge el criterio de alternancia en el cuidado de los hijos con la figura de la tenencia compartida. (Recuperado de <http://www.derechoycambiosocial.com/revista016/tenencia%20compartida.htm>)

Es así con la incorporación de la tenencia compartida en el artículo 81° del Código de los niños y adolescentes, mediante la Ley N° 29269, donde las posibilidades por optar por este régimen más favorable para el menor, teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño en todo momento, asimismo pese a la separación de sus padres, el menor puede seguir gozando de ambos padres, así también una forma de imponer a los padres el deber de continuar en la tarea de ser padres, esto es, que ambos padres sigan en la misma condición de

cumplir con sus deberes y sus mismos derechos a favor del menor, de los que tenían hasta antes de separarse.

b) El artículo 84°

Siguiendo a Aguilar Saldivar (2009), ante un proceso de tenencia interpuesto por uno de los padres ante la separación, y ante la ausencia de una conciliación por ambas partes, le corresponde al Juez resolver, y este deberá guiarse por los criterios que establece el artículo 84°. El Juez, deberá inclinarse por quien contribuya y facilite mantener la relación familiar entre el otro progenitor y los hijos. Este criterio se basa en las posibles disputas y controversias que existen cuando, después de separada la pareja, quien ostenta la de los hijos, impide sistemáticamente a la otra parte a mantener contacto con sus hijos, como una especie de castigo consciente, o por simple venganza e ignorancia, perjudicando el normal desarrollo de los niños o adolescentes involucrados, quienes tienen derecho a continuar en contacto con ambos progenitores, aún después de la separación.

Ahida Aguilar (2009) refiere que el artículo 84° tiene como objetivo la búsqueda del afianzamiento del vínculo afectivo entre padres e hijos o madre e hijos, después de la separación de estos; y demostrar a los hijos con esa actitud, que ellos no están inmersos en el problema, y que independientemente de las diferencias conyugales o de pareja, existe un lazo consanguíneo que debe alimentarse: el lazo paterno-materno-filial.

2.2.12. Derechos del Niño y el Adolescente

Garay (2009) refiere que actualmente se considera que es un derecho humano del niño, la niña y del adolescente el vivir con sus padres y ser cuidado por ellos, por tanto, se hace imprescindible que sea respetado por parte del Estado a través de acciones positivas que lo hagan cumplir. (p. 124)

El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que la familia es un grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, por lo que estos deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Señalando así que el niño, para su pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Asimismo, el Artículo 1° de la Convención de los Derechos del Niño establece que para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Y si bien en el párrafo que precede la Convención no establece edad mínima, el Código de Niños y Adolescentes del Perú lo hace, señalando en su Artículo I del Título Preliminar del código de los Niños y Adolescentes, en el cual menciona que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

Así, el Artículo 7°.1 de la Convención antes mencionada establece como derecho del niño, en la medida de lo posible, a ser cuidado por sus padres, en concordancia con el artículo 5° reconociéndosele la responsabilidad a los padres, o en su caso de “los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local”; asimismo con el artículo 9° donde se establece que los Estados partes velarán porque el niño o niña no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal es necesaria en el interés superior del niño o niña; tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño o niña sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño o niña (primer párrafo). Siendo evidente que la Convención lo que busca es que las relaciones paterno-filiales continúen, aunque los padres estén separados; el artículo 18°, reconoce el principio de que ambos padres tienen obligaciones en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, y que los Estados partes deberán prestar la asistencia apropiada (Garay, 2009).

Garay (2009) señala que el derecho a ser “cuidado” por ambos padres implica una participación que no consiste simplemente en que uno de los padres pase al otro la pensión alimenticia del hijo o hija. El derecho a ser cuidado por los padres se centra en el ejercicio compartido de las responsabilidades parentales entre el padre y la madre, reconociéndose además la igualdad de ambos padres para asumir los mismos deberes y derechos, con prescindencia del origen de la filiación. (p. 127)

2.2.13. Principio del Interés Superior del Niño

En la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, constituye un instrumento internacional vinculante para los Estados Partes respecto del tratamiento de la infancia. Dicho instrumento internacional, inspirado en la denominada “Doctrina de la Protección Integral”, reconoce a los niños, niñas y adolescentes un conjunto de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales cuyo sustento se resume en cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el respeto de la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten. (Sokolich, 2013, p. 82)

El artículo 3° de la Convención hace mención sobre el principio del Interés Superior del Niño, el cual es recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes peruano, preconiza que todas las medidas concernientes a los “niños” a ser adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener como suprema consideración su “interés superior”. (Artículo 3° de la Convención sobre los derechos del Niño)

Sokolich (2013) sobre el Principio del Interés Superior del Niño refiere que debe ser la guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial; sin embargo, su sola enunciación no constituye razón ni justificación suficiente de la decisión; peor aún, no puede instituirse como herramienta de la arbitrariedad, sino que, por el contrario, debe ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el caudal probatorio aportado al proceso, a partir del cual el Juzgador utilizando su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño. (p. 84)

El Principio del Interés Superior del Niño resulta importante toda vez que es invocado y aplicado mayoritariamente por los operadores de justicia al momento de decidir o resolver una controversia en la cual se encuentra involucrado un niño, una niña o un adolescente. Garay (2009) refiere que principio que se define por la indivisibilidad e integralidad en la protección de los derechos, es así como los niños son parte de la humanidad; es un derecho humano del niño, niña y del adolescente el vivir con sus padres y ser cuidado por ellos, sin embargo este derecho se flexibiliza ante el divorcio o separación.

En ese sentido, corresponde a los operadores de justicia garantizar el respeto y observancia del Principio del Interés Superior del Niño, debiendo recordar que la Constitución Política del Perú en su artículo 4° prevé que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

Aguilar Saldivar (2009) manifiesta que la implementación de la tenencia compartida en nuestro ordenamiento es una forma objetiva de aplicar el principio en mención, es un paso adelante en la búsqueda del bienestar de los menores cuyos padres decidieron separarse, debido a que invita a los hijos a continuar manteniendo vínculos con las dos ramas familiares, aspecto esencial en su desarrollo; sean cuales fueren las relaciones entre los padres, el hijo necesita querer a su padre y a su madre, para desarrollarse emocionalmente en buenas condiciones.

2.2.14. La Opinión del Niño, Niña y Adolescente

En relación a la opinión del niño, niña y adolescente el artículo 12° de la Convención de los Derechos del niño, consagra este principio, señalando lo siguiente:

1. Los Estados partes garantizan al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

La Convención sobre los derechos del Niño desplaza el enfoque tutelar basado en la idea de niño objeto de control hacia el enfoque de protección, fundado en la concepción del niño sujeto titular de derechos; desde esta perspectiva, la acción jurisdiccional del Estado está dirigida a dar protección a los niños y adolescentes y debe dejar de tutelar a los sujetos, para comenzar a proteger sus derechos; sin embargo, en el Perú existe un considerable desfase entre lo establecido teórica y legalmente, y lo que efectivamente sucede en la práctica; apreciándose especialmente en los casos de nula o escasa participación del niño, la niña y el adolescente en los procesos en los que están implicados, no dando lugar a su intervención, limitando así sus derechos y no garantizando su defensa. (Garay, 2009, p. 135)

Por su parte Chunga (2012), comenta este principio señalando que “el derecho a que el niño opine, desde el momento que tiene un razonamiento cabal, es de obligatorio cumplimiento para toda autoridad administrativa o judicial que tramita con un proceso en que estén involucrados los niños, niñas o adolescentes. Por lo que debe

escucharse al niño y se tendrá en cuenta la opinión del adolescente por la autoridad respectiva” (p. 399)

Uno de los derechos más importantes del niño, niña y adolescente es de ser oído, escuchado, esto se cimienta en la intervención, participación, siendo un derecho principal, básico de todo ser humano, recogido en las numerosas consagraciones que de él se hacen en favor de los adultos, pero también en protección de los niños, niñas y adolescentes. Este derecho tiene que darse en todos los espacios, en los que se desenvuelva el niño o adolescente, en la familia, en el colegio, en su ámbito social, y también en las instituciones públicas y privadas, como en lo judicial, debiendo tomarse en cuenta, su opinión, su sentir, sobre todo en las cuestiones que le conciernen, no se debe obligar al niño, niña o adolescente a realizar alguna actividad, o acción que él no consienta, primero se le debe escuchar, y entender los motivos y las razones de sus opinión, para comprenderlos muchas veces es preciso apuntarnos en la interdisciplina.

El derecho de ser oídos, no solo debe quedar como una posibilidad, sino como un derecho, llegando a estar los adultos obligados, a oírlos, a tomar en cuenta sus opiniones, a que estas sean valoradas, no debemos considerar que los niños, niñas y adolescentes, son seres, como inadecuadamente se los llama “menores”, siendo sinónimo de minúsculos, pequeños, ellos merecen que se los trate como lo que son “sujetos de derechos”, Garay (2007) refiere que un niño debe ser oído en cualquier procedimiento judicial o administrativo del que forma parte, no solo constituyera el desarrollo de su independencia individual, sino que intervendrá y creará antecedente de credibilidad en la justicia para generaciones venideras.

Asimismo Medina y Hollweck para tomar en cuenta la evaluación y adecuada valoración de la opinión del niño deberá, tomarse en cuenta diversas circunstancias

como ser la edad, su madurez emotiva, la autenticidad de sus conceptos, las motivaciones de sus preferencias, entre otras, debiendo en cada caso examinarse cuál es el camino idóneo para poder equilibrar sus deseos con las demás pautas (p. 5)

Medina y Hollweck señalan que la opinión del niño adquiere gran importancia cuando existen problemas en la convivencia, los que pueden no ser de conocimiento de los testigos por tratarse de situaciones que solo se manifiestan dentro de la intimidad del hogar. (Recuperado de <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Importante-precedente-que-acepta-el-regimen.pdf>)

Asimismo, la Casación N° 2702-20155-Lima en su fundamento décimo tercero señala que en aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el Juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que éste demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres. Si bien es cierto, podría resultar confusa la idea de un “menor maduro”, éste debe ser entendido como aquel momento en el que el menor es capaz de acceder al ejercicio de sus derechos fundamentales inherentes a él como persona, siendo capaz de comprender las ventajas y riesgos, de diferencia de lo bueno y lo malo, y a partir de ello decidir lo adecuado sobre el tema que será materia de decisión.

Pero observamos en la práctica que en muchos juicios de tenencia de los hijos, alimentos o régimen de visitas, los niños, niñas o adolescentes sobre todos los de corta edad, son muchas veces tratados como objetos por sus progenitores, quienes lejos de

buscar soluciones a sus disputas que consideren los derechos de sus hijos, se enfrascan en cruentas batallas legales con el único fin de ganarle al otro contrincante, evidenciando de este modo una franca contraposición de intereses con sus hijos, por lo que deviene en elemental oír al principal afectado y por tanto interesado, que el hijo o hija niño, niña o adolescente. (Garay, 2009, pág. 137)

2.2.15. Formación del Menor ante la ruptura o separación de los padres

El menor tiene derecho a desarrollarse íntegramente en el seno de una familia y de no ser separado de ella sino por circunstancias especiales establecidas en la ley, con la finalidad de protegerlos. Asimismo, el menor en el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Siendo la función de la "familia" garantizar la supervivencia y el crecimiento físico del hijo, asimismo es también la promotora principal de su desarrollo social y afectivo, gracias a lo que el sujeto puede transformarse, desde el inicial individuo biológico que es al nacer, en una individualidad biopsicosocial o persona. En ello resulta esencial el establecimiento de relaciones de vinculación afectiva o de apego del niño con sus progenitores o figuras que se encarguen de su cuidado. (Vallejo, R. 2004, recuperado de http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0211-57352004000400006&script=sci_arttext)

Por lo tanto, todas las medidas que se tomen en relación a la protección del menor deben basarse esencialmente teniendo en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño, a fin de garantizar el buen desarrollo psicológico, social y emocional del menor, que a continuación pasamos a explicar:

2.2.15.1. Desarrollo Psicológico

Ante la ruptura de los padres los cambios en las relaciones de estos se acompañan de una elevada ansiedad en los hijos, especialmente cuando esta ruptura los toma por sorpresa, dadas las peculiaridades de la psicología infantil, y teniendo en cuenta que el amor y la dedicación de sus padres han desaparecido, tal sensación de pérdida lleva a los niños de todas las edades a la conclusión de que las relaciones personales armónicas son irrealizables, y, aún en los casos en que esas relaciones sigan siendo relativamente adecuadas, no hay garantías de que se mantengan en el futuro. Estas creencias suelen continuar presentes en la adolescencia y en la adultez, al estar reforzadas por la experiencia personal en los años cercanos al pos-divorcio o pos-separación, debido al interés que los padres mostraron por hacer patente el desafecto que sentían el uno por el otro. (Vallejo, Reyes; Sánchez-Barranco y Pablo, 2004)

Un Informe realizado sobre los Efectos de la custodia compartida en los niños y adolescentes, experiencia extranjera, señala que desde un punto de vista psicológico, un bebé ya al final del primer año de vida, está ligado afectivamente con ciertas figuras significativas de su entorno cercano, las llamadas figuras de apego. Asimismo señalan que estudios realizados sobre la vinculación afectiva en los primeros meses de la infancia, evidencian que los bebés desarrollan este nexo con ambas figuras parentales, relaciones que se van a enriquecer y a afianzar en los siguientes años, a partir precisamente, del proceso interactivo que se tiene con ambos.

La familia desempeña una tarea psicológica y existencial que sienta las bases, no solo de todo aquello que se refiere a las funciones de reproducción biológica y de sostén material, sino también, y principalmente, de lo que constituye el espacio afectivo donde el niño experimenta tanto la ternura y el afecto, así como también las primeras frustraciones y límites, constituyéndose en un lugar único para el aprendizaje experiencial, el cual marcará en gran medida las vivencias futuras en la adultez. (Casación N° 2702-2015, Lima, fundamento décimo primero)

2.2.15.2. Desarrollo Social

El Informe sobre los Efectos de la custodia compartida en los niños y adolescentes, experiencia extranjera, refiere que el divorcio de los padres puede desequilibrar la provisión de estabilidad afectiva y emocional en que el menor se encuentra, generando efectos negativos tanto en la salud psicológica como en el desarrollo social de los hijos, siendo múltiples los estudios que respaldan la existencia de estos efectos que el divorcio y la separación puede tener en el menor. A razón de disminuir este impacto negativo en los niños, es que se considera fundamental que el niño o niña pueda mantener una relación cercana con ambos padres, de modo tal de recrear y mantener la estabilidad de la familia intacta.

Por otra parte; Vallejo Orellana, Reyes, Sánchez-Barranco Vallejo, Fernando, & Sánchez-Barranco Vallejo, Pablo. (2004), refieren que las consecuencias de la separación o divorcio de los padres también afectan seriamente el desarrollo social de los hijos, al fracturarse las redes de apoyo social con las que contaban hasta entonces. Con frecuencia, tras el

divorcio o la separación, los niños han de reubicarse en un barrio nuevo y en una escuela distinta, con la consiguiente pérdida de sus relaciones con sus iguales y con las actividades hasta entonces habituales, viéndose obligados a realizar un muy costoso esfuerzo adaptativo a esos nuevos contextos. Junto a estas circunstancias, en el hogar se encuentran con unas funciones paternas seriamente disminuidas, justo en el momento en el que necesitan más que nunca de un entorno estable y sensible, para desarrollar su personalidad tanto fuera como dentro de la "familia". Con frecuencia, los cambios consecuentes a la separación obligan a algunos de los hijos a asumir una serie de responsabilidades dentro del hogar, como, por ejemplo, hacer de cuidadores de los hermanos más pequeños, o, incluso, a tener que proteger a un padre o a una madre emocionalmente necesitados. Esta eventualidad puede ser motivo de orgullo para el niño e incluso favorecer el desarrollo del sentimiento de compasión y de responsabilidad moral, pero, si la situación es prolongada, el precio que han de pagar es muy alto, pues pierden la ocasión de disfrutar de los privilegios de la infancia y de la adolescencia, así como de importantes aspectos de su desarrollo social.

El fundamento décimo cuarto de la casación N° 2702-2015, Lima manifiesta que los padres antes de tomar cualquier decisión que afecte al menor, deberán tener en cuenta que: “El menor vive en un permanente y creciente proceso de socialización, a través del cual va consolidando vínculos cada vez más amplios con otras personas, incrementando sus actividades sociales, escolares, deportivas, acordes a su edad y desarrollo. Por sí misma, la desunión de los padres le ocasiona una desestabilización

que debe procurar neutralizarse tanto como sea posible, en el entendimiento de que ello contribuye, en principio, a consolidar y favorecer un proceso evolutivo normal, que posibilitará su mejor inserción en el medio social.

2.2.15.3. Desarrollo Emocional

Cuando los padres deciden separarse o divorciarse, este proceso es muy complejo y ante esta situación quienes directamente resultan afectados son los hijos en su desarrollo y estabilidad emocional; evidenciándose así en el menor un temor de pérdida de los padres, asimismo tienen una reacción de ansiedad y angustia durante el conflicto y tras la separación de los padres; en esta etapa donde los padres entran en conflicto y el menor tiene el deseo de que sus padres vuelvan a estar juntos, y no aceptan que esto no es posible mostrándose muy tristes e infelices. Incluso es probable que aparezcan trastornos en el sueño y la alimentación.

Si el momento de la separación o el divorcio de los padres ocurren siendo los hijos menores de seis años, sus primeras reacciones son de temor y de una profunda sensación de tristeza y de pérdida, conmoción e infelicidad, particularmente en el período de la ruptura y en el inmediatamente posterior. La mayor parte de ellos sienten una gran soledad, desconcierto e ira hacia sus padres, sentimientos que siguen siendo muy poderosos décadas después.

Vallejo Orellana, Reyes, Sánchez-Barranco Vallejo, Fernando, & Sánchez-Barranco Vallejo, Pablo. (2004). Separación o divorcio:

Trastornos psicológicos en los padres y los hijos, en la revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría., refieren que para los menores de seis años, perder la disponibilidad de sus padres supone el mayor precipitante de angustia, dada la escasa capacidad que poseen para reconfortarse ellos mismos, angustia que está presente tanto si los padres son afectuosos como indiferentes, extrañando mucho al padre que se ha ido, temiendo no volver a verlo jamás. Además, debido a las limitaciones cognitivas que los niños aún poseen, al temor de la desaparición de uno de sus padres se une la amenaza de que el otro también pueda irse, lo que hace más frecuente el llanto desconsolado, la intensificación exagerada de conductas de aproximación y contacto físico con la figura parental que ejerce la custodia, la aparición de conductas regresivas en la alimentación, las alteraciones en el control de esfínteres y en el ritmo del sueño, así como la aparición de conductas rituales (sobre todo en torno al momento de irse a dormir), todas ellas como medidas de control mágico de las separaciones del progenitor, dado que cualquier pérdida de la mera visión del que ejerce de custodio es vivenciada como susceptible de una nueva pérdida o abandono, con el consiguiente acrecentamiento de la angustia.

El Informe sobre los Efectos de la custodia compartida en los niños y adolescentes señala que respecto del bienestar, el lazo afectivo y el ajuste de los niños después del divorcio, independientemente de la estructura de los arreglos de custodia que se lleven a cabo, lo importante es la existencia de un buen lazo afectivo entre padres e hijos.

2.3. Definiciones Conceptuales

En la presente investigación es necesario definir las siguientes palabras, para poder comprender el sentido y la forma de uso, estas son:

1. **Actividad Judicial.** - Se denomina así a los actos procesales realizados durante el transcurso de un proceso o causa, dichos actos procesales pueden ser ejecutados por las partes, terceros legitimados o por los mismos órganos jurisdiccionales (Alfaro 2006, p.56).
2. **Carga de la Prueba.** - Obligación consistente en poner a cargo de los litigantes la demostración de la veracidad de sus proposiciones de hecho en un juicio. El requerimiento es facultad de la parte interesada de probar su proposición (Chanamé, 2014, p.176).
3. **Causal Alegada.** - Motivo o razón establecida en la ley, que un litigante invoca en un proceso para obtener un pronunciamiento a su favor (Alfaro 2006, p.203).
4. **Código del Niño y adolescentes.** - El Código del Niño y Adolescentes es una ley del gobierno peruano que garantiza y cuida que los derechos de todas las niñas, niños y adolescentes sean respetados.
5. **Conflicto Familiar.** - Es el que surge al interior de la familia, sin importar su categoría, y puede ser clasificado por: las condiciones que lo provocan; las situaciones jurídicas a desarrollarse o las situaciones legales que puedan surgir entre las cabezas de familia; es decir en diferentes niveles (Bermúdez 2012, p. 54-55).
6. **Divorcio.-** Constituye el origen de un verdadero estado de familia que restituye la aptitud nupcial de los cónyuges, sin perjuicio de la validez y subsistencia de

los efectos que el matrimonio produjo hasta que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada (Bossert y Zannoni 1989, p.264).

- 7. Derecho de Familia.** - Parte fundamental del Derecho Civil que se ocupa de las relaciones jurídicas entre personas unidas por vínculos de parentesco o de adopción (Chanamé 2014, p.319).
- 8. Desarrollo Integral.** - Proceso continuo, permanente y participativo que busca desdoblarse armónica y coherentemente todas y cada una de las dimensiones del ser humano (ética, espiritual, cognitiva, afectiva, comunicativa, estética, corporal, y sociopolítica), a fin de lograr su realización plena en la sociedad.
- 9. Divorcio.** - Según la Real Academia Española, es el término del vínculo matrimonial entre los esposos, señalado por sentencia judicial. Existe divorcio por mutuo disenso (acuerdo de las partes), o por causal (de contradicción de las partes).
- 10. Estado.** - Organización política de la sociedad, que surge en el marco de un sistema institucional. El Estado designa un conjunto de poderes instituidos que gobiernan una población en un territorio determinado (Chanamé 2014, p.262).
- 11. Familia.** - (Derecho Civil). Comunidad de personas unidas por vínculos afectivos y de sangre que comparten un mismo techo. Se dice que es una institución natural porque se reconoce en la procreación, base biológica, como el hecho que la origina. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (DUDH Art. 126° inc. 3). Desde el punto de vista amplio se define a la familia como un conjunto de parientes conocidos, desde el más reciente y desde un punto de vista restringido se considera a la familia nuclear constituido por los padres y los hijos (Chanamé 2014, p.278).

- 12. Interés Superior del Niño.** - Pese a su todavía irresuelta impresión, algunas acciones jurídicas internacionales y nacionales han ido dando vida a este concepto, instalándolo como principio rector en la interpretación, aplicación y protección de los derechos de la infancia reconocidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y sentando jurisprudencia (Alegre, Hernández y Roger 2014, p.25).
- 13. Matrimonio.** - (Derecho Civil). Acto solemne por el que un hombre y una mujer se unen para hacer vida en común, constituyendo una familia (D.T.G.). / Según el artículo 234° dl Código Civil, el matrimonio es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código, a fin de hacer vida en común (Chanamé 2014, p.387).
- 14. Patria Potestad.** - Es el conjunto de derechos y deberes que ejercen de manera paritaria la madre y el padre al momento que se configura la filiación de la prole.
- 15. Persona.** - Sujeto capaz de obligaciones y derechos. La Doctrina ha establecido dos clases de personas clásicas: la natural y la jurídica. // Ente capaz de asumir derechos y obligaciones. Se entiende como tal al ser humano (Chanamé 2014, p.432).
- 16. Reagrupación Familiar.** - Se produce por causas de alejamiento consentido por migración de una de las cabezas de familia sin que medie conflicto familiar de por medio (Bermúdez 2012, p. 67).
- 17. Reconciliación Familiar.** -Se produce cuando el conflicto familiar es solucionado, dándose por concluido los efectos de la crisis y de los hechos que provocaron el conflicto, sin que ello implique la reunificación familiar o la

generación de una relación afectuosa entre los antiguos contendientes (Bermúdez 2012, p. 67).

18. Separación de Hecho. - Es la decisión de alejamiento de la vida marital tomada por uno de los cónyuges o por ambos; lo que distingue o caracteriza a la separación de hecho es que esto no genera una demanda de divorcio (Chanamé 2014, p.711).

19. Tenencia. - Desde el punto de vista jurídico la Tenencia es la situación por el cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía.

20. Tenencia compartida. - Situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o conyugal, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos.

21. Tutela. -De modo genérico, por tutela se entiende “protección, amparo, defensa, apoyo”. //De modo específico, constituye en el Derecho Civil (especialmente en el Derecho de Familia) una “institución supletoria de amparo familiar”, aplicada al menor de edad, cuando no está bajo la patria potestad (Alfaro 2006, p.943).

22. Valoración de la Prueba. - También se le conoce como libre valoración, “valoración de acuerdo con la sana crítica” o “libre apreciación de la prueba por el Juez”. // Dícese en cuanto a su apreciación en el juicio, por el Juez o tribunal que haya de resolver. // Apreciación subjetiva que hace el magistrado en juicio, respecto de las pruebas producidas por las partes. Esta valoración se informa con las reglas de la “sana crítica” o “libre convicción” (Alfaro 2006, p.967).

23. Vínculo Familiar. - Son las relaciones de parentesco, por consanguinidad o afinidad entre personas de niveles generacionales diferentes; sin embargo, este

nivel de relación no implica necesariamente un contacto permanente o constante entre dos individuos miembros de una unidad familiar (Bermúdez 2012, p. 80).

2.4. Formulación de Hipótesis:

2.4.1. Hipótesis General:

Si la tenencia compartida surte efectos positivos en la formación psicológico y social del menor en el distrito judicial de Huaura año 2016, entonces, los jueces deben adoptar las medidas necesarias para otorgar dicha tenencia, considerando el interés superior del niño.

2.4.2. Hipótesis específicas

- ✓ El Estado contribuye a la estabilidad emocional del menor en el distrito de Huaura en el año 2016, siempre que brinde los mecanismos legales y de apoyo de instituciones públicas a los menores y adolescentes.
- ✓ Los jueces de familia deben tomar en cuenta la opinión del menor para que se otorgue la tenencia compartida, siempre que esta le beneficie y teniendo en consideración el interés superior.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Diseño Metodológico

3.1.1. Tipo:

La investigación es aplicada de nivel descriptivo-correlacional, considerando que se describirá a la variable y sus dimensiones. (Hernández, Fernández y Baptista, 2003. Pág. 63) los efectos positivos de la tenencia compartida; de diseño no experimental, porque no se manipula ninguna de las variables independientes, es decir, no se ejerce ningún experimento con ninguna de las variables para poder validar la hipótesis; y transversal, esto es según la frecuencia de la aplicación de los instrumentos, y en la presente investigación los instrumentos se aplicarán una sola vez.

3.1.2. Enfoque:

El enfoque es mixto (cualitativo y cuantitativo), porque el abordaje de los datos sobre el tema será desde el aspecto cualitativo y cuantitativo. El enfoque es cualitativo, porque se estudia sobre los fundamentos del Juez al momento de resolver un proceso de tenencia.

3.2. Población y muestra

3.2.1. Universo

La presente investigación se ejecutará en el distrito judicial de Huaura, al respecto como universo tenemos:

Personas:

- Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Huaura: Magistrados; de los cuales se encuentran en juzgados especializados, abogados y estudiantes de derecho de la UNJFSC. 45 personas

Documentos

- Universo: Todos los expedientes de la corte superior de justicia de Huaura; de los cuales son de materia penal, familia, civil, laboral, contencioso administrativo, constitucional.

3.2.2. Población

La población materia de estudio se circunscribe a las unidades de observación siguientes:

Personas:

- Magistrados de la corte superior de justicia de Huaura: 03 magistrados que se encuentran en la especialidad de familia, entre ellos en: Juzgados de Familia y Juzgados de Familia Transitorios.

Documentos

03 expedientes sobre tenencia.

3.2.3. Muestra

Para realizar la muestra no es posible utilizar la formula, porque resultaría una muestra mínima, en tal sentido, de la población materia de estudio se utilizará el 100% para la muestra:

Personas

N: 45 personas (magistrados, abogados y estudiantes, es decir el total de la población)

Error máximo aceptable: 0%

Porcentaje estimado de la muestra: 100%

Nivel deseado de confianza: 100%

Documentos

N: 03 expedientes (total de la población)

Error máximo aceptable: 0%

Porcentaje estimado de la muestra: 100%

Nivel deseado de confianza: 100%

Para la ejecución de la investigación, se procede conforme a un criterio lógico-racional de la población materia de estudio.

3.3. Operacionalización De Variables E Indicadores:

VARIABLES	INDICADORES	INDICES	ITEMS
TENENCIA COMPARTIDA	Normas positivas	Convención sobre los Derechos del Niño	Pregunta
		Constitución Política del Perú	
		Código Civil	

		Código del niño y adolescente	
	Interés Superior del Niño	Artº 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño	Pregunta
		Protección del menor	
		Opinión del menor	
		Decisión Judicial	
ADECUADA FORMACIÓN PSICOLÓGICA Y SOCIAL DEL MENOR	Obligación del Estado	La convención sobre los Derechos del Niño	Pregunta
		La constitución Política del Perú	
	Atención psicológica	Acompañamiento paterno filial	Pregunta
Acompañamiento materno filial			

3.4. Técnica de recolección de datos

3.4.1. Técnicas a emplear

La técnica viene a constituir la parte operativa de la presente investigación y está constituido por el conjunto de reglas y operaciones para el manejo de los instrumentos; en tal sentido para el acopio de datos, su registro y manipulación se realizará a través de la observación no experimental, el cuestionario y el estudio de casos. La selección de datos es relevante y necesaria para comprobar las hipótesis.

3.4.2. Descripción de la Instrumentos:

- a) **El cuestionario:** Este instrumento de recolección de datos está compuesto por un conjunto de preguntas respecto de las variables del problema de investigación.
- b) **Análisis documental:** Esta técnica nos permite analizar diversos expedientes judiciales, análisis doctrinario de las diversas referencias bibliográficas, así como de la jurisprudencia existente.
- c) **Acopio documental:** acopio de datos de los expedientes de los juzgados de familia Huaura, año 2016.
- d) **Observación científica:** Que nos permitirá evaluar cómo evoluciona la problemática en la realidad fáctica.
- e) **Uso de Internet:** Al que recurriremos con la finalidad de obtener datos e información teórico-científica recientes con relación a la problemática descrita en esta investigación.

3.5. Técnicas para el Procesamiento de la Información

El procesamiento de datos se realizará teniendo en cuenta:

Método del tanteo; el que se utiliza principalmente para muestras sencillas y poco complejas; en esta investigación se toma en cuenta un reducido número de personas, procediendo al balance de datos sin contratiempos.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

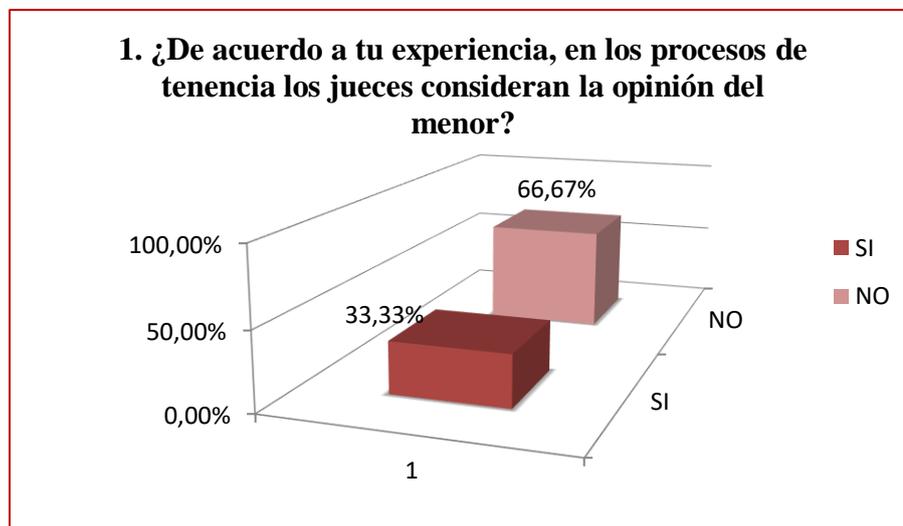
4.1. Presentación de cuadros, gráficos e interpretaciones.

4.1.1. Tablas

Fuente: Elaboración propia de las autoras.

TABLA N° 01		
1. ¿De acuerdo a tu experiencia, en los procesos de tenencia los jueces consideran la opinión del menor?	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	15	33.33%
NO	30	66.67%
TOTAL	45	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:

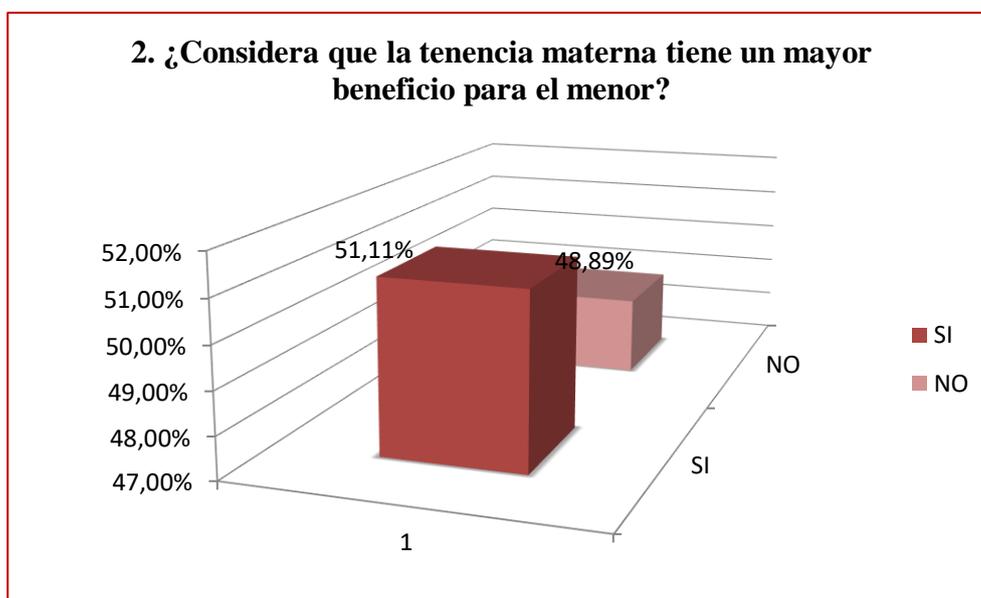


De la figura 01, que representa a la siguiente pregunta ¿De acuerdo a tu experiencia, en los procesos de tenencia los jueces consideran la opinión del menor? Indicaron: un 33.33% en los procesos de tenencia, si consideran la opinión del menor y un 66.67% señalaron que no consideran la opinión del menor.

Fuente: Elaboración propia de las autoras.

TABLA N° 02		
2. ¿Considera que la tenencia materna tiene un mayor beneficio para el menor?	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	23	51.11%
NO	22	48.89%
TOTAL	45	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura

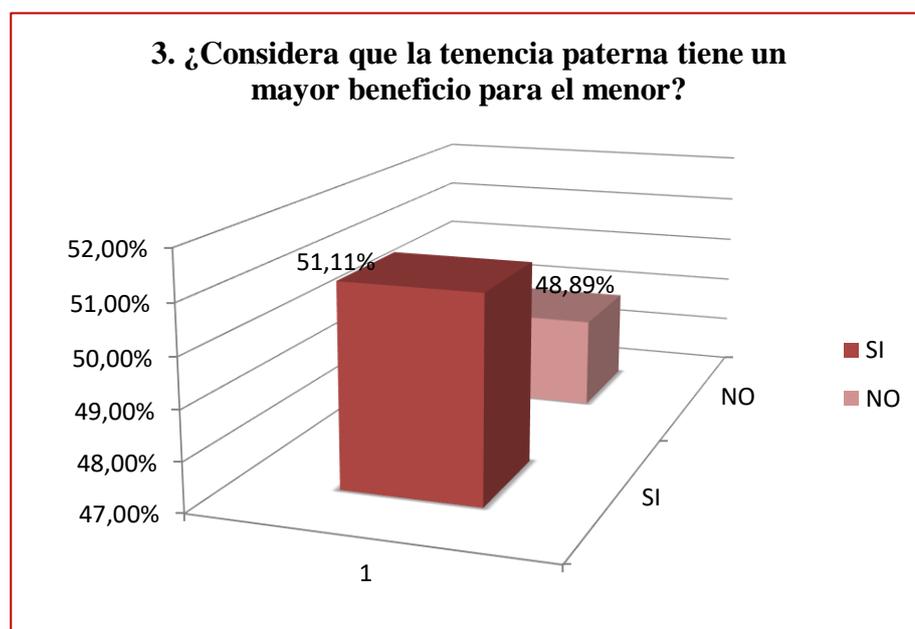


De la figura 02, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera que la tenencia materna tiene un mayor beneficio para el menor? Indicaron: un 51.11% que la tenencia materna tiene mayor beneficio para el menor y un 48.89% señalaron que no tiene mayor beneficio para el menor.

Fuente: Elaboración propia de las autoras.

TABLA N° 03		
3. ¿Considera que la tenencia paterna tiene un mayor beneficio para el menor?	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	23	51.11%
NO	22	48.89%
TOTAL	45	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura

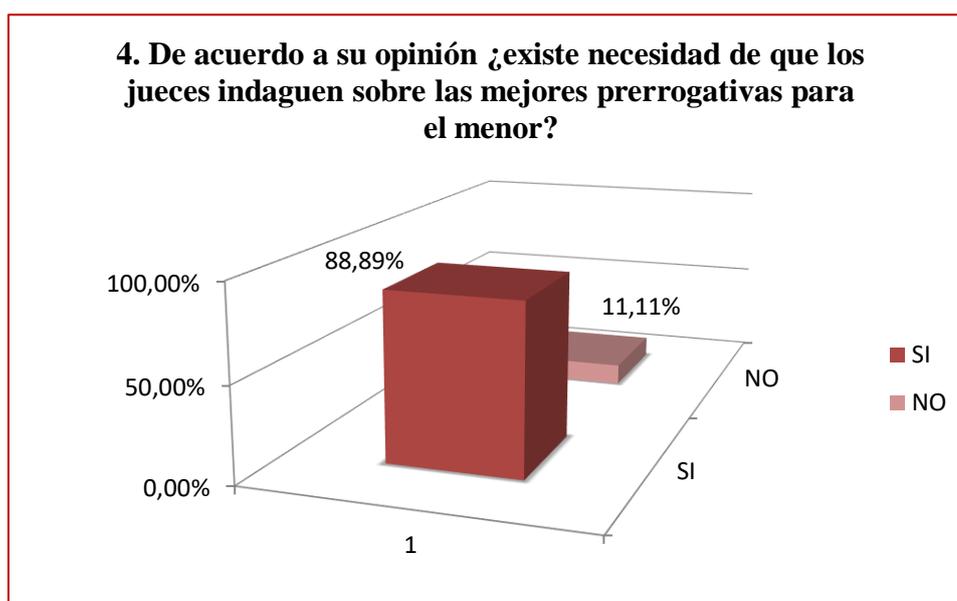


De la figura 03, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera que la tenencia paterna tiene un mayor beneficio para el menor? Indicaron: un 51.11% que la tenencia paterna tiene un mayor beneficio para el menor y un 48.89% señalaron que la tenencia paterna no tiene un mayor beneficio para el menor.

Fuente: Elaboración propia de las autoras.

TABLA N° 04		
4. De acuerdo a su opinión ¿existe necesidad de que los jueces indaguen sobre las mejores prerrogativas para el menor?	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	40	88.89%
NO	5	11.11%
TOTAL	45	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura

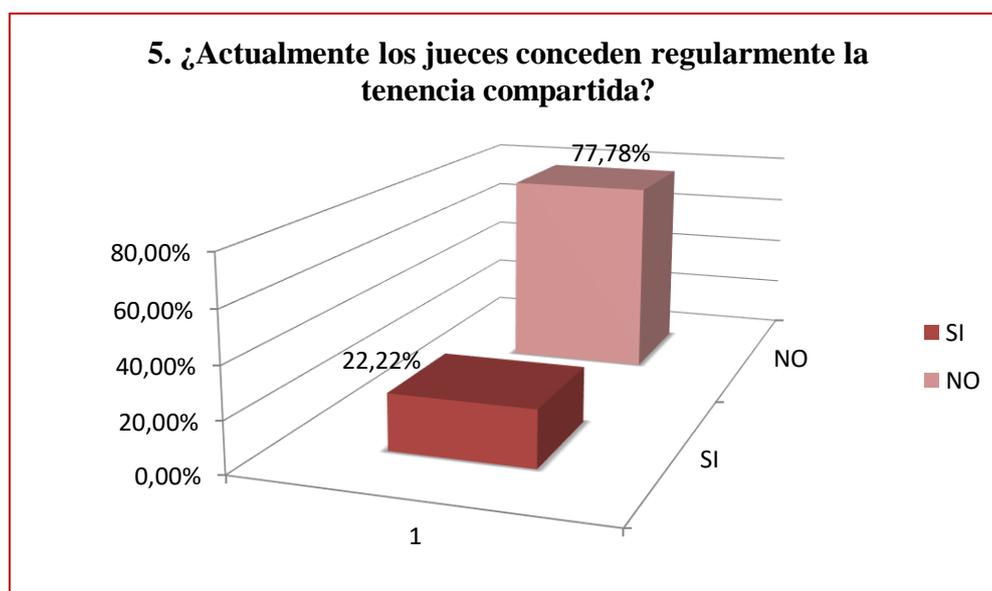


De la figura 04, que representa a la siguiente pregunta De acuerdo a su opinión ¿existe necesidad de que los jueces indaguen sobre las mejores prerrogativas para el menor? Indicaron: un 88.89% que si hay necesidad que los jueces indaguen sobre las mejores prerrogativas para el menor y un 11.11% señalaron que no hay necesidad que los jueces indaguen sobre las mejores prerrogativas para el menor.

Fuente: Elaboración propia de las autoras.

TABLA N° 05		
5. ¿Actualmente los jueces conceden regularmente la tenencia compartida?	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	22.22%
NO	35	77.78%
TOTAL	45	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura

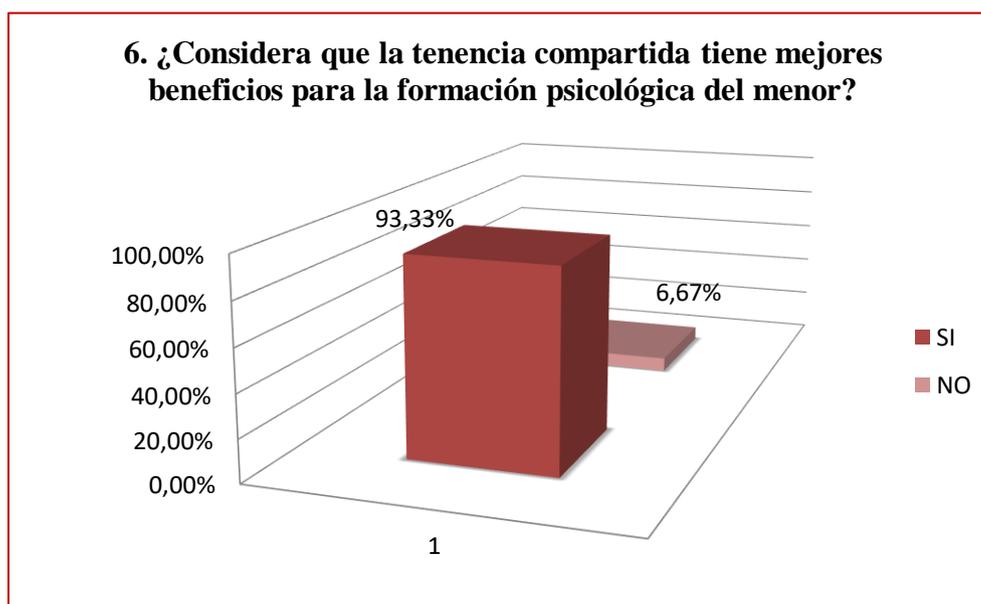


De la figura 05, que representa a la siguiente pregunta ¿Actualmente los jueces conceden regularmente la tenencia compartida? Indicaron: un 22.22% que si actualmente los jueces conceden regularmente la tenencia compartida y un 77.78% señalaron que actualmente no se conceden regularmente la tenencia compartida.

Fuente: Elaboración propia de las autoras.

TABLA N° 06		
6. ¿Considera que la tenencia compartida tiene mejores beneficios para la formación psicológica del menor?	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	42	93.33%
NO	3	6.67%
TOTAL	45	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura

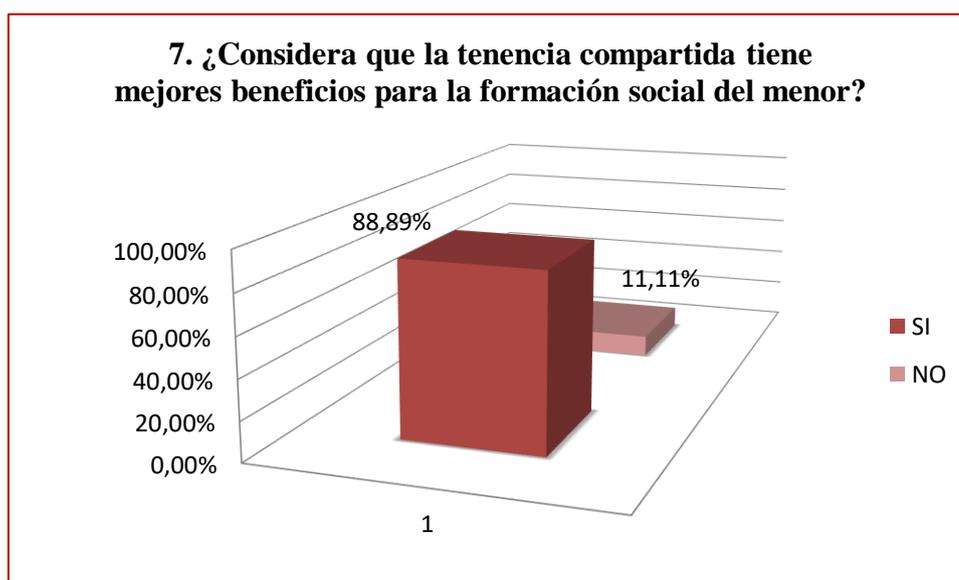


De la figura 06, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera que la tenencia compartida tiene mejores beneficios para la formación psicológica del menor? Indicaron: un 93,33% que si considera que la tenencia compartida tiene mejores beneficios para la formación psicológica del menor y un 6,67% señalaron que no tiene mejores beneficios para la formación psicológica del menor.

Fuente: Elaboración propia de las autoras.

TABLA N° 07		
7. ¿Considera que la tenencia compartida tiene mejores beneficios para la formación social del menor?	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	40	88.89%
NO	5	11.11%
TOTAL	45	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura

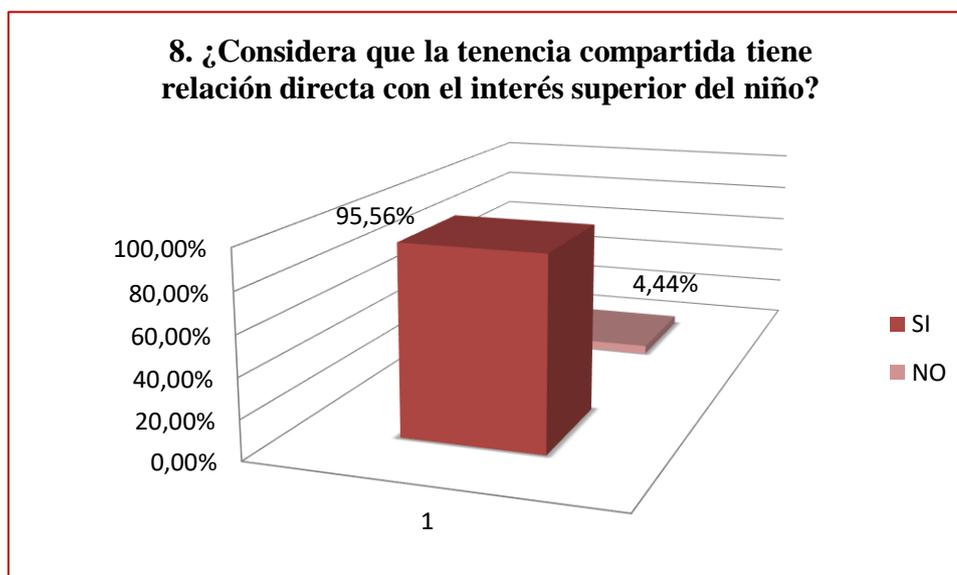


De la figura 07, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera que la tenencia compartida tiene mejores beneficios para la formación social del menor? Indicaron: un 88.89% considera que la tenencia compartida tiene mejores beneficios para la formación social del menor y un 11.11% señalaron que no tiene mejores beneficios para la formación social del menor.

Fuente: Elaboración propia de las autoras.

TABLA N° 08		
8. ¿Considera que la tenencia compartida tiene relación directa con el interés superior del niño?	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	43	95.56%
NO	2	4.44%
TOTAL	45	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura

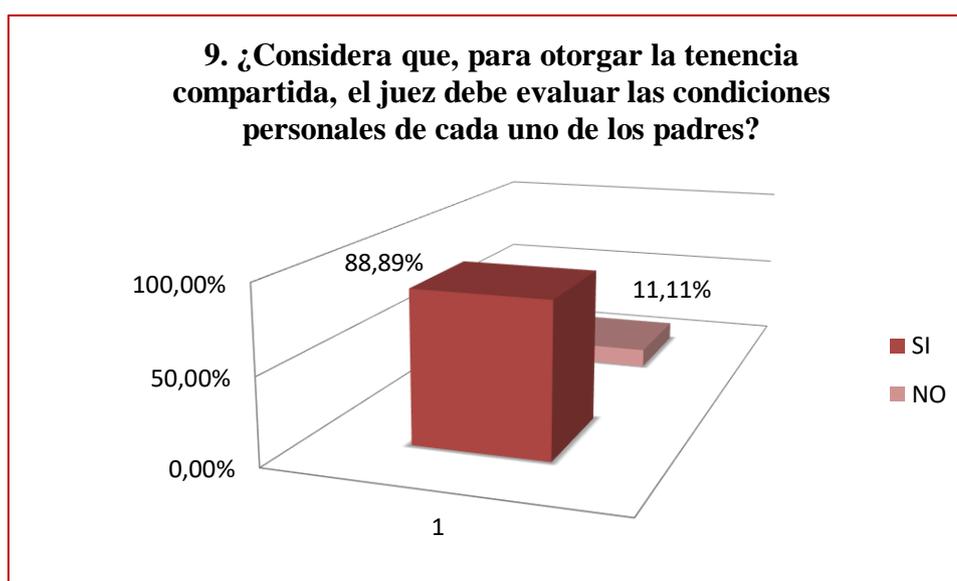


De la figura 08, que representa a la siguiente pregunta. ¿Considera que la tenencia compartida tiene relación directa con el interés superior del niño? Indicaron: un 95,56% que si consideran que la tenencia compartida tiene relación directa con el interés superior del menor y un 4,44% señalaron que no consideran que la tenencia compartida tiene relación directa con el interés superior del menor.

Fuente: Elaboración propia de las autoras.

TABLA N° 09		
9. ¿Considera que, para otorgar la tenencia compartida, el juez debe evaluar las condiciones personales de cada uno de los padres?	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	40	88.89%
NO	5	11.11%
TOTAL	45	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura

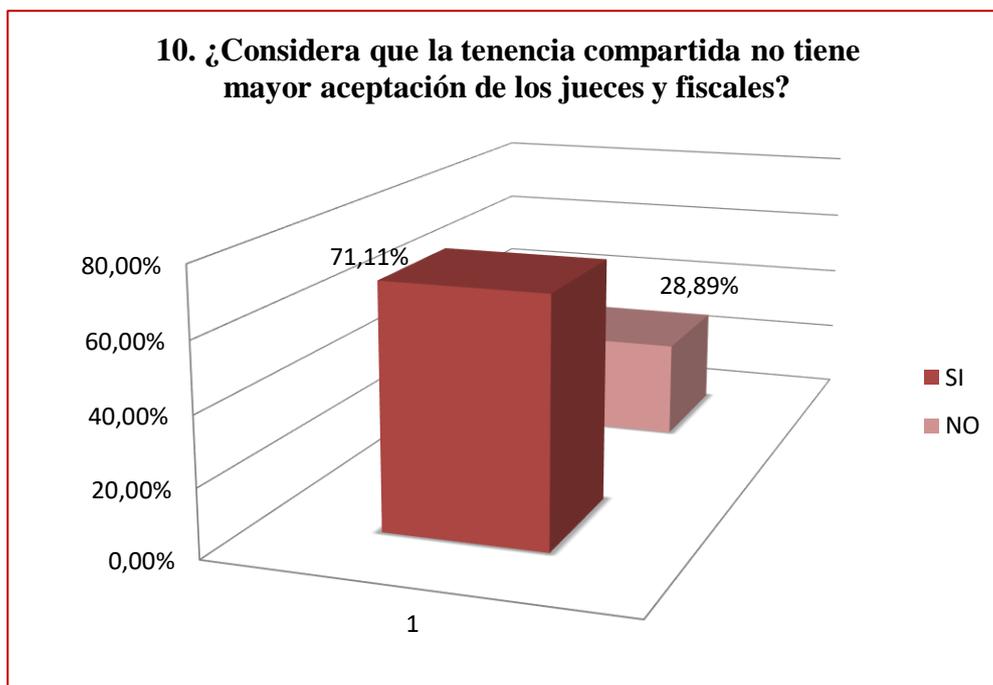


De la figura 09, que representa a la siguiente ¿Considera que, para otorgar la tenencia compartida, el juez debe evaluar las condiciones personales de cada uno de los padres? Indicaron: un 88,89% que si consideran que para otorgar la tenencia compartida, el juez debe evaluar las condiciones personales de cada uno de los padres y un 11,11% señalaron que los jueces para otorgar la tenencia compartida no deben evaluar las condiciones personales de cada uno de los padres.

Fuente: Elaboración propia de las autoras.

TABLA N° 10		
10. ¿Considera que la tenencia compartida no tiene mayor aceptación de los jueces y fiscales?	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	32	71.11%
NO	13	28.89%
TOTAL	45	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura



De la figura 10, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera que la tenencia compartida no tiene mayor aceptación de los jueces y fiscales? Indicaron: un 71.11% que si considera que la tenencia compartida no tiene mayor aceptación de los jueces y fiscales y un 28.89% señalaron que no considera que la tenencia compartida no tenga mayor aceptación de los jueces y fiscales.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Discusión

Habiendo realizado un minucioso estudio sobre el derecho a la tenencia compartida y los efectos positivos para el menor en la Corte Superior de Huaura en el año 2016, entonces corresponde analizar nuestras hipótesis y el trabajo estadístico.

De acuerdo a los antecedentes planteados, la hipótesis de trabajo corresponde discutir si la tenencia compartida en nuestro medio, no solo debe ser aceptada, sino que debe ser aplicado por una conveniencia para el menor; siendo ello así es discusión es pues sobre la tenencia compartida y si ésta tenencia es adecuada o no para la formación integral de los menores, de allí es que se plantea una interrogante, será necesario ¿que los jueces indaguen sobre las mejores prerrogativas para el menor? En la pregunta 04 de nuestra encuesta, se puede observar que un alto porcentaje, esto es el 88.89% asume que si hay necesidad que los jueces indaguen sobre las mejores prerrogativas para el menor, esto significa que si bien es cierto una tenencia compartida es conveniente para los niños, también lo es en tanto y en cuanto los jueces deben establecer este régimen, siempre y cuando esta tenencia le favorezca al menor; de lo contrario se debe descartar.

Teniendo en cuenta, que hay conveniencia sobre la aplicación de la tenencia compartida, entonces el segundo punto de discusión es que si los jueces que resuelven las litis sobre tenencia están optando por esta posibilidad; la respuesta, es que no, así pues en la pregunta 05, de la encuesta se advierte que actualmente solo un 22.22%, esto es porcentaje resulta ínfimo, lo que explica que los jueces ya sea por desconocimiento, por falta de indagación o por falta de valoración de la opinión de los menores y las

circunstancias favorables, no otorgan la tenencia compartida, por lo que hay una necesidad de cambiar de paradigmas y es lo que se pretende con la presente tesis.

Otro punto de discusión es si los menores que deben opinar en un proceso de tenencia, deben tener opinión y si esta opinión además debe respetarse, o considerarse al momento de resolver la situación litigiosa, de acuerdo a los antecedentes de la descripción de la realidad problemática, la encuesta aplicada, la respuesta es que si debe tenerse en cuenta la opinión del menor; sin embargo, siempre debe procurarse los mejores beneficios para los menores, y esta es una afirmación correcta se ha demostrado plenamente.

5.2. Conclusiones

Luego de haber realizado todos los mecanismos de recolección de datos indicados, contrastación de hipótesis, acreditación de los objetivos, ente otros instrumentos que han permitido dar viabilidad a la presente investigación, se llega a las siguientes conclusiones:

- Actualmente la gran mayoría de jueces no otorgan la tenencia compartida debido a una falta de criterio que justifique la mejor calidad de vida de los menores sujetos a la tenencia.
- Los jueces deben indagar sobre las mejores prerrogativas para el menor y esa información deben tomar en cuenta al momento de resolver las causas.
- En tanto la tenencia compartida tenga mejores beneficios para el menor, tanto los padres como los jueces deben optar por esta figura jurídica, siempre que el beneficio sea mayor y mejor deben optar por otorgársela.

- Se advierte que ya sea por desconocimiento, por falta de indagación o por falta de valoración de la opinión de los menores y las circunstancias favorables, no se está otorgando la tenencia compartida, por lo que hay una necesidad de cambiar de paradigmas actuales.
- La formación del menor es integral, en lo psicológico, en lo social y en otras áreas de formación humana, por lo que al otorgar la tenencia se tiene que considerar estos aspectos.

5.3. Recomendaciones

PRIMERO: Se recomienda a los padres de familia velar por integridad emocional, física y psicológica de los menores para solicitar la tenencia.

SEGUNDO: Se recomienda a los jueces que deben otorgar la tenencia compartida, siempre que se beneficie al menor, para lo cual deben indagar sobre lo más conveniente para su formación integral, toda vez que los hijos tienen derecho a compartir con ambos padres.

TERCERO: El Estado debe brindar una acción tuitiva a favor de los menores, por tanto, los jueces deben resolver las causas de tenencia con criterio y siempre buscando el interés superior del niño.

CAPÍTULO VI

FUENTES DE INFORMACIÓN

7.1. Fuentes Bibliográficas

1. Aguilar Llanos, B. (2008) Exégesis del código civil comentado, Lima; Gaceta Jurídica.
2. Aguilar Llanos (2016). Tratado de Derecho de familia. Lima, Perú: Grupo Editorial Lex & Iuris.
3. Amado Ramírez, Elizabeth del Pilar, La unión de hecho y el Reconocimiento de derechos sucesorios según el Derecho Civil Peruano.
4. Belluscio, Augusto Cesar (2011) Manual de Derecho de Familia, Tomo I.
5. Bustamente Oyague, Emilia, Catedrático de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en su Revista La unión de Hecho en el Código Civil 1984.
6. Borda, Guillermo A. (1988), Tratado de Derecho Civil Familia Tomo I, Editorial Perrot – Edición digital.
7. Canales Torres, Claudia (2014). “Patria Potestad y Tenencia – Nuevos Criterios de Otorgamiento, Perdida o Suspensión”, Dialogo con la Jurisprudencia – Gaceta Jurídica S.A. primera edición.
8. Cornejo Chávez, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo II, 6° edición, Editorial Studium, Lima
9. Corral Talciani, Hernán, (2005). Derecho y derechos de familia, Lima: Grijley.
10. Chunga Lamonja, Fermín (2012); “Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos”, editorial Grijley, Lima – Perú.

11. Osorio Manuel en Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, primera Edición.
12. Garay Molina, Ana Cecilia (2007); la valoración judicial en los procesos de tenencia y visitas. De la opinión del niño o adolescente afectados con el síndrome de alienación parental, en Anuario de justicia de menores, N° VI 2006, Editorial Astigi, Sevilla.
13. Garay Molina, Ana Cecilia (2009); Custodia de los hijos cuando se da fin al matrimonio, Tenencia Unilateral o Tenencia Compartida (Coparentalidad), Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
14. Méndez Costa, María y Daniel D'Antonio (1990). Derecho de Familia. Santa Fe: Rubinzai Culzoni.
15. Moro Almaraz, Maria Jesús y Sánchez Cid, Ignacio (2002); lecciones de Derecho de Familia, ediciones Universidad de Salamanca y Colex, Salamanca.
16. Muro Rojo, Manuel y Echandía Cevallos, Jorge en Formalidad del Matrimonio.
17. Peralta Andía, Javier Rolando, Derecho de Familia en el Código de Civil – Cuarta Edición, Editorial Idensa, Lima-Perú.
18. Schreiber, Max (2006) Exégesis del código civil comentado, Tomo III. Lima; Gaceta Jurídica.
19. Sokolich Alva, María Isabel. (2013) “La Aplicación del Principio del Interés Superior del Niño por el Sistema Judicial Peruano”. Vox Iuris. Universidad San Martín de Porres.

20. Varsi Rospigliosi, Enrique. (2012) Tratado de Derecho de Familia. Tomo III. Con la Colaboración de Claudia Canales Torres. Editorial Gaceta Jurídica S.A. y Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima.
21. Yungano, Arturo R. (2001), Derecho de Familia (teoría y práctica), tercera edición actualizada, Ed. Macchi

7.2. Fuentes Hemerográficas

1. Barletta Villarán, Maria Consuelo. “Los efectos jurídicos de la separación judicial y divorcio por causal en la patria potestad”.
2. Boletín de la Familia N° 11-2009-UNIFE Facultad de Derecho de Beltrán Pacheco, Patricia. (2009). "El mejor padre son ambos padres" ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú?
3. Bones Castillo, Stephanie Leonor y Moncerrate Macías, Carmen Elena en su tesis doctoral titulado: “Custodia compartida del Menor” Una alternativa exigida por la nueva realidad social, realizada en la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil Facultad de Jurisprudencia.
4. Chong Espinoza Suan Coralí (2015), en su tesis doctoral: “Tenencia Compartida y Desarrollo Integral del Niño, Niña y Adolescente a Nivel del Primer Juzgado Transitorio de Familia, Lima Sur, 2013”, realizada en la Universidad Autónoma del Perú- Lima.
5. Echavarría Guevara, Lissette (2011), en su tesis doctoral “La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos”, realizada en la Universidad de Granada-España, Facultad de Derecho.
6. López Revilla, Vanessa Paulina (2016), en su tesis doctoral: “Elementos Intervinientes en el Procedimiento de Tenencia de los Hijos en los Juzgados

de Familia de Lima: Principio de Interés Superior del Niño”, realizada en la Universidad de Huánuco Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

7. Morera Villar, Beatriz (2014), en su tesis doctoral titulado: “Guarda y Custodia Compartida”, realizada en la Universidad de Valencia Facultad de Derecho Departamento de Derecho Civil.
8. Noblecilla Ulloa, Sandra Patricia (2014), en su tesis doctoral: “Factores determinantes de la Tenencia de Menores en los Juzgados de Familia de Trujillo: La Primacía del Interés Superior del Niño”, realizada en la Universidad Privada del Norte Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Carrera de Derecho - Trujillo.
9. Ramírez Castañeda, Yrma en Actualidad civil, revista N° 30 por “Situación actual de la tenencia compartida”.
10. Silva Gavilánes, Aníbal Eduardo, (2016.) en su tesis doctoral titulado: “La custodia compartida y el Interés Superior de los Niños y Niñas”, realizada en la Universidad Técnica de Ambato – Ecuador.

7.3. Fuentes Electrónicas

1. Aguilar Saldivar, Ahida (2009); La tenencia Compartida: comentario a la ley N° 29269, que incorpora esta figura al Código de los Niños y Adolescentes, Derecho y cambio social. Recuperado de <http://www.derechocambiosocial.com/revista016/tenencia%20compartida.htm>
2. Aguilar Saldivar, Ahida (2009) Patria Potestad y causales de suspensión: comentario a la Ley N° 29275, Derecho y cambio social; recuperado de

<http://www.derechocambiosocial.com/revista016/suspension%20de%20la%20patria%20potestad.htm>

3. Bermúdez Tapia, Manuel (2008) Tenencia Compartida en Colombia (proyecto de ley). Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/mbermudez/2008/05/12/tenencia-compartida-en-colombia-proyecto-de-ley/>
4. Fernández Altamirano, Antony Esmir (2014), La Familia y la Coparentalidad en el Perú, Artículo - ponencia estudiantil del II Congreso Nacional de Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia en la Universidad Señor de Sipán. Recuperado de http://www.academia.edu/10291099/La_Coparentalidad_Tenencia_Compartida_en_el_Per%C3%BA
5. Hollweck, Mariana y Medina, Graciela; Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares. Recuperado de <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Importante-precedente-que-acepta-el-regimen.pdf>.
6. Vallejo Orellana, Reyes, Sánchez-Barranco Vallejo, Fernando, & Sánchez-Barranco Vallejo, Pablo. (2004). Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría. Recuperado en 25 de mayo de 2018, de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352004000400006&lng=es&tlng=es.

ANEXOS

ANEXO 01

MATRIZ DE CONSISTENCIA

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO	PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPOTESIS GENERAL	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGIA
<p align="center">Tenencia Compartida y sus efectos positivos en la Formación Psicológico y Social del menor en el Distrito Judicial de Huaura Año 2016.</p>	<p>¿En qué medida la tenencia compartida surte efectos positivos en la formación psicológico y social del menor en el distrito judicial de Huaura año 2016?</p> <p>PROBLEMAS ESPECIFICOS</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ ¿De qué manera el Estado contribuye a la estabilidad emocional del menor en el distrito de Huaura en el año 2016? ✓ ¿En qué medida, los jueces de familia toman en cuenta la opinión del menor para que se otorgue la tenencia compartida? 	<p>Analizar si la tenencia compartida surte efectos positivos en la formación psicológico y social del menor en el distrito judicial de Huaura año 2016.</p> <p>OBJETIVOS ESPECIFICOS</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Determinar si el Estado contribuye a la estabilidad emocional del menor en el distrito de Huaura en el año 2016. ✓ Analizar si los jueces de familia toman en cuenta la opinión del menor para que se otorgue la tenencia compartida. 	<p>La tenencia compartida surte efectos positivos en la formación psicológico y social del menor en el distrito judicial de Huaura año 2016, por lo que los jueces deben adoptar las medidas necesarias, teniendo en cuenta el interés superior del niño.</p> <p>HIPOTESIS ESPECÍFICAS</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ El Estado contribuye a la estabilidad emocional del menor en el distrito de Huaura en el año 2016, siempre que brinde los mecanismos legales y de apoyo de instituciones públicas a los menores y adolescentes. ✓ Los jueces de familia deben tomar en cuenta la opinión del menor para que se otorgue la tenencia compartida, siempre que esta le beneficie y teniendo en consideración el interés superior. 	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE:</p> <p>Tenencia Compartida</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE:</p> <p>Adecuada Formación Psicológica y Social del menor.</p>	<p>TIPO DE INVESTIGACION: Diseño Metodológico</p> <p>El diseño metodológico es no experimental, Es una investigación de corte transversal.</p> <p>Tipo</p> <p>Descriptivo-explicativo</p> <p>Enfoque</p> <p>El enfoque de la investigación es cualitativo y cuantitativo (mixto)</p> <p>POBLACIÓN Y MUESTRA</p> <p>Población</p> <ul style="list-style-type: none"> - 45 personas - 03 expedientes <p>TECNICAS Y INSTRUMENTOS:</p> <p>Entrevista, Encuesta.</p>

ANEXO 02.

Instrumentos para la Toma de Datos

Evidencias del trabajo estadístico desarrollado.



UNIVERSIDAD NACIONAL

“JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN”



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TESIS DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR GRADO DE ABOGADO.

TITULO: TENENCIA COMPARTIDA Y SUS EFECTOS POSITIVOS EN LA FORMACION PSICOLOGICO Y SOCIAL DEL MENOR EN EL DISTRITO JUDICIAL DE HUAURA AÑO 2016

Instrucciones: Lea cuidadosamente las preguntas y marque con un aspa (x) la escala que crea conveniente.

Escala valorativa.

SI	NO
----	----

N°	PREGUNTA	SI	NO
1.	¿De acuerdo a tu experiencia, en los procesos de tenencia los jueces consideran la opinión del menor?		
2.	¿Considera que la tenencia materna tiene un mayor beneficio para el menor?		
3.	¿Considera que la tenencia paterna tiene un mayor beneficio para el menor?		
4.	De acuerdo a su opinión ¿existe necesidad de que los jueces indaguen sobre las mejores prerrogativas para el menor?		
5.	¿Actualmente los jueces conceden regularmente la tenencia compartida?		
6.	¿Considera que la tenencia compartida tiene mejores beneficios para la formación psicológica del menor?		
7.	¿Considera que la tenencia compartida tiene mejores beneficios para la formación social del menor?		
8.	¿Considera que la tenencia compartida tiene relación directa con el interés superior del niño?		
9.	¿Considera que, para otorgar la tenencia compartida, el juez debe evaluar las condiciones personales de cada uno de los padres?		
10.	¿Considera que la tenencia compartida no tiene mayor aceptación de los jueces y fiscales?		