



UNIVERSIDAD PRIVADA TELESUP
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA SOCIALES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO CORPORATIVO

TESIS

**CRITERIOS LEGALES APRECIADOS POR EL JUEZ PARA
DETERMINAR LA TENENCIA DEL NIÑO, NIÑA EN LA
CSJ LIMA SUR - 2020**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

AUTORES:

Bach. FIGUEROA RAMIREZ, ALESSANDRA XIMENA

Bach. LOPEZ MARQUEZ, ALONSO RODRIGO

LIMA – PERÚ

2020

ASESOR DE TESIS:

Mg. MARLENE OLIVARES VIDAL

JURADO EXAMINADOR

Dr. JUAN HUMBERTO QUIROZ ROSAS
Presidente

Dra. FLOR DE MARIA SISNIEGAS LINARES
Secretario

Mg. LUZ JACKELYN PARDAVE DIONICIO
Vocal

DEDICATORIA

Esta investigación ha sido realizada en base a esfuerzo y dedicación, pero nada de eso, hubiera sido posible sin el apoyo de mi familia, gracias por todo.

AGRADECIMIENTO

Dar gracias a Dios, por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por permitir estar, en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y a su vez, mi compañía durante todo el período de estudio.

RESUMEN

En esta investigación se ha pretendido encontrar el escenario idóneo para tal fin considerando nuestra población que tengan las condiciones similares al tema de investigación o que sus actividades tengan la misma afinidad, es decir que se ha desarrollado en los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur.

Por ello, se ha logrado integrar por los Jueces Especializados de Familia en vista que son estos magistrados quienes llevan procesos de tenencia, variación de tenencia y dentro sus facultades está la de sentenciar declarando fundada o infundada una demanda, es decir, otorgar la tenencia o a la vez, denegar la tenencia, y a la vez también es importante sus aportes mediante entrevistas y encuestas sobre el fundamento de los criterios legales para determinar la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur -2020.

Dado esto, la investigación se ejecutó bajo un trabajo de indagación que es de forma de relato y estudio, logrando localizar el inconveniente de averiguación, de aquella forma que logren establecer los fines y de esa forma que se ejecute la entrevista de esta forma logrando reconocer los resultados, a su vez establecer los resultados y ejecutar las recomendaciones.

Palabras clave: criterio legal, tenencia, tiempo de convivencia, convivencia con los padres y juez

ABSTRACT

In the current investigation, it has been tried to find the ideal scenario for this purpose considering our population that have the conditions similar to the investigation topic or that their activities have the same affinity that is, it has been developed in the Family Courts of the Superior Court of Justice of Lima Sur.

For this reason, it has been integrated by the Specialized Family Judges in view that it is these magistrates who carry out processes of possession, variation of possession and within their powers is the one to sentence declaring a claim founded or unfounded, that is to say to grant the possession or at the same time deny tenure, and at the same time their contributions are also important through interviews and surveys on the basis of legal criteria to determine the possession of children in the SCJ Lima Sur -2020.

Given this, the research was carried out under a work of investigation that is in the form of a story and study, managing to locate the inconvenience of the investigation, in such a way that they manage to establish the ends and in this way that the interview is executed in this way, recognizing the results, in turn establish the results and execute the recommendations.

Keywords: legal criteria, tenure, coexistence time, living with parents y judge

ÍNDICE DE CONTENIDO

CARÁTULA	i
ASESOR DE TESIS:.....	ii
JURADO EXAMINADOR.....	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT.....	vii
ÍNDICE DE CONTENIDO.....	viii
INTRODUCCIÓN	x
I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	11
1.1. Aproximación temática	11
1.1.1. Marco teórico	12
1.2. Formulación del problema de investigación	48
1.2.1. Problemas general	48
1.2.2. Problemas específicos	48
1.3. Justificación.....	49
1.4. Relevancia.....	49
1.6.1. Objetivo general	50
1.6.2. Objetivos específicos	50
II. MÉTODOS Y MATERIALES	51
2.1.- Hipótesis de la investigación	51
2.1.1. Supuestos de la investigación	51
2.1.2. Categorías de la investigación	51
2.2. Tipo de estudio	51
2.3. Diseño	52
2.4. Escenario de estudio	52
2.5. Caracterización de sujetos	52
2.6. Plan de análisis o trayectoria metodológica	52
2.7. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos.....	53
2.8. Rigor científico.....	53

2.9. Aspectos éticos	53
III. RESULTADOS	54
IV. DISCUSIÓN	55
V. CONCLUSIONES	56
VI. RECOMENDACIONES.....	57
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58
ANEXOS	62
Anexo 1: Matriz de consistencia	63
Anexo 2: Instrumento.....	64
Anexo 3: Validación del instrumento.....	66
Anexo 4: Cuestionario de entrevista	80

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación titulado: Criterios legales apreciados por el juez para determinar la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur -2020, tuvo una visión social, y jurídica; hoy en día la sociedad están en un proceso de cambios estructurales, dichos cambios traen como consecuencias el resquebrajamiento de las células base de la sociedad que es la familia, es decir, en los últimos años se han incrementado los divorcios y la separación de cuerpos, lo cual tiene como efecto, la tenencia es decir con quién van vivir los hijos, en tal sentido, que desde la perspectiva social se ha buscado con la investigación, que el criterio que debe tomar el juez cuando tenga que otorgar la tenencia del niño y niña, sea las más justa, y que esta decisión no vulnere el interés del niño.

Por eso, se ha integrado la investigación por los Jueces Especializados de Familia en vista que son estos magistrados quienes llevan procesos de tenencia, variación de tenencia y dentro sus facultades está la de sentenciar declarando fundada o infundada una demanda, es decir, otorgar la tenencia o a la vez denegar la tenencia, y a la vez también es importante sus aportes mediante entrevistas y encuestas sobre el fundamento de los criterios legales para determinar la tenencia del niño, niña en la CSJ lima Sur -2020.

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Aproximación temática

En el presente trabajo de investigación, se puede ver la radicalidad en que hay escasos trabajos, por lo tanto, los aportes serán de beneficio para la sociedad por las concepciones novedosas, que están orientadas a crear nuevos paradigmas, nuevas doctrinas y normas inspiradas en la protección integral del niño en base al Principio del Interés Superior del Niño.

Esto se encuentra inmerso, dentro de una sociedad en conflicto social pueda hacer efectiva la protección que se busca para los menores sujetos dentro de un proceso judicial sobre tenencia en donde sus padres entran en conflicto y siendo necesario que este criterio del juez sea el más adecuado para los intereses del niño niña y adolescente.

Por ello, es útil pues a través de este estudio nos permite aportar nuevos alcances en el derecho de familia, especialmente en la Institución de Tenencia Prevista en el artículo 81 de Código de los Niños y Adolescentes, alcances que serán empleados por los estudiantes de derecho especialmente de la Universidad Privada Telesup.

Asimismo va a contribuir como material de consulta por parte de los Jueces Especializados de Familia, a fin, de evaluar el criterio que tengan que escoger en cuanto a la edad, y el tiempo de permanencia del niño, niña con el padre a fin de otorgar la tenencia pero a la vez que esta decisión deberá estar debidamente fundamentada y sobre todo que la decisión no perjudique al niño, o niña.

1.1.1. Marco teórico

1.1.1.1. Antecedentes

a) Antecedentes nacionales

Salinas, C. (2018). Criterios jurídicos para asignar la pensión alimenticia ante la protección del interés superior del niño, Arequipa 2018. (Tesis de Maestría) Universidad Católica de Santa María. Arequipa, Perú. La investigación se desarrolló en los Juzgados de Paz Letrado de Paucarpata de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y tuvo como objetivo analizar las diferentes sentencias expresadas por estos órganos jurisdiccionales en los procesos de alimentos, para definir la diversidad de criterios que tienen estos juzgados en la fijación de una pensión de alimentos; inclusive en casos análogos como cuando en un proceso que es accionado a favor de un menor de 5 años con un nivel de clase media y que tiene como deudor alimentista a una persona que realiza labores de taxi, se fija determinado monto. El presente trabajo ha tratado sobre los límites y parámetros que se les podría imponer a los diferentes órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia en materia de pensión de alimentos en el distrito judicial de Arequipa, claramente aplicables a los demás distritos judiciales, según corresponda. Todo ello, vulnera el interés superior del menor, de ahí la imperiosa necesidad de instaurar la uniformidad de criterios en la fijación de pensión de alimentos en procesos análogos. Se estudió los criterios jurídicos que se vienen empleando actualmente para la asignación de pensión alimenticia a favor de menores de edad en el derecho peruano. La investigación concluye indicando que la diversidad de criterios para asignar una pensión alimenticia radica en que a pesar de tratarse de casos análogos en procesos de alimentos, por ejemplo misma capacidad del obligado igual necesidad de un menor; difiere el monto de la pensión para uno y otro, ello vulnera indefectiblemente el interés superior del menor, ya que no se obtiene una pensión justa, a pesar de ser los mismos hechos no existe una misma razón. Se recomienda sembrar una cultura conciliativa entre las partes procesales de un conflicto de alimentos, ello para que acudan previamente a un centro de conciliación y así aliviar la carga procesal que soportan los órganos jurisdiccionales que tratan procesos de alimentos,

buscando con ello la igualdad y equidad en la fijación de una pensión de alimentos en casos análogos.

Ochoa, C. (2017). Principio del Interés Superior del Niño y conclusión del proceso de alimentos por inasistencia de las partes a la audiencia única, 2017. (Tesis de Pregrado). Universidad César Vallejo. Lima, Perú. El autor marcó como objetivo principal el establecer de qué manera el Principio del Interés Superior del Niño se vulnera en el resultado del procedimiento de alimentos por falta de ayuda de las partes a la audiencia única, puesto que, hoy en día, en el procedimiento de alimentos de menor de edad se ejecutan los preceptos del Código de los Niños y Adolescentes y complementarios de las normas del Código Procesal Civil. Dada esta razón, el autor basó su investigación en un método cualitativo, con una forma de investigación básica, dirigida a la comprensión, con un diseño de teoría fundamentada. Se basó esta investigación bajo una muestra conformada por los funcionarios de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia, especialistas en Derecho de Familia, al igual se unió las entrevistas a abogados especializados en derecho de familia; las cuales fueron confidenciales. Después del análisis se llegó a las conclusiones:

La procedencia del Interés Superior del Niño se transgrede en la extinción del transcurso de alimentos por falta de asistencia de las partes a la audiencia única, en el momento en que el juez fundamentado en el artículo 203 del Código Procesal Civil, el cual determina el procedimiento de alimentos y consiente sin resultado la disposición cautelar, originando la injuria y vulneración al derecho de alimentos de niño, niña y adolescente; aquel derecho que es inevitable en la vida de las personas, acerca de todo en los niños, aquellos que no logran encubrir sus requerimientos por sí solos.

Cossio, C. (2015). La vía penal y los procedimientos de los magistrados del módulo básico de justicia de jaja para garantizar el cumplimiento de la obligación alimentaria (Tesis de pregrado). Universidad Peruana del Centro. Huancayo, Perú. El presente trabajo de investigación comienza del inconveniente que existe en que la vía penal ya que es la base dispuesta para asegurar el cumplimiento de la exigencia alimentaria; poniendo como objetivo principal el determinar la validez de la vía penitenciaria como base proporcionada de asegurar el apoyo familiar en los

procedimientos expuestos en el Módulo Básico de Justicia de Jauja, fundándose en las perspectivas que manipulan los señores jueces para ejecutar una establecida actuación judicial con el objetivo de asegurar el cumplimiento alimentario, disponiendo como fundamento de datos los procedimientos incorporados en los Juzgados Penales de la provincia de Jauja. Es por ello que el tipo de investigación es aplicado en el grado descriptivo (descriptivo y/o explicativo); basándose en una población formada por los dos Juzgados Penales del Módulo Básico de Justicia de Jauja (Primer Juzgado Penal y Segundo Juzgado Penal), analizando los resultados más resaltantes se encontró la siguiente conclusión:

La legislación nacional en esta disciplina reclama que los exigentes que olviden su exigencia de entregar alimentos se hallan castigados con castigo privativo de la libertad, conformándose en el exclusivo procedimiento en poseer la cualidad de ser penalizados con la detención por adeudo; no obstante se encuentran conjeturas en donde se hace resaltar que la laboriosidad del artículo 149° del Código Penal en su manera textual discrepa o desmerece todavía la circunstancia del alimentista, ya que se sujetaría el amparar los procedimientos con un juicio social que se encuentren posible para efectividad en el procesado de su exigencia alimentaria incumplida.

Leyva, C. (2014). Las declaraciones juradas de los demandados con régimen independiente frente al Interés Superior del Niño en los procesos de alimentos. (Tesis de Pregrado). Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo, Perú. La investigación tuvo como objetivo determinar de qué forma las declaraciones juradas presentadas por los demandados con régimen independiente en los procesos de alimentos vulneran el Principio del Interés Superior del Niño. El tipo de investigación fue aplicada y no experimental. La población de estudio estuvo conformada por los expedientes pronunciados por los Juzgados de Paz Letrados de nuestra Corte Superior de Justicia de La Libertad. A su vez, la muestra se conformó por 04 expedientes en materia de procesos alimenticios. La investigación concluyó indicando que el derecho alimenticio es aquel derecho nacido por imperio de la ley, cuya fuente es el lazo o la voluntad, que tiene una persona necesitada a ser asistido por otra persona con el fin de suministrar los medios necesarios que le consientan satisfacer sus necesidades fundamentales, en una forma determinada

según su situación jurídica y los requerimientos del deudor y las posibilidades económicas del acreedor. En todos procesos judiciales en los que se deban verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben gestionar una atención especial y prioritaria en su tramitación; debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características únicas e individuales respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos en lo que dura el proceso.

b) Antecedentes internacionales

Anilema, R. (2018) El principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, en los procesos jurídico administrativos de la adopción internacional en el Ecuador. (Tesis de Pregrado) Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ambato, Ecuador. El objetivo de la investigación fue analizar el Principio de Interés Superior del Niño en los Procesos Jurídico - Administrativos de Adopción Internacional en el Ecuador. La investigación tuvo un enfoque cualitativo y exploratorio; se utilizaron instrumentos de recolección de datos los cuales permitieron describir la situación que el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes presenta en los procesos de adopción internacional. La muestra de estudio estuvo conformada por cinco profesionales en derecho, dos abogados especialistas y tres jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Ríobamba y a dos psicólogas clínicas con responsabilidad de coordinadoras de salud y bienestar infantil, de las casas hogar de los cantones Ríobamba y Ambato. Se analizó al Principio de Interés Superior del Niño llegando a indicar que es el cuerpo base en el que se fundamentan todas las acciones y decisiones jurídicas que tratan sobre temas de niños, niñas y adolescentes a fin de que se garantice y protejan los derechos de estos sujetos, como el derecho a la familia, al desarrollo integral y también al derecho a la seguridad judicial y debido proceso, con respeto a los procesos de adopción jurídicos y administrativos. La Constitución de la República del Ecuador indica en su artículo 44 que se atenderá al Principio de Interés Superior cuando se vean involucrados los derechos de los niños, esto no se cumplió a plenitud cuando se habla de la figura de adopción

internacional. De acuerdo con las investigaciones doctrinarias y de campo, los procesos jurídico-administrativos de adopción internacional no precautelan los derechos de los niños que están en procesos de adopción, ya que la escases de normativa jurídica acarrea como consecuencia dilatación procesal desde el momento que el adoptante inicia con el trámite de adopción, impidiendo de esta forma que la persona huérfana pueda ser adoptada de forma inmediata y ejerza su derecho a la familia en total plenitud, el mismo que está enmarcado dentro de los derechos de desarrollo propios del niño.

Silva, J. (2017). *Interés Superior del niño frente al derecho de alimentos*. (Proyecto de Investigación). Universidad Regional Autónoma de los Andes. Puyo, Ecuador. El objetivo principal de la investigación fue proponer una contribución jurídica para mejorar el Art. 19 del Código de la Niñez y la Adolescencia, puesto que se encuentra un vacío legal puesto que no asegura una excelente calidad de vida del menor, puesto que el presente artículo se localiza compuesto hoy en día no examina una resonancia de investigación inmejorable hasta que obtenga una carrera y le autorice ejercer por sí solo. El autor utilizó una metodología basada en el método inductivo y método analítico. La técnica utilizada es la encuesta, utilizada en una comunidad conformada por 268 abogados en libre ejercicio de sus funciones, al igual que 161 abogados en libre ejercicio de sus labores. Después del análisis, el autor concluyó en lo siguiente:

La regla penal asegura el cumplimiento en la totalidad del procedimiento que se contengan los provechos de las personas, de esta manera se extiende el provecho superior del menor, que al encontrarse ensimismado en una situación de derecho y justicias colectiva, esta tiene que poseer una adaptación adecuada e contigua de la ley, obstaculizando bajo diferentes medios que sus derechos se encuentren transgredidos por la comunidad en sí y por los que administran justicia, relativo al buen vivir del niño, comprendiendo su alimentación, vestuario, alimentación, trato psicológico conveniente; se ejecutó una proposición que va para reconfortar y asegurar el reintegro de los subsidios por el lado de los responsables, a su vez para garantizar una adecuada calidad de vida con la persistencia de los análisis superiores del menor.

Riofrío, A. (2016). *Derecho del alimentante a exigir cuentas de las correspondientes pensiones alimenticias*. (Tesis de maestría). Universidad Regional Autónoma de los Andes, Uniandes, Ambato, Ecuador. El autor nos explica que el Estado ecuatoriano ha advertido por medio del Sistema Único de Pensiones Alimenticias (SUPA), consolidar el proporcionado proceso de colecta y reintegro de las pensiones alimenticias, pero el juez al momento de reglamentar no ha advertido que la pensión de alimentos en gracia de las niñas, niños y adolescentes, sean utilizados para sus exigencias, pero que diferentes veces es usado por la persona que diseña la demanda o por terceras personas tranquilizándose de las niñas, niños o adolescentes. El autor señala como conclusión que:

La pensión de alimentos es una obligación, y tal exigencia es acomodada para reforzar la vida del merecedor alimentista que tiene la capacidad de conseguir invadir de parte del alimentante a aquel que se le consagra la obligación legítima y ética de entregar también tiene que haber una resolución de hermandad familiar y se contempla como ese que tiene la obligación del tributo a aquel que solicite la reparación de sus requerimientos a una o diferentes personas de asegurar la pervivencia de una u otra. Él ocupaba en cuenta que la acción tiene que recibir por la entrega de contabilidad puesto que las madres que están sometidos a la patria potestad de sus hijos que poseen un empleo financiero imprudente sin alcanzar cubrir las exigencias básicas de los niños, niñas y adolescentes

1.1.1.2. Marco normativo

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Mediante Resolución Legislativa N° 25278, el Congreso de la República en uso de sus facultades ratifico la "Convención sobre los Derechos del Niño", la cual fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y suscrita por el Perú, el 26 de enero de 1990.

En la presente Convención se prevalece la familia, como el grupo fundamental que tiene una sociedad, y además, es el 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, asimismo hace referencia a la

consideración especial que debe gozar el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, siendo para ello necesario brindar la debida protección a fin de crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Como parte de su formación tomando en consideración, que el niño debe estar plenamente preparado para el futuro y gozar de una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales establecidos en la Carta de las Naciones Unidas, siguiendo la misma política de protección, la cual fue enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

CONSIDERACIÓN NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.

Un aspecto muy importante es, determinar a quién considera niño, niña la convención y para ello, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad, en tal sentido, que la regulación de la mayoría de edad es establecida por el país Estado, parte en nuestro caso son ciudadanos en ejercicio los mayores de 18 años, y sobre la edad de los niños este es considerado niño desde su nacimiento hasta los doce años y adolescente de doce a dieciocho años de edad.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En el trabajo de investigación se ha analizado el presente artículo, que trata sobre aquellas decisiones adoptas por los administradores en la cual se ha establecido que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o aquellos órganos legislativos, deberán tomar especial consideración, la cual debe ser primordial, debiendo ser de tal manera que se garantice el interés superior del niño, es decir se debe asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres.

DERECHO A VIVIR CON SUS PADRES

Siguiendo con el análisis de la Convención la cual es de vital importancia para el trabajo de investigación, puesto que trata sobre el estudio de cuáles, son los criterios que utiliza el juez para otorgar la tenencia del niño y niña, estos criterios no deben vulnerar el Interés Superior del Niño, toda vez que se ha privilegiado que los Estados partes en todo momento velarán porque el niño, no sea separado de sus padre contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con lo establecido en la ley, y aquellos procedimientos que son aplicables y que la separación solo se puede adoptar siempre y cuando es necesaria en el interés superior del niño, es decir en aquellos casos en que el niño, sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuándo estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño u otras circunstancias en la cual es mejor su separación a fin de no afectar su desarrollo biopsicosocial del niño niña. Asimismo, se ha establecido que en caso de tomar una decisión de esta naturaleza, se debe tomar en consideración dos aspectos importantes la primera, es considerarlo en proceso y el derecho de participar en él, y la segunda, se debe dar a conocer sus opiniones con la finalidad de no vulnerar sus derechos, y si hay alguna separación los Estados partes deberán velar, para que el mantenga comunicación con sus padres salvo que esta decisión perjudique el Interés Superior del Niño.

DERECHO DE OPINIÓN

Sobre lo particular a Convención a establecido que los Estados partes deberán garantizar al niño que se desarrolle en condiciones de formarse un asunto que afectan al niño, para tal efecto, se debe tomar en consideración y sobre todo, se debe tomar en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Asimismo, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo aquel procedimiento judicial como el caso de tenencia como es el caso del presente trabajo de investigación

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Nuestra Constitución Política consagra que el fin supremo de la sociedad y el Estado, es la defensa de la persona humana y también el respeto de su dignidad y respeto, que se debe de garantizar desde su nacimiento, toda vez, que toda persona tiene plena capacidad de ejercicio para el ejercicio de sus derechos, es tan que en el artículo 4 establece que el niño, es sujeto de protección especial por parte del Estado, y con la finalidad de garantizar este derecho en el artículo sexto se ha establecido una responsabilidad mediante el diseño de una política nacional paternidad responsable. Designando para ello, la responsabilidad y deber de los padres frente a sus hijos como son el de velar por todo aquel derecho que goza el niño, como es el de vivir en familia y a la vez gozar de la paz y la tranquilidad para el buen desarrollo. En tal sentido que si tiene el derecho a vivir con sus padres entonces en casos que exista un resquebrajamiento de la familia y cuando no exista un acuerdo entre ambos progenitores es necesario que esta decisión sea adoptada por el juez, pero a la vez se debe adoptar una decisión que no vulnere su Interés Superior del niño.

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

1) Definición de niño y adolescente

El presente Código fue aprobado mediante Ley 27337 y promulgado el 07 de agosto, 2000, en cuanto a la definición de niño se ha establecido que niño se considera desde el nacimiento hasta los 12 años y de los 12 a los 18 años se considera adolescente, y en caso de duda de la edad, se le considerara niño o adolescente según sea el caso

2) Capacidad de ejercicio e igualdad de oportunidades

En cuanto a la capacidad esta ha establecido, que además de aquellos derechos inherentes a la persona humana, los niños y adolescentes gozan de aquellos derechos que están intrínsecos a su desarrollo, sin embargo, se debe considerar en todo proceso la igualdad de oportunidades sin ningún tipo de discriminación en todo el territorio del Perú.

3) Interés superior del niño y dela adolescente

El presente Principio tiene como antecedente el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño y en nuestro Código lo adopta en el artículo IX del Título Preliminar, en la cual establece que las Instituciones del Estado mediante sus poderes y gobiernos autónomos, cuando tengan que adoptar alguna medida concerniente al niño deberá realizarse de manera tal que se garantice el Principio del Interés Superior del Niño. En tal sentido que el juez, al momento de tomar una decisión sobre la tenencia del niño, niña ya adolescente será tomando en consideración lo establecido en el presente artículo.

4) Tenencia, variación de tenencia y facultad del juez

Con la finalidad de analizar el tema principal del trabajo de investigación, en cuanto a estudiar los criterios que utiliza el juez para determinar la tenencia ya que esta se encuentra en artículo 81 del presente código que establece que en los casos de existir separación de hecho, en tal sentido, que para otorgarse se da en tres supuestos el primero si hay acuerdo se decidirá por los padres y cuando no hay acuerdo esta será decidida por el juez , pero siempre y cuando tomando en consideración el interés superior del niño. Asimismo, de existir una necesidad de variación de tenencia el Juez es la persona que tiene la facultad para tomar una decisión tomando en consideración la asesoría y la recomendación del equipo multidisciplinario a fin de que la decisión sea en forma progresiva y no de manera brusca que perjudique el interés del niño, sin embargo, en caso de que exista un peligro inminente a su integridad el juez tomará un decisión la cual deberá estar debidamente motivada a fin de que se cumpla de manera inmediata la decisión adoptada.

La facultad que tiene el juez para tomar la decisión, se basa en dos aspectos muy importantes en las cuales debe tomar el primer criterio en cuanto al tiempo de permanencia y convivencia que tiene el niño, niña con sus padres, en tal sentido, que el aquí el factor tiempo de convivencia será favorable para el padre con quien convivio más el niño niña y adolescente, siempre y cuando esta decisión no perjudique el interés superior del niño. Asimismo, otro factor muy importante en el cual juez deberá tomar en consideración para determinar la tenencia es la edad y

para ello, el Código a establecido que el niño menor de 3 años se mantendrá con la madre. Sin embargo, para ambos supuestos el juez deberá priorizar el otorgamiento de la tenencia a quien garantice el Interés Superior del Niño niña y adolescente

1.1.1.3. Bases teóricas

Los conflictos constantemente se presentan entre las parejas y se llegan a incrementar mucho más, cuando tienen el deber de afrontar la situación de ser padres y madres, pues las decisiones que en forma conjunta deben adoptar tienen una mayor importancia ya que las consecuencias generaran efectos en la vida de los menores hijos e hijas.

El decidir cómo educar, qué actos corregir, dónde estudiará, entre otras decisiones reclaman ser hechas con previo acuerdo entre los progenitores de los menores para evitar malos entendidos.

Lamentablemente, estos acuerdos en múltiples casos, no acontecen sino que por el contrario generan controversias entre los progenitores ocasionando distanciamiento entre ellos que pueden inclusive llegar a generar una separación, llegando a vivir en casas distintas.

Los hijos e hijas siempre serán motivo de felicidad para la familia pero también serán símbolo de una gran responsabilidad, y por esta razón, siempre se afirma que el nacimiento de los hijos e hijas, cambia notoriamente la vida de los padres y madres.

Uno de los principales conflictos que pueden surgir entre los progenitores y que afectan notoriamente a los hijos e hijas es el determinar con quién se quedará a vivir los menores en el hipotético caso de una separación acontecida entre los progenitores.

Esta interrogante de relevante importancia, se concretiza a nivel jurídico al analizarse a quién le corresponderá la tenencia de los menores y a qué progenitor le corresponderá el régimen de visitas para los menores de los cuales se aleja al momento de la separación con el otro progenitor.

Para analizar las interrogantes que pueden tener y las estrategias sugeridas, se abordarán los temas referidos a la institución de la patria potestad, atendiendo a que es la matriz de donde emergen los atributos como la tenencia y régimen de visitas que serán la base de la presente obra. No pretendemos ser fuente doctrinaria sino que se comprendan la base de las instituciones porque haciéndolo, vamos a poder comprender los diversos temas complejos que se nos presenten.

Se analizará también, la institución jurídica de la tenencia, observando los mecanismos existentes para determinarla, así como los criterios legales que existen sobre ella, sugiriendo al lector una serie de estrategias que le puedan servir para afrontar los casos que se les presenten.

Abordaremos la estructura de la vía procedimental del proceso único aplicable a la tenencia y régimen visitas observando sus etapas y los sujetos que participarán a lo largo del proceso, pues somos convencidos que comprendiendo cada una las fases del procedimiento, lograremos armas las estrategias que sean necesarias.

Como podrán revisar en esta obra, doctrina y casos prácticos serán la base de nuestro estudio que concretizaremos observando jurisprudencia nacional y modelos de escritos y demandas que pueden ser tomados en cuenta por los lectores para enfrentar los diversos casos sobre tenencia y visitas que puedan presentarse.

Buscaremos emplear un lenguaje simple y directo para un mejor entendimiento de todos ustedes y sobre todo para permitir que las estrategias sugeridas al enfrentar los casos pueden verse aplicadas de una mejor manera.

1.1.1.3.1. Tenencia

Para algunas personas son fundamentales los conocidos premios o trofeos de guerra, más que todo, para aquellos quienes sienten que han perdido su batalla final, pero a pesar de ello, de alguna manera desean buscar una pequeña forma de dañar al que la ganó, para que ellos, se sientan los completos campeones de la situación, probablemente con el objetivo de exponer su enojo por perder o también,

en situaciones particulares, para expresar que, a pesar de todo, siempre saldrán vencedores.

Según el párrafo anterior, a pesar de asemejarse a un cuento de drama, es lo que se encuentra constantemente en la actualidad, y se pueden ubicar, tan solo con observar a las relaciones familiares de la actualidad donde encontramos a los cónyuges o los convivientes que tienen una relación muy compatible y aquellos que no la tienen, pero a pesar de ello, tienen una buena relación paternal, entre ellos delante de los hijos, haciéndolos los más maravillosos padres de la Tierra; también encontramos a los cónyuges que su relación es muy mala, que individualmente son buenos padres pero al juntarse con el otro cónyuge crean esa relación de pertenencia con el hijo, y no se dan cuenta que el menor es de ambos; de la misma manera hay variedad de situaciones que se pueden ejemplificar.

Uno de los puntos a favor para que uno de los padres sea distinguido como tal debe ser la presencia de filiación, sea matrimonial o extramatrimonial. Para confirmar la existencia de la filiación matrimonial, el hijo tuvo que concebirse o haber nacido dentro de la estructura matrimonial; si fuera filiación extramatrimonial, hablaríamos de que el hijo debe haber sido concebido o nacido fuera del matrimonio, pero debe haber sido reconocido como hijo por padre y madre, o también se puede dar el caso de que haya una declaración judicial que resuelva que se encuentre filiación entre ambos padres y el hijo.

A los creadores del menor, el ordenamiento peruano los acepta solo por ser padres, considerándolo un derecho y deber llamado patria potestad. Si iniciamos el análisis desde este punto, podemos entender que los padres tienen el derecho de permanecer al lado de sus hijos y a su vez tienen el deber de resguardar sus necesidades.

Los derechos y deberes mencionados anteriormente, están acatados en el artículo 423 del Código Civil (citado por del Águila, 2019), donde se indica que los padres responsables del menor mantienen como derechos y deberes los siguientes:

- a) Proveer al sostenimiento y educación de los hijos

- b) Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
- c) Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reducción de menores.
- d) Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su educación.
- e) Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
- f) Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
- g) Administrar los bienes de sus hijos
- h) Usufructuar los bienes de sus hijos.

Cuando hablamos de tenencia como una manera de atribución a lo que ya conocemos hasta el momento como patria potestad, tenemos al Dr. Alex. F. Plácido Vilcachagua (citado por del Águila, 2019), quien nos explica que “los padres tienen el derecho y deber de tener a los hijos en su compañía y de recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario”. Este derecho y deber mencionado es el que mayormente origina muchas complicaciones dadas entre ambos cónyuges, basta que uno de ellos intente preponderar este derecho encima del otro cónyuge.

Frente a un dilema dado entre cónyuges, los menores de edad solo pueden tornarse espectadores de las circunstancias, ocasionando, mayormente, daños por las determinaciones que toman los padres, incluso, hasta deben presentarse en el Poder Judicial tomando la decisión que pueda ser la más complicada de su vida, elegir solo a uno de los padres para poder vivir.

Esta postura complicada se exhibe normalmente en el transcurso de la tenencia frente a un juzgado experto en familia, en el cual, el padre que no posee la tenencia, o que la alardea, al codiciar lograr protección jurídica para su interés, inicia demandando en oposición al otro padre la peleada tenencia de su menor, con

el objetivo que se quede con él, para que la contraparte solo pueda mantener visitas bajo un régimen.

El desarrollo de esta demanda continúa por la vía procedimental dado por el Proceso Único, de tal forma que, si aspirara a consolidar una sucesión de las etapas que presenta el proceso de tenencia, sería la siguiente:

- a) Demanda.
- b) Admisorio.
- c) Contestación.
- d) Audiencia única.
- e) Dictamen.
- f) Sentencia.

Se decreta la tenencia en primer lugar, cuando hay una decisión conforme por ambos padres, y para ello se consideró la opinión del hijo. Si se da el caso donde no se llega a una decisión en común, o si es que la solución escogida no es beneficiosa para el hijo, el encargado de determinar la tenencia será el juez, ya que este promulgará las precauciones imprescindibles para que el menor viva tranquilo.

De esta manera esta decretado en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes (citado por del Águila, 2019), donde indica expresamente que cuando los padres estén separados, 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.

Mientras tanto el transcurso, mirándolo de manera formal, se podrá buscar que el juez indagará particularidades si continuaría para entregar la tenencia o no al demandante, pero lo que se busca realmente, es el decretar lo más adecuado para el menor o adolescente depende del caso; y es que el objetivo real del proceso de tenencia es vigilar, el bienestar de los hijos, los cuales deberán siempre estar en

contacto con ambos padres para su desarrollo normal, sin involucrar la convivencia mutua junto al menor.

El Código de los Niños y Adolescentes, decreta que el juez, en el momento de determinar su decisión, deberá tener en cuenta los siguientes criterios:

- a) El tiempo de permanencia del menor con los padres, a fin de analizar con quien el menor tuvo una convivencia más duradera
- b) La edad del menor, ya que de ser el caso que el hijo sea menor de tres años, deberá permanecer con la madre. Sin embargo, pese a estas consideraciones, no debe dejar de observar siempre que se priorizará el otorgamiento de la tenencia a quien mejor garantice el derecho del menor a mantener contacto con el otro progenitor, debido a que el juez tendrá como principal objetivo que el menor viva en un ambiente familiar que le permita crecer en armonía.

El seguimiento al objetivo señala que el área del equipo multidisciplinario de las diferentes cortes superiores del Perú, contengan un papel notable en los procesos de tenencia, puesto que tendrán que ejecutar evaluaciones psicológicas frente a los padres y también sobre el menor, tomando de igual manera, la responsabilidad de ejecutar visitas sociales en las viviendas de los padres para mirar el lugar donde viviría el menor y velarse así por su crecimiento en un adecuado hogar.

Dada la repercusión de las decisiones en este proceso manifestadas frente a los menores, el Ministerio Público toma un papel muy importante, pues dada su calidad de cuidador de los intereses del menor, antes que el juez dicte que los autos sean puestos en despacho para expresar la sentencia, el expediente es despachado a esta entidad con el fin de que manifieste un dictamen, donde se incluya una opinión acerca del caso, definiendo bases del por qué se tomó esa decisión para que sea evaluado por el juez; adicional a ello, en casos particulares, el Ministerio Público, en los momentos que cree que es preciso tomar en cuenta un documento faltante o la actuación de una prueba en particular, ya que esta puede pedir al juez que, antes de dictar la sentencia, proceda con el medio probatorio que

quedó pendiente para que pueda el Ministerio, continuar con la expresión del dictamen respectivo.

Si en la sentencia que soluciona el procedimiento de la tenencia, es manifestado como fundada, tendrá que tomarse en cuenta que el hijo tiene el derecho de continuar compartiendo con su otro padre, por ello, es adecuado determinar un régimen de visitas que se encuentre en beneficio del padre que no logró tener la tenencia, donde su realización tendrá que ser tolerada por el padre que demandó, sin que este le ponga trabas, para que este régimen de visitas se logre cumplir y origine el beneficio para el menor pues cuenta con el contado de ambos padres.

Por último, la asistencia del menor a la audiencia es totalmente importante, pues se debe tomar en cuenta sus declaraciones acerca de lo que sucede en el día a día con sus padres, además de con quién de ellos le gustaría y se sentiría más tranquilo para su vivencia. Ello depende de la edad del menor, pues a partir de eso, serán o no escuchadas sus declaraciones.

La edad correspondiente para poder participar de las audiencias es a partir de los 12 años de edad, donde su declaración puede tomarse en cuenta, y de los 12 a los 18 años sus declaraciones tienen que ser consideradas por el juez para la conclusión del tema.

A) Mecanismos legales para resolver un conflicto sobre tenencia de los hijos e hijas.

Los desacuerdos familiares son muy peculiares, a tal punto que la cualidad más singular es que no se llegan a solucionar, por ello es que nuestro ordenamiento jurídico indica que si se puede encontrar un desenlace según los acuerdos que la familia tome.

Es por esa razón, que aquellos que intenten pasar por un desacuerdo familiar, tienen que estar al día en las normas que se encuentran vigentes en ese momento además del entorno social en donde se manejan las situaciones para poder así llegar a una solución real.

Generalmente, la principal razón por la que estos conflictos se originan desde el distanciamiento de los padres, por ello, es que solo uno se queda en convivencia con los menores, tomando en cuenta que es ideal llevar a un nivel legal la tenencia y/o el régimen de visitas de los menores, a pesar de que eso aún no se encuentre en discusión.

José Estela (citado por del Águila, 2019), recomienda ver si el conflicto necesita ser intermediado por algún tercero o es factible que se solucione sin recurrir a personas ajenas, donde esta última manera es la más adecuada para mayor tranquilidad tanto de los padres como de los hijos, quienes van a transcurrir por un proceso menos dañino socioemocionalmente.

Por ello, es ideal mencionar que existen dos maneras legales para continuar con el establecimiento de la pensión alimenticia:

- Conciliación extrajudicial.
- Proceso judicial.

Es aconsejable llevar de manera serena la resolución de los desacuerdos familiares, una de esas formas es recurriendo a la vía de conciliación, lo cual evita gastos adicionales de esfuerzo, tiempo, dinero, y más que todo, eludir el aumento del conflicto familiar dado por los debates judiciales.

Con relación a la conciliación, el doctor José Alberto Estela Huamán (citado por del Águila, 2019) nos indica que es el acto jurídico e instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de este, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un convenio de todo aquello que es susceptible de transacción y que lo permita la ley, teniendo como intermediario objetivo e imparcial, la autoridad del juez, u otro funcionario o particular debidamente autorizado para ello, quien previo conocimiento del caso, debe procurar por las fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo, el que contiene derechos constituidos y reconocidos con carácter de cosa juzgada.

B) Criterios legales que deben ser apreciados para determinar la tenencia de un hijo o hija.

El artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes nos dicta una lista de formas básicas de ver la situación, que son realmente importantes a considerar:

- a) Tiempo de convivencia: esto quiere decir, que aquel padre o madre que tenga mayor tiempo viviendo con los hijos o hijas tendrá prioridad sobre la tenencia de los hijos e hijas.
- b) Hijo menor de tres años permanecerá con la madre; esta edad responde al período de lactancia y al pensamiento psicológico que todos los hijos e hijas en los primeros años de su vida necesitaría siempre de la cercanía de madre.
- c) Contacto con ambos padres; lo cual implica que sin perjuicio de los dos aspectos mencionados, se deberá priorizar la tenencia de los hijos e hijas a aquel progenitor que permita al otro progenitor tener acceso a los menores hijos e hijas sin impedimento legal alguno.

Complementando lo dicho anteriormente, existe otro criterio legal que varias veces no es tomado en cuenta y se considera que solo responde a criterios contenidos en jurisprudencia, cuando realmente se encuentran estrictamente regulados en la normativa.

Así tenemos que el artículo 340° del Código Civil (1993) nos otorga un criterio que aunque en ocasiones no es apreciado con profundidad, sirve de guía para los jueces al momento de resolver:

- a) Los hijos varones mayores de los siete años quedan a cargo de los padres.
- b) Las hijas menores de edad se quedan con la madre.
- c) Los hijos menores de siete años se quedan con la madre.

Tener en cuenta para un adecuado acuerdo entre padres y madres para determinar lo mejor para los hijos e hijas.

C) Juez competente para analizar los procesos judiciales sobre tenencia de hijos e hijas

Cada vez que se define el juez competente para analizar un conflicto específico de intereses, debe tomarse en cuenta determinados aspectos que son relevantes jurídicamente:

- a) **Jerarquía:** por este concepto corresponde al juez especializado conforme señala el artículo 160° del Código de los Niños y Adolescentes.
- b) **Territorio:** de conformidad con lo establecido en el artículo 21° del Código Procesal Civil, el juez del domicilio del menor hijo e hija será el competente.
- c) **Materia:** se trata de conflictos familiares y en consecuencia, la materia tiene que ver con el Libro III del Código Civil referente al derecho de familia y en consecuencia es materia de familia.
- d) **Cuantía:** en temas familiares las pretensiones no son cuantificables y en consecuencia no es pertinente el presente ítem.
- e) **Turno:** respecto del turno, en pretensiones sobre materia de familia, no se aplica el turno, salvo los casos en materia de violencia de conformidad con lo establecido en la Ley 30364 – ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar-, en donde los jueces si se turnó para la recepción de denuncias orales que puedan presentarse. En materia de tenencia, esto no es aplicable.

D) Vía procedimental para analizar los procesos judiciales de tenencia de hijos e hijas.

El artículo 161° del Código de los Niños y Adolescentes señala de manera expresa lo siguiente: “La vía procedimental es la que corresponde al Proceso Único”.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que en forma supletoria debe aplicarse el Código Civil y el Código Procesal Civil para los casos de tenencia conforme lo establece en el artículo 1820 del Código de los Niños y Adolescentes.

E) Pruebas sugeridas para ser presentadas en los procesos judiciales sobre tenencia de hijos e hijas

Conforme lo precisa Devis Echandía (como se cita en del Águila, 2019), nos dice que por pruebas judiciales se entiende, las razones o motivos que sirven para llevar al juez la certeza sobre los hechos; pero en un sentido general, se entiende por prueba judicial, tanto los medios como las razones o los motivos contenido en ellos y el resultado de estos

Atendiendo a lo precisado y con el objetivo de una correcta estrategia procesal, debemos tener en cuenta que medios probatorios son elementos jurídicos a los anexos, toda vez que los primeros buscan acreditar un punto controvertido que se haya establecido en el proceso. Si bien es cierto el medio probatorio puede ser anexado a la demanda, no necesariamente será así, y por lo tanto, no siempre se consignará el medio probatorio dentro de los anexos y precisamente por esa razón, todo medio probatorio no necesariamente es un anexo.

Para una mejor comprensión pensemos por ejemplo en la evaluación psicológica de los padres, madres, hijos e hijas que usualmente se realizan en el propio expediente y por tanto los informes aún no existen cuando se interpone la demanda y en consecuencia no se pueden anexar los resultados pero sí es posible que se coloquen las futuras realizaciones de las citadas evaluaciones como medios probatorios que se puedan ofrecer.

En segundo lugar, a efectos de que el lector tenga mejores resultados frente a los diversos casos que acontecen sobre la determinación de la tenencia de los hijos e hijas, les presento sugerencias a partir de los alcances normativos y doctrinarios que hemos venido indicado en las líneas de la presente obra.

Así tenemos como pruebas sugeridas para los casos de la tenencia de hijos e hijas a las siguientes:

1) Pruebas a presentar en todos los procesos de tenencia

La única prueba aplicable a todos los casos de tenencia de los hijos e hijas es precisamente aquella, que permite verificar que los demandantes y demandados tienen precisamente la calidad de padres o madres y ¿cuál es esta prueba?, pues

precisamente la partida de nacimiento de la hija o hijos que se encuentran en medio del conflicto.

Favor tener en cuenta que la simple existencia de la partida de nacimiento no genera vinculación de padres, madres, hijos e hijas sino que es necesario que en las citadas partidas se pueda verificar la existencia de filiación extramatrimonial o matrimonial que efectivamente pueda acreditar la relación paterno filial jurídicamente hablando entre los demandantes, demandados y los menores hijos e hijas.

2) Pruebas a presentar dependiendo del caso en concreto

Dependiendo de las circunstancias, pueden considerarse diversas pruebas para ser ofrecidas, sin embargo, sugerimos las siguientes a efectos de que se tenga presente para los fines pertinentes. Dejamos en claro que la sugerencia forma parte de nuestro criterio práctico jurídico y no a un mandato estrictamente legal.

Recordar que en los conflictos familiares más que la prueba que pueda presentar, es relevante la actitud que se manifieste ante el jurisdiccional, pues así se analizarán las posiciones positivas o que los padres o madres puedan manifestar y por ello, es necesario que estrategia legal no solamente observe aspectos probatorios sino aspectos psicológicos.

F) Casos de procedencia de una tenencia provisional

La tenencia provisional es una medida temporal sobre el fondo, modalidad de medida cautelar que se encuentra regulada en el artículo 674 del Código Procesal Civil.

Esta específica medida cautelar de tenencia provisional, puede ser interpuesta pues así lo permite específicamente el artículo 870 del Código de los Niños y Adolescentes al afirmar que si el caso lo requiere, es procedente solicitar una tenencia provisional.

La interrogante que surge es, ¿todos los demandantes pueden solicitar la medida cautelar de tenencia provisional? La respuesta negativa es la correcta, esto es así debido a que solamente aquellos demandantes que no viven junto con sus hijos son los que sí tienen la posibilidad de solicitar esta medida cautelar, mientras

que aquellos que ya viven con sus menores hijos y que solo buscan una protección legal a la tenencia de hecho que ostentan, no gozarían de esta posibilidad.

Debe tenerse presente que de conformidad con el artículo 7 del reglamento de aranceles judiciales, las solicitudes de medidas cautelares de tenencia se encuentran exonerados del pago de aranceles por lo que no será necesario el abono por medidas cautelares, pago de aranceles judiciales. Los procesos de ejecución de actas de conciliación extrajudicial de alimentos, provisional y/o laboral y las solicitudes de medidas cautelares en proceso de tenencia de menor y régimen de visitas, atendiendo a los límites de exoneración establecidos en el artículo 8 del presente reglamento.

G) Tenencia compartida

En el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes (citado por del Águila, 2019), nos define de manera específica que el juez tiene la capacidad de determinar lo que es alusivo a la tenencia compartida.

Para entender un poco mejor lo que es la tenencia compartida, podemos explicar que ello, involucra a ambos padres para que convivan con los hijos, pero en espacios únicos, de esa forma pueden fraccionar el tiempo de vida con ellos.

Como ejemplo tenemos que una madre puede tener la tenencia de los hijos en las primeras dos semanas del mes, y el padre las siguientes dos semanas. Otra forma es, que el menor se quede con el padre de lunes a jueves en la mañana, y la madre lo tendrá desde el jueves en la tarde hasta el domingo. El objetivo final es que los niños se mantengan junto a los dos padres, donde cada uno de ellos tendría que encargarse de los requerimientos del menor de manera directa, sin la necesidad de instaurar una pensión alimenticia que se encuentre a cargo de alguno de los padres.

Se puede deducir de la experiencia judicial, que el asegurar que la menor cantidad de jueces apelan a este tipo de tenencia compartida, cada vez que es tomada en cuenta como dañina para el desarrollo normal de los menores, yéndose al lado de la tenencia monoparental, en otras palabras, es aquella donde solo uno de los padres obtendrá la tenencia en tanto al otro, le tocaría el régimen de visitas.

Una situación parecida son las que encontramos en los centros de conciliación, los cuales otorga el Estado gratuitamente, y es el lugar, donde no se logran las tenencias compartidas, ya que ellos consideran que los menores no tendrían un crecimiento psicológicamente adecuado puesto que cuentan con direcciones y hogares diferentes.

Como conclusión, tenemos claro que la norma se puede utilizar en los casos de régimen de visitas y tenencia; donde podemos encontrarlas en:

- La Convención sobre los Derechos del Niño
- La Declaración de los Derechos del Niño.

H) Normas internacionales a considerarse sobre tenencia de los hijos e hijas

En este ítem deseamos presentarles a ustedes normativas, que les pueden ser de apoyo en caso en sus argumentaciones de defensa o de opiniones o de resoluciones, puedan hacerlas alusión al tratar temas sobre la tenencia de los hijos e hijas. Dejamos sentado que la normativa también puede ser empleada para los casos de régimen de visitas. Las normativas que les presentamos son dos: La Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño.

1) Convención sobre los Derechos del Niño 1989

Artículo 9:

- a) Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con- la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

- b) En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo I del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones,
- c) Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello, es contrario al interés superior del niño.
- d) Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Estados partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 12:

- a) Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
- b) Con tal fin, se dará en particular al niño 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.

Artículo 18:

- a) Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá

a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el Interés Superior del Niño.

- b) A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

2) Declaración de los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1959)

La asamblea general

Proclama la presente Declaración de Derechos del Niño, a fin de que este pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian, e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y que luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole, adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios:

Principio VI

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

1.1.1.3.2. Principio del interés superior del niño

A) Desarrollo histórico

Desde los albores de la humanidad existió una inclinación natural hacia la protección de un niño, y ello, sobre todo, de la madre en el llamado matriarcado, por cuanto se trataba de un nuevo miembro de la tribu, horda, etc., el mismo que por su tamaño y características inofensivas, merecía protección, el cual también se extendía hacia los demás miembros del grupo o colectivo.

Esta protección ha ido evolucionando a través de los años, y momentos históricos, siendo que en la antigua Roma y Grecia solo se protegía a los niños hijos de los ciudadanos, mas no a los hijos de los esclavos, a quienes en muchas ocasiones se dio un trato cruel al igual que a sus padres.

Esta situación fue superada ya a partir del siglo XIX, en el cual muchos países comenzaron a tener en cuenta el valor de la protección de un niño, el mismo que ya lo veían como el futuro sucesor de la familia, el que llevaría el apellido y debía continuar con la tradición familiar y cuidar de los bienes de los padres.

Ante ello, luego de una fundación de la Organización de las Naciones Unidas, con la Carta de San Francisco, hubo reuniones entre los representantes de los distintos Estados, los que asumieron su interés por el desarrollo y protección del niño. Es por ello que la aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de derecho" del niño que se ha desarrollado durante el siglo XX.

Históricamente, vemos que a partir de años ochenta surge una fuerte tendencia hacia la protección integral de los menores de edad, ello en virtud del ya famoso Principio del Interés Superior del niño. Sin embargo, dicha protección no siempre se ha notado en avances y resultados esperados, como, por ejemplo, la de dichos menores se ha incrementado porque todos los días en diversos medios de comunicación vemos que un niño, una niña, e incluso bebés, han sido objeto de ultraje sexual, violencia familiar, agresiones físicas, e incluso parricidios y asesinatos.

A pesar de contar con todas las normatividades, la protección del interés superior del niño es ínfima. Se tiene que el Comité de los Derechos del Niño (1991) emitió orientaciones respecto a la forma y contenido de los informes que han de presentar los Estados según el artículo 440 de la Convención. Ahora, en el apartado " Principios Generales" se explica que los miembros deben aportar información pertinente sobre el cumplimiento y aplicación de las disposiciones de la Convención en lo que se refiere a los principios de no discriminación, al interés superior del niño, al derecho a la vida, su pervivencia y desarrollo, y al respeto a la opinión del niño. El acento en estas cuatro disposiciones, catalogadas como principios fundamentales, se repite en Observaciones Generales emitidas por el Comité con posterioridad y en la Opinión Consultiva N. 017 sobre la condición jurídica del niño emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013).

En el año 1990, el Perú ratificó la convención Intencional de los Derechos del Niño (1989) y se obligó a cumplirla, basada en una nueva doctrina llamada de la Protección Integral del Menor y el principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente.

En el año 1992, se promulga el Código de los Niños y Adolescentes, significando un cambio de paradigma en el tratamiento legal frente a los adolescentes y los niños, los cuales no son ya objeto de compasión y represión, sino sujetos de derechos en proceso de desarrollo. En el ámbito penal se establece una normatividad exclusiva para el adolescente infractor diferenciándolo del menor en estado de abandono.

La doctrina respecto al Interés Superior del Niño ha ido evolucionando. Podemos citar a María Josefa Méndez (2006) quien ha profundizado en el rol de los principios jurídicos, específicamente en el derecho de familia (Rivas, 2015). Dicha autora concluye que los principios que emanan de la *afectio familiae* son principios en el sentido que el jurista Ronald Dworkin señala, esto es, estándares que responden a una exigencia de justicia, pero, además, con un fuerte contenido ontológico en tanto coinciden con los derechos humanos fundamentales. En ese sentido, se identifica el interés superior del niño con los derechos humanos del niño con eficacia interpretativa, programática y de efectividad inmediata (Mendez, 2006).

Otro autor que sigue la misma corriente es Miguel Cillero (1999), quien comparte la visión anterior, pero resalta que el Interés Superior del Niño no es simplemente un principio jurídico. Se aventura afirmando que es un principio jurídico garantista, en cuanto permite la resolución de conflictos de derechos y a la vez promueve su protección efectiva.

Ello a fin de comprender la dualidad planteada, es necesario explicar que el autor es enfático en expresar que gracias a la promulgación de la Convención sobre el Niño, ya no es posible afirmar que el Interés Superior del niño es una directriz vaga e indeterminada a que su contenido es precisamente el catálogo explícito de derechos contenidos en la misma Convención. Miguel Cillero (1999) resalta la necesidad de plantear una discusión hermenéutica en relación al interés superior y los demás derechos de la Convención, debido a que el concepto tiene sentido en la medida que las autoridades se encuentran en estricta sujeción en forma y contenido de los derechos

Él mismo, en cuanto a la dimensión de dicho principio, cita a Luigi Ferrajoli (como se cita en Cillero, 1999) para describir una garantía como vínculos normativos idóneos para asegurar la efectividad de los derechos subjetivos.

Ahora bien, se tiene que el principio del Interés Superior del Niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es atribuida debido al extenso uso de este principio en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado (como se cita en Orbegoso, 2019).

Vemos que el análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos (como se cita en Orbegoso, 2019).

Luego, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos

diversos de sus padres. En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que solo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres (Goonesekere, 1994).

Se observa igual trayectoria en el derecho francés. Esta segunda fase tiene como característica principal que el Estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona Británica o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el Tribunal, para un mayor bienestar de los niños, pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio (Rubellin, como se cita en Orbegoso, 2019).

En consecuencia, se puede decir que los intereses de los niños y de algún modo una incipiente semilla de derechos, pasan además a ser parte de los asuntos públicos (Cilleno, como se cita en Orbegoso, 2019).

Se tiene que en América Latina esta evolución se deja ver también en el derecho de familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo. (Cilleron 1994)

El principio del Interés Superior del Niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente y, por consecuencia, jurídicamente protegido. Tanto en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia y en muchos lugares han sido refrendadas por una legislación posterior (Cillero, como se cita en Orbegoso, 2019).

Una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia que si bien, en un primer momento, se avanzó a través del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado, para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.

Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia (García, 1997). Solo con el proceso iniciado con la Convención en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres como del Estado (Cillero, como se cita en Orbegoso, 2019).

La evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños, revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los "niños primero", hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16).

Es por ello, que de este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto.

Cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad, el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

Por su parte, Aguilar Cavallo (2008) precisa que en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la primera declaración que consagró los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra sobre los derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924.

Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General (en adelante la AG) de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la ONU) aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño. Más adelante, en 1959, ante la necesidad de una más directa protección de los derechos de los niños en el mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño (1959).

Sin embargo, dada la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados partes y ya no tan solo con una declaración, nace la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989, cuya entrada en vigor se produjo tan solo 9 meses después de su adopción, el 2 de setiembre de 1990.

La CDN es el tratado internacional que presenta la mayor cantidad de ratificaciones en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación uniforme de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños contenidos en dicha Convención. Esto último, perfectamente podría constituir un claro indicador del carácter consuetudinario de las normas sobre derechos de los niños contenidos en la CDN.

B) Desarrollo epistemológico

El principio del interés superior del niño se encuentra plenamente establecido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (2000), cuyo texto es el siguiente:

Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.

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 nuestro país, Chunga La Monja (2016) sostiene que dicho principio consiste en dar preferencia al niño en la aplicación del derecho que pueda corresponder a un adulto.

Olguin Britto (2011) también señala que nuestra norma máxima, la Constitución Política, también reconoce una protección especial al niño y al adolescente en el artículo 4. Además, establece en el artículo 6, como objetivo de la política nacional de población, la promoción de la paternidad y maternidad responsable; el deber y derecho de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como la igualdad de los hijos sin considerar el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación.

La medida, a la que se hace referencia —continúa la autora— debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso, sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Además, la atención debe ser prioritaria, pues el Interés Superior del Niño y del Adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.

También es importante señalar que nuestro país desde el año 1990 se encuentra obligado internacionalmente (Constitución Nacional) con la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño (1959), que en su artículo 2 establece que los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de (...) las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

En cuanto al artículo 3 del mismo texto internacional, se establece también que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. También se establece que los Estados

partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Por su parte, el artículo 4 establece que los Estados partes deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional (Olguin, como se cita en Orbegoso, 2019)

Para Aguilar Cavallo (2008), se trata de uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño, niña y adolescente, entendiendo desde este momento que, de acuerdo a cómo lo establecen los estándares internacionales, en particular el artículo 1' de la Convención sobre Derechos del Niño (1990) (en adelante la CDN), niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad.

Evidentemente, se pueden apreciar ciertas diferencias entre una persona de 5 años y una persona de 14 o 15 años, tal como lo hace Saramago (2007) en su autobiografía de la infancia, razón por la cual, en la terminología moderna se habla de niño y adolescente, como dos situaciones jurídicas que, a partir de un lenguaje común, deberían recibir un tratamiento diferenciado (Corte I.D.H., 2002). Con todo, en ambos casos, uno de los principios rectores en materia de derechos del niño — niños y adolescentes— es el principio del interés superior del niño.

Este principio goza de reconocimiento internacional universal, y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional general (Aguilar, como se cita en Orbegoso, 2019).

En los distintos ordenamientos — continúa el autor — recibe similares denominaciones. Así, en el mundo anglosajón recibe el nombre de "best interests of the child" o "the welfare of the child"; en el mundo hispano se habla del principio del "interés superior del niño"; y en el modelo Francés se refiere a "l'intérêt supérieur de l'enfant". Sin embargo, en todos los ordenamientos jurídicos, este principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño,

pudiendo ser considerado, además, por esa razón, como un "principio general de derecho", de aquellos a los que se refiere el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

El principio del interés superior del niño tiene un reconocimiento convencional en el artículo 3.1. de la CDN, el cual reza como sigue: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño". En este contexto, Zermatten (2003) señala que los derechos del niño han conducido al niño a una nueva posición consistente en "existir como grupo social claramente delimitado entre la edad de 0 y 18 años, aun cuando esta parte de la vida sea dividida en pequeña infancia, infancia, adolescencia y juventud".

Jiménez García (2000) hace referencia a que el principio del interés superior del niño es el compromiso de los Estados partes a colocar el interés del menor por encima de toda medida adoptada en la que se vean involucrados niños, ya sea que estas decisiones se tomen por instituciones públicas o privadas, por autoridades administrativas tribunales y órganos legislativos. Argumento que prevalece en todo el texto de la Convención, en su artículo 3.1. Cabrera Vélez (2010), al hacer un estudio sobre la concepción del "interés superior del niño", enseña que inviste una compleja circunscripción, ya que se trata de un código difuso con un alcance total; que en teoría debe aplicarse cuantas veces favorezca al menor y que además posee orden de prelación frente a cualquier otro derecho que se le coteje. Haciendo mención a la creación del principio, se puede apuntar en términos generales que con su institución se ha buscado fundar en el contexto mundial el verdadero poder del menor para reclamar la satisfacción de sus derechos y necesidades esenciales

En un concepto, prosigue el autor, construido por las diversas expresiones consultadas, se puede definir al "mejor interés del menor" como: La directriz aplicable a cualquier tema de minoridad, que obliga al administrador público y persona particular, a tomarla decisión más benéfica sobre los derechos de este grupo, aun cuando existan otros intereses en el mismo contorno; provocando así un efectivo resguardo a la integridad física y emocional del menor.

C) El principio fundamental amparado a la constitución

El principio fundamental del interés superior del niño posee un total reconocimiento universal y es por tal motivo que ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional en General, de cumplimiento obligatorio para todos los países suscribientes de la Convención sobre los Derechos del Niño, y del cual el Perú es parte (1990).

De ello, en los distintos ordenamientos de otros países recibe similares denominaciones; así, en el mundo anglosajón acoge el nombre de "best interests of the child" o "the welfare of the child"; en el modelo Francés se lo llama "l'intérêt supérieur de l'enfant"; y en la denominación de habla hispana (Latinoamérica) se le nombra como el "interés superior del niño".

Coincidimos con Cabrera Vélez (2010) cuando elabora un detallado estudio sobre los varios títulos detallados. Existen tres palabras que definen el principio, a saber:

1) Interés.

Para el motivo de esta investigación, se ha buscado una enunciación que coteje a la palabra "interés" con el mundo jurídico y específicamente con el derecho de menores; enunciación que ha sido encontrada en la Enciclopedia Encarta, y se desglosa de la siguiente manera: "interés. (Del lat. interesse, importar).m.6. Conveniencia o beneficio en el orden moral o material". Se puede apreciar tres factores dentro de la definición citada: primero, interés deviene del latín interesse, palabra que en su esencia significa "importar", lo cual refleja la intrínseca categoría que atañe la invocación del principio; ya que el importe obedece a la idea de llevar un valor dentro de sí mismo. Segundo, el beneficio, por su parte, es un bien que se recibe; para el caso, es la prevalencia de un derecho otorgado. Tercero, se deduce que es dentro de la órbita del orden moral en donde debe actuar esta categoría.

2) Superior.

Consultamos varios diccionarios y tendremos que emitir un aserto propio, que mantenga simetría con la lingüística del principio. Con "superior" se precisa el derecho que despliega un fin más precioso en cuanto a su utilidad, sobre otros de

menor bondad. En tanto se hable de un interés superior, se estará frente a un derecho de primera generación, derecho prócer, que sostiene un finalismo necesario para la sociedad, sobre el cual no puede pesar desmedro alguno.

3) Niño.

Palabra con la que se limita al ser humano, que se halla en un período comprendido entre la natalidad y la adolescencia; entendiéndose universalmente que la edad para ser considerado adulto es la de 18 años. Planteamiento aceptado para el estudio, en las veces que esta noción se establece normativamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, —el autor propone esta norma— artículo I: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por a todo ser humano menor de dieciocho años de edad bajo la premisa de esta norma, se puede entrever que los adolescentes se suman a la directriz, pese a ser un grupo diferenciado en base a su edad y necesidades.

En tal sentido, usar esta palabra es un evidente error lingüístico, ya que niño y adolescente son dos palabras disímiles, con las que se identifica a humanos de diferente edad. Por lo que se recomienda utilizar la calificación de "menor" en lugar de "niño".

1.2. Formulación del problema de investigación

1.2.1. Problemas general

PG. ¿Cuáles son los criterios legales apreciados por el juez para determinar la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur -2020?

1.2.2. Problemas específicos

PE 1. ¿El tiempo de convivencia con los padres es un criterio legal apreciado por el Juez para determinan la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur-2020?

PE 2. ¿La edad es un criterio legal apreciado por el Juez para determinan la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur-2020?

1.3. Justificación

El presente trabajo de investigación titulado criterios legales apreciados por el juez para determinar la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur -2020, tiene una justificación social, y jurídica; actualmente a la sociedad están en un proceso de cambios estructurales dichos cambios traen como consecuencias el resquebrajamiento de las células base de la sociedad que es la familia, es decir, en los últimos años se han incrementado los divorcios y la separación de cuerpos el cual tiene como efectos la tenencia es decir con quien van vivir los hijos.

En tal sentido, que desde la perspectiva social se busca con la investigación, que el criterio que debe tomar el juez cuando tenga que otorgar la tenencia del niño y niña, sea la más justa y que esta decisión no vulnere el interés del niño.

1.4. Relevancia

La relevancia que existe en el presente trabajo de investigación radica en que hay escasos trabajos, por lo tanto, los aportes serán de beneficio para la sociedad por las concepciones novedosas, que están orientadas a crear nuevos paradigmas, nuevas doctrinas y normas inspiradas en la protección integral del niño en base al Principio del Interés Superior del Niño.

Quien se encuentra inmerso dentro de una sociedad en conflicto social pueda hacer efectiva la protección que se busca para los menores sujetos dentro de un proceso judicial sobre tenencia en donde sus padres entran en conflicto y siendo necesario que este criterio del Juez sea el más adecuado para los intereses del niño niña y adolescente.

1.5. Contribución

El presente trabajo de investigación es útil, porque a través de este estudio nos permite aportar nuevos alcances en el derecho de familia, especialmente en la Institución de Tenencia Prevista en el artículo 81 de Código de los Niños y Adolescentes, alcances que serán empleados por los estudiantes de derecho especialmente de la Universidad Privada Telesup.

Asimismo, va a contribuir como material de consulta por parte de los Jueces Especializados de Familia a fin de evaluar el criterio que tengan que escoger en

cuanto a la edad, y el tiempo de permanencia del niño, niña con el padre a fin de otorgar la tenencia pero a la vez que esta decisión deberá estar debidamente fundamentada y sobre todo que la decisión no perjudique al niño, o niña.

1.6. Objetivos

1.6.1. Objetivo general

OG. Determinar cuáles son los criterios legales apreciados por el juez para determinar la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur - 2020

1.6.2. Objetivos específicos

OE 1. Determinar si el tiempo de convivencia con los padres es un criterio legal apreciado por el juez para determinar la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur – 2020

OE 2. Analizar de si la edad es un criterio legal apreciado por el juez para determinar la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur – 2020

II. MÉTODOS Y MATERIALES

2.1.- Hipótesis de la investigación

2.1.1. Supuestos de la investigación

2.1.1.1. Supuesto principal

SP El juez sí utiliza criterios legales para determinar la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur - 2020

2.1.1.2. Supuestos específicos

SE 1 El tiempo de convivencia con los padres sí es un criterio legal apreciado por el juez para determinan la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur - 2020

SE 2 La edad sí es un criterio legal apreciado por el juez para determinan la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur - 2020

2.1.2. Categorías de la investigación

2.1.2.1. Categoría principal

CP Criterios legales apreciados por el juez para determinar la tenencia del niño, niña.

2.1.2.2. Categorías secundarias

CS 1 El tiempo de convivencia con los padres es un criterio legal apreciado por el juez

CS 1 La edad es un criterio legal apreciado por el juez

2.2. Tipo de estudio

En la presente investigación es de tipo:

- Cualitativa
- Básica
- No experimental

2.3. Diseño

Los diseños utilizados son:

- Teoría fundamentada
- Teoría narrativa

2.4. Escenario de estudio

Para el presente trabajo de investigación, se ha buscado el escenario idóneo para tal fin considerando nuestra población que tengan las condiciones similares al tema de investigación o que sus actividades, tengan la misma afinidad, es decir que se ha desarrollado en los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur.

2.5. Caracterización de sujetos

Para el presente trabajo de investigación titulado Criterios legales apreciados por el juez para determinar la tenencia del niño, niña en la CSJ lima Sur -2020, integrado por los Jueces Especializados de Familia, en vista que son estos magistrados, quienes llevan procesos de tenencia, variación de tenencia y dentro sus facultades está la de sentenciar declarando fundada o infundada una demanda, es decir, otorgar la tenencia o a la vez denegar la tenencia, y a la vez, también es importante sus aportes mediante entrevistas y encuestas sobre el fundamento de los criterios legales para determinar la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur - 2020.

2.6. Plan de análisis o trayectoria metodológica

El investigador ejecutó un trabajo de indagación que es de forma de relato y estudio, logrando localizar el inconveniente de averiguación, de aquella forma que logren establecer los fines y de esa forma que se ejecute la entrevista de esta forma, logrando reconocer los resultados, a su vez establecer los resultados y ejecutar las recomendaciones.

2.7. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

- **Técnica:** encuesta
- **Instrumento:** entrevista anónima

2.8. Rigor científico

En esta investigación se presenta un conjunto de investigaciones a lo largo de nuestra realidad, tomando en cuenta nuestras normas, es así analizando y observando aquellos vacíos legales de los cuales hemos enfocado nuestro estudio; a través de investigaciones muy relevantes.

2.9. Aspectos éticos

Para el presente trabajo de investigación se ha tomado en cuenta primero la Declaración Jurada de Autoría del Trabajo sin haber incurrido en faltas como son copia o plagio, se ha considerado la cita correspondiente conforme lo establece el modelo APA, para el trabajo titulado Criterios legales apreciados por el juez para determinar la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur -2020, asimismo, se ha respetado la identidad de los encuestados y entrevistados a los quiénes se les solicitó la autorización y el consentimiento de participar en la presente investigación de conformidad con la ley de protección de datos personales.

III. RESULTADOS

- 1) En el presente trabajo de investigación después de evaluar, las entrevistas y las encuestas realizadas a los Jueces Especializados en Familia se encontró como resultados sobre lo establecido en determinar cuáles son los criterios apreciados por el Juez de Familia en cuanto a la valoración del tiempo de convivencia que tuvo el niño, niña con sus padres, como un criterio legal para determinar el otorgamiento de tenencia a quien no vive con su padre y que acciona mediante una demanda de tenencia o variación de tenencia. Se encontró que existe un criterio distinto por los señores magistrados, en cuanto al criterio de valoración sobre el mayor tiempo de convivencia con uno de sus progenitores.
- 2) Sobre el criterio de valoración en cuanto a la correspondiente de tres años de edad como criterio legal apreciados por el juez para determinar la tenencia del niño, niña a favor de la madre, este criterio también no existe uniformidad por cuanto los jueces manifiestan que debido a esta edad necesita de la mayor atención y cuidado maternalmente excepcionalmente se puede variar lo preceptuado por el Código del Niño y Adolescente, con el fin de prevalecer lo que mejor le corresponde conforme lo establece el Interés Superior del Niño.

IV. DISCUSIÓN

En el presente trabajo de investigación se han tomado en consideración los resultados y después de analizarlos se ha determinado en la discusión de los mismos que en realidad estos están dentro de los siguientes parámetros, primero, que en cuanto al criterio de valoración del tiempo de permanencia este existe un 100 % por ciento que la decisión de los Jueces de Familia, se basó en este criterio, sin embargo, no es absoluto por cuanto se debe evaluar otros factores es decir, que el entorno en el cual se va a resolver este debe ser lo más saludable para el niño, niña, sin embargo, esta decisión muchas veces no es un criterio unificado.

Sobre el criterio de edad menor de tres años las respuestas fueron que en 90% este también fue una respuesta, por discutir en cuanto que los Jueces de Familias recurren a este criterio fundado que por la edad necesitan estar al lado de su mamá por los cuidados a los que son necesarios propias de la edad, sin embargo, falta unificar criterios y también alguna capacitación para fundar dichas decisiones,

V. CONCLUSIONES

En el presente trabajo de investigación se ha arribado a las siguientes conclusiones.

- 1) Se concluye que en cuanto al criterio legal que deben adoptar los Jueces de Familia el Juez basados en el tiempo de convivencia que tuvo el niño, niña para determinan la tenencia del niño, niña, esta es tomada en consideración, sin embargo, no existe un criterio uniformado al momento de evaluar los informes y protocolos recibidos por el equipo multidisciplinario.
- 2) Se concluye que en cuánto al criterio legal que deben adoptar los Jueces de Familia el Juez basados en la edad del niño, niña para determinan la tenencia, esta es tomada en consideración este factor sin embargo no existe un criterio uniformado al momento de evaluar los informes y protocolos recibidos por el equipo multidisciplinario y fundar una decisión distinta a los establecido en el código de los niños y adolescentes.
- 3) Que la institución de tenencia, prevista el Código de los Niños y Adolescentes, existe un vacío legal por cuanto los jueces han manifestado que falta determinar o precisar cuáles son los criterios de valoración en cuanto a la valoración de los exámenes e informes emitidos por el equipo multidisciplinario del Juzgado de Familia.

VI. RECOMENDACIONES

- 1) Que, el Poder Judicial en coordinación con el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables realice una campaña de capacitación a los Jueces Especializados de Familia y a los profesionales del equipo multidisciplinario con la finalidad de que en los procesos de tenencia al momento de valorar el criterio basado en el tiempo de permanencia y edad del niño, niña, para la decisión de la tenencia o variación de tenencia, el criterio legal debe ser uniforme basado en el Interés Superior del Niño. Y de esta manera, que la toma de decisiones sea la más indicada para el bienestar de los menores.
- 2) Que, al existir un vacío legal de la institución de tenencia previsto en el Código de los Niños y Adolescentes, se deberá convocar un equipo multidisciplinario con el objetivo de realizar modificaciones en cuanto a los criterios legales para la toma de decisiones de los Jueces de Familia a fin de que dichos criterios deben ser uniformes y establecidos en el presente código.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 01, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

Anilema, R. (2018) *El principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, en los procesos jurídico administrativos de la adopción internacional en el ecuador*. (Tesis de Pregrado) Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ambato, Ecuador.

Artículo 340° del Código Civil.

Artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo 85° del Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo 87° del Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo 138° del Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo 160° del Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo 161° del Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo 175° del Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo 182° del Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo 21° del Código Procesal Civil

Artículo 674° del Código Procesal Civil

Artículo 7° del Reglamento de Aranceles Judiciales.

Bonnard, J. (1991). La garde du mineur et son sentiment personnel. *En Revue Trimestrielle de Droit Civil*. N° 1. Año 90. París.

CABRERA, J. (2010). *Interés Superior del Niño. El adendum a los libros escritos sobre el Derecho de Menores*. Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.

- CABRERA, J. (2010). Interés sobre el Derecho de Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010. p. 23.
- CHUNGA, E., CHUNGA, L. y CHUNGA, C. (2016). *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes. La infracción penal y los derechos humanos*. Lima: Editorial Grijley.
- CILLERO, M. (1994). *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile*, en PILOTTI, Francisco (ed). *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*. Montevideo: Instituto Interamericano del Niño.
- CILLERO, M. (1999). *El interés superior del niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*.
- Código de los Niños y Adolescentes (2000)
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Organización de las Naciones Unidas).
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (1993)
- Convención sobre los Derechos del Niño (1990)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Comentario General No. 5 párrafo 12, Observación General No.14*
- CORTE I.D.H. (2012). Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17.
- Cossio, C. (2015). *La vía penal y los procedimientos de los magistrados del módulo básico de justicia de jauja para garantizar el cumplimiento de la obligación alimentaria* (Tesis de pregrado). Universidad Peruana del Centro. Huancayo, Perú.
- Declaración de los Derechos del Niño (1959).
- Del Águila, J. (2019). *Patria potestad, Tenencia y Régimen de visitas*. Lima: Editorial Ubi Lex Asesores SAC.
- Devis, H. (1993). *Teoría general de la prueba judicial*. Vol. 1, 4° edición. Caracas: Biblioteca Jurídica.

Estela, J. (sf.). *Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos – MARC´S- en el Perú*. Lima: Centro Peruano de Justicia Alternativa y conciliación – CEPEJAC.

Facio, F. (1999). *Género y Derecho*. Santiago de Chile: Colección Contraseña.

GARCÍA, E. (1997). *Derecho de la infancia y la adolescencia: de la situación irregular a la protección integral*. Santa Fe de Bogotá: Forum Pacis, 1997.

Gatica, N. y Chaimovic, C. (1991). *La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño*. Semana Jurídica N° 13 al 19.

GOONESEKERE, S. (1994). *The Best interests of The Child, South Asian Perspective, en ALSTON, Philippe (ed.), The Best Interests of The Child, Reconciling Culture and Human Rights*. Oxford University Press.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

JIMÉNEZ, J. (2000). *Derechos de los Niños*, Cámara de Diputados LVIII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Leyva, C. (2014). *Las declaraciones juradas de los demandados con régimen independiente frente al interés superior del niño en los procesos de alimentos*. (Tesis de Pregrado). Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo, Perú.

MÉNDEZ, M. (2006). *Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.

Ochoa, C. (2017). *Principio del Interés Superior del Niño y conclusión del proceso de alimentos por inasistencia de las partes a la audiencia única, 2017*. (Tesis de Pregrado). Universidad César Vallejo. Lima, Perú.

OLGUIN, A. (2011). *El interés superior del niño y la prescripción de la obligación alimenticia*", en *Revista de Investigación Jurídica IIJS 01 (Vol. 2)*. Red Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Facultad de Derecho.

Plácido, A. (2002). *Manual de derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Riofrío, A. (2016). *Derecho del alimentante a exigir cuentas de las correspondientes pensiones alimenticias*. (Tesis de maestría). Universidad Regional Autónoma de los Andes, Uniandes, Ambato, Ecuador.
- RIVAS, A. (2015). *La evolución del interés superior de niño: hacia una evaluación y determinación objetiva*. Memoria para optar al Grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Santiago.
- Salinas, C. (2018). Criterios jurídicos para asignar la pensión alimenticia ante la protección del interés superior del niño, Arequipa 2018. (Tesis de Maestría) Universidad Católica de Santa María. Arequipa, Perú
- SARAMAGO, J. (2007). *Las pequeñas memorias*. Buenos Aires: Alfaguara.
- Silva, J. (2017). *Interés Superior del niño frente al Derecho de Alimentos*. (Proyecto de Investigación). *Universidad Regional Autónoma de los Andes. Puyo, Ecuador*.
- Varsi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Grijley.
- ZERMATTEN, J. (2003). *El interés Superior del Niño. Del análisis literal al alcance filosófico*. Informe de Trabajo.

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍA	METODOLOGÍA	DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	INSTRUMENTO
<p>Problema general</p> <p>¿Cuáles son los criterios legales apreciados por el juez para determinar la tenencia del niño, niña en la CSJ lima Sur - 2020?</p>	<p>Objetivo general</p> <p>Determinar cuáles son los criterios legales apreciados por el juez para determinar la tenencia del niño, niña en la CSJ lima Sur -2020</p>	<p>Supuesto principal</p> <p>El Juez si utiliza criterios legales para determinar la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur -2020</p>	<p>Categoría principal</p> <p>Criterios legales apreciados por el juez para determinar la tenencia del niño, niña.</p>	<p>Tipo de investigación</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cualitativa • Básica • No experimental 	<p>Diseño de teoría:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Fundamentada • Diseño Narrativo 	<p>Técnica:</p> <p>Encuesta</p> <p>Instrumento:</p> <p>Entrevista Anónima</p>
<p>Problemas específicos</p> <p>- ¿El tiempo de convivencia con los padres es un criterio legal apreciado por el Juez para determinan la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima sur-2020?</p> <p>- ¿La edad es un criterio legal apreciado por el Juez para determinan la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur-2020?</p>	<p>Objetivos específicos</p> <p>- Determinar si el tiempo de convivencia con los padres es un criterio legal apreciado por el Juez para determinan la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur-2020</p> <p>- Analizar de si la edad es un criterio legal apreciado por el Juez para determinan la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur-2020</p>	<p>Supuestos específicos</p> <p>- El tiempo de convivencia con los padres si es un criterio legal apreciado por el Juez para determinan la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur-2020</p> <p>- La edad si es un criterio legal apreciado por el Juez para determinan la tenencia del niño, niña en la CSJ Lima Sur-2020</p>	<p>Categorías secundarias</p> <p>- El tiempo de convivencial con los padres es un criterio legal apreciado por el juez.</p> <p>- La edad es un criterio legal apreciado por el Juez</p>			

Anexo 2: Instrumento

ENCUESTA

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS SEÑORES JUECES ESPECIALIZADOS DE FAMILIA DE LA CSJ DE LIMA SUR

- 1) Diga usted ¿cuántos años tiene como Juez Especializado de familia?
- 2) Diga Usted que si para otorgar la tenencia ¿considera las posibilidades de los padres o tomara el parecer del niño, niña y adolescente?
- 3) Diga usted si ¿la tenencia compartida afecta el desarrollo social del niño?
- 4) Diga usted si ¿usted si es participe de la tenencia compartida?
- 5) Diga usted ¿qué criterios legales aprecia para determinar la tenencia del niño, niña?
- 6) Diga usted ¿cómo valora el criterio legal del tiempo de permanencia o convivencia para determinar la tenencia del niño, niña?
- 7) Diga usted ¿cómo valora el criterio legal la edad menor de tres años para determinar la tenencia del niño, niña?
- 8) Diga usted ¿a pesar tomar el criterio edad menor de tres años también valora los informes sociales y psicológicos de los padres?

- 9) Diga usted ¿a pesar de tomar el criterio edad menor de tres años también valora los informes sociales y psicológicos de los niños y niñas?
- 10) Diga usted ¿a pesar de tomar el criterio convivencia también valora los informes sociales y psicológicos de los padres?
- 11) Diga usted ¿a pesar de tomar el criterio convivencia también valora los informes sociales y psicológicos de los niños y niñas?
- 12) Diga usted ¿el porcentaje de sus sentencias fundadas tomando como referencia los criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia fueron revocadas por la Sala de Familia?
- 13) Diga usted ¿cuál es el porcentaje de sentencias fundadas en los criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia fueron aprobadas por la Sala de Familia?
- 14) ¿Cree usted que existe vacíos en los criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia para otorgar la tenencia de niño niña?
- 15) ¿Cree usted que existe se debe modificar el artículo 84 sobre la facultad que tiene el Juez para otorgar la tenencia?

Anexo 3: Validación del instrumento



FORMATO A

VALIDEZ DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACION POR JUICIO DE EXPERTO

TESIS: **CRITERIOS LEGALES APRECIADOS POR EL JUEZ PARA DETERMINAR LA TENENCIA DEL NIÑO, NIÑA EN LA CSJ LIMA SUR - 2020**

Investigadores: BACH. FIGUEROA RAMIREZ, ALESSANDRA XIMENA
BACH. LOPEZ MARQUEZ, ALONSO RODRIGO

Indicación: Señor certificador, se le pide su colaboración para luego de un riguroso análisis de los ítems de la entrevista 1 respecto a los **“CRITERIOS LEGALES APRECIADOS POR EL JUEZ PARA DETERMINAR LA TENENCIA DEL NIÑO, NIÑA EN LA CSJ LIMA SUR - 2020”** se le muestra, marque con un aspa el casillero que crea conveniente de acuerdo con los requisitos mínimos de formación para su posterior aplicación.

NOTA: Para cada ítem se considera la escala de 1 a 5
Donde:

1= Nunca	2=Casi Nunca	3= A Veces	4=Casi Siempre	5= Siempre
----------	--------------	------------	----------------	------------



TESIS: CRITERIOS LEGALES APRECIADOS POR EL JUEZ PARA DETERMINAR LA TENENCIA DEL NIÑO, NIÑA EN LA CSJ LIMA SUR - 2020

Item	ENTREVISTA 1: DIRIGIDA A LOS SEÑORES JUECES ESPECIALIZADOS DE FAMILIA DE LA CSJ DE LIMA SUR	1	2	3	4	5
1	Diga usted ¿cuántos años tiene como Juez Especializado de familia?					
2	Diga Usted que si ¿para otorgar la tenencia considera las posibilidades de los padres o tomara el parecer del niño, niña y adolescente?					
3	Diga usted si ¿la tenencia compartida afecta el desarrollo social del niño?					
4	Diga usted si ¿usted si es participe de la tenencia compartida?					
5	Diga usted ¿qué criterios legales aprecia para determinar la tenencia del niño, niña?					
6	Diga usted ¿cómo valora el criterio legal del tiempo de permanencia o convivencia para determinar la tenencia del niño, niña?					
7	Diga usted ¿cómo valora el criterio legal la edad menor de tres años para determinar la tenencia del niño, niña?					
8	Diga usted ¿a pesar tomar el criterio edad menor de tres años también valora los informes sociales y psicológicos de los padres?					
9	Diga usted ¿a pesar tomar el criterio edad menor de tres años también valora los informes sociales y psicológicos de los niños y niñas?					

10	Diga usted ¿a pesar de tomar el criterio convivencia también valora los informes sociales y psicológicos de los padres?					
11	Diga usted ¿a pesar de tomar el criterio convivencia también valora los informes sociales y psicológicos de los niños y niñas?					
12	Diga usted ¿el porcentaje de sus sentencias fundadas tomando como referencia los criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia fueron revocadas por la Sala de Familia?					
13	Diga usted ¿cuál es el porcentaje de sentencias fundadas en los criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia fueron aprobadas por la Sala de Familia?					
14	¿Cree usted que existe vacíos en los criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia para otorgar la tenencia de niño niña?					
15	¿Cree usted que existe se debe modificar el artículo 84 sobre la facultad que tiene el Juez para otorgar la tenencia?					



PROMEDIO DE VALORACIÓN

90%

OPINIÓN DE APLICABILIDAD

a) Deficiente b) Baja c) Regular **d) Buenas** e) Muy buena

Nombres y Apellidos: Arturo Walter NUÑEZ ZULUETA

DNI N°: 16691279

Teléfono/Celular: 943057310

Dirección domiciliaria: block 22 Dpto. 503 RES JJ INCLAN S.J.M

Título Profesional: Abogado

Grado Académico: MAGISTER

Mención: Derecho del Niño y Políticas Públicas para la Infancia y Adolescencia

Lugar y fecha: 23/12/2020 - LIMA



ARTURO WALTER NUÑEZ ZULUETA
ABOGADO
I.C.A.L. N° 3533



FORMATO B

FICHAS DE VALIDACIÓN DEL INFORME DE OPINIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

I. DATOS GENERALES

1.1 Título de la Investigación: **CRITERIOS LEGALES APRECIADOS POR EL JUEZ PARA DETERMINAR LA TENENCIA DEL NIÑO, NIÑA EN LA CSJ LIMA SUR - 2020**

1.2 Nombre del Instrumento: **ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS SEÑORES JUECES ESPECIALIZADOS DE FAMILIA DE LA CSJ DE LIMA SUR**

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

Indicadores	Criterios																				
		5	1	1	2	2	3	3	4	4	5	5	6	6	7	7	8	8	9	9	1
		0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5
1. Claridad	Está formulado con lenguaje apropiado.																				X
2. Objetividad	Esta expresado en conductas observables																				X
3. Actualidad	Adecuado al avance de la ciencia pedagógica																				X
4. Organización	Existe una organización lógica																				X
5. Suficiencia	Comprende los aspectos en calidad y cantidad																				X
6. Intencionalidad	Adecuado para valorar los instrumentos de investigación																				X



PROMEDIO DE VALORACIÓN

90%

OPINIÓN DE APLICABILIDAD

a) Deficiente b) Baja c) Regular **d) Buenas** e) Muy buena

Nombres y Apellidos: Arturo Walter NUÑEZ ZULUETA

DNI N°: 16691279

Teléfono/Celular: 943057310

Dirección domiciliaria: block 22 Dpto. 503 RES JJ INCLAN S.J.M

Título Profesional: Abogado

Grado Académico: MAGISTER

Mención: Derecho del Niño y Políticas Públicas para la Infancia y Adolescencia

Lugar y fecha: 23/12/2020 - LIMA



ARTURO WALTER NUÑEZ ZULUETA
ABOGADO
ICAL. N° 3533



FORMATO A

VALIDEZ DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACION POR JUICIO DE EXPERTO

TESIS: **CRITERIOS LEGALES APRECIADOS POR EL JUEZ PARA DETERMINAR LA TENENCIA DEL NIÑO, NIÑA EN LA CSJ LIMA SUR - 2020**

Investigadores: BACH. FIGUEROA RAMIREZ, ALESSANDRA XIMENA
BACH. LOPEZ MARQUEZ, ALONSO RODRIGO

Indicación: Señor certificador, se le pide su colaboración para luego de un riguroso análisis de los ítems de la entrevista 1 respecto a los **“CRITERIOS LEGALES APRECIADOS POR EL JUEZ PARA DETERMINAR LA TENENCIA DEL NIÑO, NIÑA EN LA CSJ LIMA SUR - 2020”** se le muestra, marque con un aspa el casillero que crea conveniente de acuerdo con los requisitos mínimos de formación para su posterior aplicación.

NOTA: Para cada ítem se considera la escala de 1 a 5
Donde:

1= Nunca	2=Casi Nunca	3= A Veces	4=Casi Siempre	5= Siempre
----------	--------------	------------	----------------	------------



TESIS: CRITERIOS LEGALES APRECIADOS POR EL JUEZ PARA DETERMINAR LA TENENCIA DEL NIÑO, NIÑA EN LA CSJ LIMA SUR - 2020

Item	ENTREVISTA 1: DIRIGIDA A LOS SEÑORES JUECES ESPECIALIZADOS DE FAMILIA DE LA CSJ DE LIMA SUR	1	2	3	4	5
1	Diga usted ¿cuántos años tiene como Juez Especializado de familia?					
2	Diga Usted que si ¿para otorgar la tenencia considera las posibilidades de los padres o tomara el parecer del niño, niña y adolescente?					
3	Diga usted si ¿la tenencia compartida afecta el desarrollo social del niño?					
4	Diga usted si ¿usted si es participe de la tenencia compartida?					
5	Diga usted ¿qué criterios legales aprecia para determinar la tenencia del niño, niña?					
6	Diga usted ¿cómo valora el criterio legal del tiempo de permanencia o convivencia para determinar la tenencia del niño, niña?					
7	Diga usted ¿cómo valora el criterio legal la edad menor de tres años para determinar la tenencia del niño, niña?					
8	Diga usted ¿a pesar tomar el criterio edad menor de tres años también valora los informes sociales y psicológicos de los padres?					
9	Diga usted ¿a pesar tomar el criterio edad menor de tres años también valora los informes sociales y psicológicos de los niños y niñas?					

10	Diga usted ¿a pesar de tomar el criterio convivencia también valora los informes sociales y psicológicos de los padres?					
11	Diga usted ¿a pesar de tomar el criterio convivencia también valora los informes sociales y psicológicos de los niños y niñas?					
12	Diga usted ¿el porcentaje de sus sentencias fundadas tomando como referencia los criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia fueron revocadas por la Sala de Familia?					
13	Diga usted ¿cuál es el porcentaje de sentencias fundadas en los criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia fueron aprobadas por la Sala de Familia?					
14	¿Cree usted que existe vacíos en los criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia para otorgar la tenencia de niño niña?					
15	¿Cree usted que existe se debe modificar el artículo 84 sobre la facultad que tiene el Juez para otorgar la tenencia?					



PROMEDIO DE VALORACIÓN

90%

OPINIÓN DE APLICABILIDAD

a) Deficiente b) Baja c) Regular **d) Buenas** e) Muy buena

Nombres y Apellidos: ODALIS NAYLET SOLF DELFIN

DNI N°: 4186378

Teléfono/Celular: 962225882

Dirección domiciliaria: Calle las Letras 199. Dpto.403. SAN BORJA

Título Profesional: CIRUJANO DENTISTA

Grado Académico: MAGISTER

Mención: MAESTRO EN INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA UNIVERSITARIA

Firma

Lugar y fecha: 23/12/2020 - LIMA



FORMATO B

FICHAS DE VALIDACIÓN DEL INFORME DE OPINIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

I.DATOS GENERALES

1.1 Título de la Investigación: **CRITERIOS LEGALES APRECIADOS POR EL JUEZ PARA DETERMINAR LA TENENCIA DEL NIÑO, NIÑA EN LA CSJ LIMA SUR - 2020**

1.2 Nombre del Instrumento: **ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS SEÑORES JUECES ESPECIALIZADOS DE FAMILIA DE LA CSJ DE LIMA SUR**

II.ASPECTOS DE VALIDACIÓN

Indicadores	Criterios	5	1	1	2	2	3	3	4	4	5	5	6	6	7	7	8	8	9	9	1	
		0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0
1. Claridad	Está formulado con lenguaje apropiado.																			X		
2. Objetividad	Esta expresado en conductas observables																			X		
3. Actualidad	Adecuado al avance de la ciencia pedagógica																			X		
4. Organización	Existe una organización lógica																			X		
5. Suficiencia	Comprende los aspectos en calidad y cantidad																			X		
6. Intencionalidad	Adecuado para valorar los																			X		



PROMEDIO DE VALORACIÓN

90%

OPINIÓN DE APLICABILIDAD

a) Deficiente b) Baja c) Regular **d) Buenas** e) Muy buena

Nombres y Apellidos: ODALIS NAYLET SOLF DELFIN

DNI N°: 4186378

Teléfono/Celular: 962225882

Dirección domiciliaria: Calle las Letras 199. Dpto.403. SAN BORJA

Título Profesional: CIRUJANO DENTISTA

Grado Académico: MAGISTER

Mención: MAESTRO EN INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA UNIVERSITARIA

Firma

Lugar y fecha: 23/12/2020 - LIMA

Anexo 4: Cuestionario de entrevista

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS SEÑORES JUECES ESPECIALIZADOS DE FAMILIA DE LA CSJ DE LIMA SUR

- 1) Diga usted ¿cuántos años tiene como Juez Especializado de familia?

Tengo 10 años como Juez Especializado en Familia

- 2) Diga Usted que si para otorgar la tenencia ¿considera las posibilidades de los padres o tomara el parecer del niño, niña y adolescente?

Si se considera las posibilidades de los padres o tomara el parecer del niño, niña y adolescente

- 3) Diga usted si ¿la tenencia compartida afecta el desarrollo social del niño?

Si afecta la tenencia compartida en el niño ´por cuanto hay desequilibrio emocional si es que no lo saben manejar con apoyo psicológico,

- 4) Diga usted si ¿usted si es participe de la tenencia compartida?

Si, Bueno la experiencia me ha llevado ver que en realidad el criterio debe estar basado en las consideraciones que se debe atender al interés superior del niño.

- 5) Diga usted ¿qué criterios legales aprecia para determinar la tenencia del niño, niña?

Bueno como dije en mi respuesta anterior, los criterios que se utilizan depende desde cuando no hay acuerdo en la tenencia de sus menores hijos entonces las decisiones deben ser tomadas con una debido fundamento y motivación pero este debe estas basado en lo que establece el código es decir primero se debe tomar en consideración el tiempo que el menor ha permanecido con uno de sus padres, otro criterio es el sexo y edad del menor y cuando es posible la opinión y el parecer del niño, niña.

- 6) Diga usted ¿cómo valora el criterio legal del tiempo de permanencia o convivencia para determinar la tenencia del niño, niña?

Bueno para ello son los exámenes que se realizan en el Equipo Multidisciplinario de los Juzgados de Familia, y después las declaraciones de los padres de familia, las opiniones y entrevistas de los niños, niñas, la valoración es su conjunto me permite optar por aquel criterio que favorece más al niño o niña en el proceso de tenencia.

- 7) Diga usted ¿cómo valora el criterio legal la edad menor de tres años para determinar la tenencia del niño, niña?

Bueno los niños, niñas, menores de tres años se ha establecido que deben permanecer con la madre, esto es por una situación de cuidado y protección en cuanto a su cuidado integral para los menores, salvo que esta decisión partiendo por la edad perjudique al niño y niña; en tal sentido se parte por el principio del Interés Superior del Niño y se decide otorgar la tenencia al padre o al solicitante en caso de no existir este.

- 8) Diga usted ¿a pesar tomar el criterio edad menor de tres años también valora los informes sociales y psicológicos de los padres?

Si la valoración de la prueba se realiza en su conjunto claro está con la finalidad de que la sentencia debe estar bien fundamentada, con la finalidad de que la decisión sea en bien del niño, niña.

- 9) Diga usted ¿a pesar tomar el criterio edad menor de tres años también valora los informes sociales y psicológicos de los niños y niñas?

Claro la toma de decisiones por parte de los Jueces Especializados en Familia debe estar debidamente sustentada en una resolución bien motivada del por qué, es por ello que se deberá valorar todas las pruebas en su conjunto siendo necesario evaluar los informes del asistente social y del psicólogo del equipo multidisciplinario.

- 10) Diga usted ¿a pesar de tomar el criterio convivencia también valora los informes sociales y psicológicos de los padres?

Si por regla general no manda el tiempo para determinar se valora todos los medios de prueba en su conjunto y en ello están los informes sociales y psicológicos de los padres

- 11) Diga usted ¿a pesar de tomar el criterio convivencia también valora los informes sociales y psicológicos de los niños y niñas?

Si se valora los informes sociales y psicológicos de los niños y niñas,

- 12) Diga usted ¿el porcentaje de sus sentencias fundadas tomando como referencia los criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia fueron revocadas por la Sala de Familia?

El 1 % por ciento, de mis sentencias fueron revocadas pero no por haber utilizado el criterio de edad y tiempo de convivencia si no por otros hechos sucedáneo posterior al sentencia y en el tiempo de apelación.

- 13) Diga usted ¿cuál es el porcentaje de sentencias fundadas en los criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia fueron aprobadas por la Sala de Familia?

El 99 % de mis sentencias fueron declaradas fundadas criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia fueron aprobadas por la Sala de Familia

- 14) ¿Cree usted que existe vacíos en los criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia para otorgar la tenencia de niño niña?

Si existe vacíos en cuanto no se determina en qué casos no se otorgue la tenencia a la madre.

- 15) ¿Cree usted que existe se debe modificar el artículo 84 sobre la facultad que tiene el Juez para otorgar la tenencia?

Si se debe modificar en cuanto al tiempo de la edad de los menores deberán considerarse cinco años y no los tres que hoy se considera. Asimismo, se debe obligar tener terapias psicológicas de no por lo menos síes meses antes de variar la tenencia.

JUEZ ESPECIALIZADO DE FAMILIA N° 1

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS SEÑORES JUECES ESPECIALIZADOS DE FAMILIA DE LA CSJ DE LIMA SUR

1. Diga usted ¿cuántos años tiene como Juez Especializado de familia?

Tengo 15 años como Juez Especializado en Familia.

2. Diga Usted que si para otorgar la tenencia ¿considera las posibilidades de los padres o tomara el parecer del niño, niña y adolescente?

Se toma en consideración lo que está establecido en el Código del Niño y Adolescentes para ello es importante en consideración en parecer del Niño niña, sin embargo esto debe ser corroborado con los informes de tal manera que se descarte si existe algún tipo de alienación parental.

3. Diga usted si ¿la tenencia compartida afecta el desarrollo social del niño?

La tenencia compartida afecta cuando no se acuerdan bien en base a las necesidades de sus hijos y es por ello que es mejor la decisión de uno de los progenitores tenga la tenencia y el otro un régimen de visitas.

4. Diga usted si ¿usted si es participe de la tenencia compartida?

Es un tema que siempre valoro en su conjunto en cuantos a las entrevistas referencias que se hace a los niños asimismo con los respectivos informes emitidos por el equipo multidisciplinario.

5. Diga usted ¿qué criterios legales aprecia para determinar la tenencia del niño, niña?

Como dije en la respuesta anterior se debe tomar en consideración varios aspectos basados en las pruebas tanto documentales, como periciales y las entrevistas de los padres de eso en su conjunto se toma una decisión la cual se funda en una sentencia y que esta debe ser lo mejor para el niño.

6. Diga usted ¿cómo valora el criterio legal del tiempo de permanencia o convivencia para determinar la tenencia del niño, niña?

Bueno esto es fácil de determinar por qué si hay separación o abandono de hogar existe documentos y además puede haber algún acuerdo ya sea en vía judicial o extrajudicial, corroborado con las manifestaciones, declaraciones y entrevistas ahí se puede determinar el mayor tiempo vivido con uno de sus progenitores, pero también no es determinante por cuanto si este factor o criterio perjudica al niño niña, se descarta.

7. Diga usted ¿cómo valora el criterio legal la edad menor de tres años para determinar la tenencia del niño, niña?

La edad de referencia por regla general establecido por el código del niño y adolescentes es que los menores de 3 años permanecerán con la madre a excepción si es que no se garantiza el buen desarrollo o que esta decisión ponga en peligro a la situación del niño se procederá el otorgamiento al padre.

8. Diga usted ¿a pesar de tomar el criterio edad menor de tres años también valora los informes sociales y psicológicos de los padres?

Si, como dije en la respuesta anteriormente la regla general es menor de 3 años y si las exámenes e informes psicológicos advierte algún tipo de peligro es que se realiza esta valoración y se procede a entregar la tenencia a quien ofrece mejores garantías para el niño, niña.

9. Diga usted ¿a pesar tomar el criterio edad menor de tres años también valora los informes sociales y psicológicos de los niños y niñas?

Si debe tomar en consideración los informes sociales y psicológicos.

10. Diga usted ¿a pesar de tomar el criterio convivencia también valora los informes sociales y psicológicos de los padres?

Si por regla general no manda el tiempo para determinar se valora todos los medios de prueba en su conjunto y en ello están los informes sociales y psicológicos de los padres

11. Diga usted ¿a pesar de tomar el criterio convivencia también valora los informes sociales y psicológicos de los niños y niñas?

Por su puesto el tiempo es una referencia, pero esto debe ser corroborado con los informes sociales y psicológicos de los niños y niñas,

12. Diga usted ¿el porcentaje de sus sentencias fundadas tomando como referencia los criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia fueron revocadas por la Sala de Familia?

Solo un porcentaje que no pasa de uno 3% por ciento, pero muchas veces son por otros actos y no por los criterios antes mencionados.

13. Diga usted ¿cuál es el porcentaje de sentencias fundadas en los criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia fueron aprobadas por la Sala de Familia?

En mis sentencias fueron declaradas un 97% fundados criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia fueron aprobadas por la Sala de Familia

14. ¿Cree usted que existe vacíos en los criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia para otorgar la tenencia de niño niña?

Si existe vacíos en los criterios de edad menor de tres años y el de mayor convivencia para otorgar la tenencia de niño niña.

15. ¿Cree usted que existe se debe modificar el artículo 84 sobre la facultad que tiene el Juez para otorgar la tenencia?

Si se debe modificar el artículo 84 del Código de los niños y de tal manera que sea más determinante en su contenido de tal manera que tengan los magistrados un criterio uniforme.

JUEZ ESPECIALIZADO DE FAMILIA N° 2